

LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS PARA JUZGAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES

Dr. MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

INTRODUCCIÓN

Se pretende en el presente escrito realizar un análisis de la posición jurisprudencial del Consejo de Estado frente a la competencia de los Tribunales de Arbitramento para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales. Con tal objeto, se estudia la sentencia proferida por la Sección Tercera de dicha Corporación el 8 de junio del año 2000, con ponencia del doctor, **ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ E.**, decisión respecto de la cual salvó el voto el doctor **RICARDO HOYOS DUQUE**.

1.- El caso resuelto por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el fallo del 8 de junio del año 2000¹ es el siguiente:

a.- Al terminar un contrato de obra pública, la entidad contratante consideró que no debía pagar el valor de un muro que se cayó luego de construido; ello no fue aceptado por el contratista, con quien no se logró, por esta razón, liquidar de común acuerdo el contrato. En vista de lo anterior, la entidad contratante liquidó unilateralmente el contrato y en dicho acto dispuso descontarle al contratista el valor del muro.

Profesor de la Universidad del Rosario; conjuer de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio del año 2000; expediente No. 16973; actor, Consorcio Amaya Salazar; Ponente, Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

- b.- El contratista convocó entonces a la entidad a una **conciliación prejudicial** y, como resultado de ella, las partes acordaron llevar el asunto a la decisión de los árbitros, para lo cual suscribieron un **compromiso**, en el que especificaron que, el pago de valor del muro más sus costos financieros, sería el único tema objeto de decisión por parte del Tribunal de Arbitramento.
- c.- En la demanda arbitral el contratista pidió que el Tribunal de Arbitramento declarara la nulidad del acta de liquidación y que, como consecuencia de lo anterior, se condenara a la entidad contratante a pagar el valor del muro más los costos financieros. El laudo, que no se pronunció sobre la petición de nulidad de dicho acto administrativo, condenó a la entidad al pago de la suma pedida por considerar que el derrumbamiento del muro tuvo como causa un cambio de diseño del mismo, ordenado por el Interventor del contrato.
- 2.- La entidad contratante formuló recurso de anulación contra el laudo arbitral e invocó las cinco causales consagradas en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, todas las cuales fueron desechadas en la sentencia objeto de análisis. En ella el Consejo de Estado, obrando en forma oficiosa, decidió anular el compromiso por estimar que éste tenía objeto ilícito, en cuanto otorgó a los árbitros competencia para decidir sobre la legalidad **del acto administrativo de liquidación unilateral, punto sobre el cual sólo es competente la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.**
- 3.- Son dos, entonces, los temas que plantea la citada sentencia y que ameritan ser analizados detalladamente: El uno, referido a la competencia de los Tribunales de Arbitramento para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos que se profieran en la ejecución de un contrato estatal. El otro, relativo a la competencia del Consejo de Estado para declarar, de oficio, la nulidad de un compromiso suscrito con el objeto de resolver controversias surgidas de un contrato estatal. En este escrito haremos algunas reflexiones sobre el primero de ellos.

En la primera parte nos referiremos al contenido de la decisión y a las consecuencias que, en nuestro concepto, genera esta posición jurisprudencial; en la segunda parte analizaremos los fundamentos expuestos en la sentencia para estimar que los árbitros carecen de **competencia para juzgar los actos administrativos contractuales.**

I.- LA POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO Y SUS CONSECUENCIAS

1.- En la sentencia del **8 de junio de 2000**, que contiene un salvamento de voto del doctor RICARDO HOYOS DUQUE, el Consejo de Estado reafirma su tesis, según la cual, los Tribunales de Arbitramento **no tienen competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos que profieran las entidades contratantes en desarrollo de un contrato**. Pero, a diferencia de lo que ocurrió con la sentencia del **23 de febrero del año 2000**², en este fallo la posición del Consejo de Estado se expone a la luz de los preceptos, tanto de la Constitución de 1991, como de la Ley 80 de 1993, en cuya vigencia se suscribió el contrato objeto del proceso.

2.- La importancia de la decisión adoptada es fundamental para el futuro de los Tribunales de Arbitramento que se pacten con el objeto de resolver controversias surgidas de los contratos estatales y la resumimos así: si se afirma que los Tribunales de Arbitramento no pueden pronunciarse sobre los actos administrativos contractuales, ni sobre sus causas y efectos, resulta absolutamente improcedente que se sigan pactando cláusulas compromisorias en este tipo de contratos.

En efecto, si está claro que, por regla general, la resolución de cualquier conflicto surgido de un contrato estatal exige previamente una decisión sobre la legalidad de los actos administrativos que se profieran en su desarrollo, a las entidades estatales les bastará con proferir cualquier acto administrativo para derogar unilateralmente el pacto arbitral. Y un pacto arbitral que puede ser revocado unilateralmente por una de las partes en el contrato, resulta absolutamente ineficaz o irrelevante para la otra parte del contrato, como resulta para el acreedor cualquier obligación a cuyo cumplimiento puede sustraerse el deudor, por su sola voluntad.

Dicho de otra manera, si se tienen en cuenta los tres presupuestos que a continuación se enuncian, resulta claro que la posición del Consejo de Estado que se estudia implicaría concluir que en los **contratos estatales resulta absolutamente ineficaz o inútil la estipulación de un pacto arbitral**:

² Exp. No. 16394, ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

I.- La resolución de los conflictos surgidos de un contrato estatal, requiere por regla general de un pronunciamiento jurisdiccional sobre los actos administrativos proferidos en desarrollo del mismo:

Las entidades estatales tienen la facultad de proferir, durante la vigencia del contrato, actos administrativos unilaterales mediante los cuales, entre otros, pueden: interpretarlo, modificarlo, terminarlo, declarar su caducidad o practicar su liquidación. Y en la medida en que dichos actos gozan de presunción de legalidad, el contratista que ejerce una acción contractual, por regla general, está obligado a solicitar su anulación, como presupuesto para que el Juez del contrato pueda pronunciarse sobre sus pretensiones.

Así, si el contratista pretende que se declare que la entidad contratante ha incumplido con sus obligaciones contractuales, estará obligado a solicitar la nulidad de la resolución de caducidad proferida por la misma entidad, que se motiva precisamente en el incumplimiento del citado contratista; y si pretende que se declare que la contratante le adeuda alguna suma de dinero no incluida en el acto de liquidación unilateral del contrato, estará obligado a solicitar la nulidad de dicho acto. **La no impugnación de dichos actos administrativos acarrea la imposibilidad de un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones del contratista demandante, pues desconocería un acto administrativo con presunción de legalidad.**

Sobre este punto ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado:

"En ese orden de ideas, imposible resulta acceder a las pretensiones del demandante, pues la demanda con que se inició la instancia, no impugnó la legalidad de los varios actos administrativos que se produjeron durante la ejecución de la relación comercial originada en el contrato cuyo incumplimiento se solicita y, tal cual queda visto, habiéndose proferido varios actos administrativos, uno de ellos declarando precisamente el incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato por parte del demandante, indispensable resultaba, si se pretendía obtener una declaratoria de incumplimiento por parte de la entidad demandada, el haber controvertido en sede jurisdiccional la legalidad de tales actos, pues en tanto ello no ocurra, la presunción de legalidad y acierto que los caracteriza, permanece incólume deficiencia ésta que configura en el caso concreto la excepción de inepta demanda propuesta por la entidad demandada, toda vez que el libelo resulta

materialmente inepto a los fines de las pretensiones perseguidas, impidiendo que el juzgador pueda entrar a pronunciarse sobre los hechos constitutivos del incumplimiento, por la deficiencia anotada..."³.

II.- Las Entidades Estatales, acogiéndose a la posición jurisprudencial expuesta, con sólo proferir un acto administrativo contractual, estarían derogando unilateralmente el pacto arbitral:

La expedición de un acto de esta naturaleza, en la práctica y en una gran mayoría de casos, impediría la actuación del Tribunal de Arbitramento, no obstante que las partes, hayan estipulado en el contrato la cláusula compromisoria. Si la entidad contratante decretó la caducidad, fundamentada en el incumplimiento del contratista, o proferió el acto administrativo de liquidación unilateral, de acuerdo con dicha posición, el Tribunal de Arbitramento no podría pronunciarse sobre el incumplimiento del contrato, ni determinar qué sumas de dinero adeuda la contratante al contratista, en la medida en que los aspectos fundamentales o las bases de esa determinación, ya están definidos mediante actos administrativos sobre los cuales dicho tribunal no puede pronunciarse.

Ello entonces implicaría, que la aplicación o la eficacia de la CLÁUSULA COMPROMISORIA, quedaría al arbitrio de la entidad contratante la cual, con sólo expedir un acto administrativo contractual, determinaría que la jurisdicción competente deja de ser la arbitral. Para utilizar las palabras del propio Consejo de Estado ello "*sería tanto como permitirle a una de las partes..., para que, por sí y ante sí establezca una especie de CADUCIDAD ARBITRAL, lo cual a todas luces resulta anormal y desproporcionado*"⁴.

Desconocería, de otra parte, que la cláusula compromisoria, en tanto que contiene la expresión de voluntad concordante de las partes sobre la jurisdicción a la cual quieren someter sus conflictos tiene, frente a ellas, la misma fuerza obligatoria de la ley, pues a dicha cláusula también le es aplicable el artículo 1.602 del Código Civil, que consagra tal regla que

³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de julio dieciséis (16) de mil novecientos noventa y ocho (1998). Consejero ponente: doctor Daniel Suárez Hernández. Expediente No. 12.023. Actor: Carlos Vargas Cuéllar.

⁴ Consejo de Estado, sentencia de junio cuatro de mil novecientos noventa y tres. Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández; exp. No. 7215. Actor, Instituto de Desarrollo Urbano - IDU.

tiene su sustento precisamente en el principio de la autonomía de la voluntad que hoy también rige la contratación estatal en nuestro medio⁵.

III.- La tesis intermedia, en la cual la Jurisdicción Contencioso Administrativa juzgaba la legalidad de los actos administrativos y los árbitros sus efectos económicos, que presenta indudables inconvenientes, fue desechada también por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por último, cabría precisar aquí, que la admisión de una tesis intermedia, acogida en una época por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la cual se afirme la jurisdicción se pronunciará sobre la legalidad de la acto y los árbitros sobre sus efectos económicos, en realidad, como lo ha explicado la misma corporación, no resulta viable.

Dicha tesis:

a.- Implicaría que, en muchas ocasiones, las dos decisiones, la de la jurisdicción contenciosa y la de los árbitros, tuviesen que pronunciarse sobre los mismos puntos.

Si el contrato ha terminado porque la entidad ha decretado su caducidad y el contratista pretende reclamar perjuicios contractuales fundamentados en el incumplimiento de la contratante, es indudable que el tema relativo a **cuál fue la parte que incumplió el contrato** será objeto de pronunciamiento tanto por la jurisdicción contenciosa como por la arbitral.

Lo anterior, tal como lo advierte el Consejo de Estado en la sentencia del 16 de junio de 1997, conllevaría el riesgo de que se produjeran decisiones contradictorias sobre el mismo tema:

Dice la citada sentencia:

"Al romperse la continencia de la causa se correría el peligroso riesgo de que se produzcan decisiones contradictorias, como la que podría presentarse al anular esta jurisdicción los actos que declararon el incumplimiento del contrato por parte de PINSKY, y que luego la

⁵ Ver. Art. 32 de la Ley 80 de 1993.

jurisdicción arbitral decida que CARBOCOL no está obligada a pagar perjuicios porque ésta sí cumplió con el pacto”.

b.- Distinguir entre la legalidad del acto administrativo y sus efectos económicos para concluir que la jurisdicción contenciosa puede pronunciarse sobre la primera, la arbitral sobre los segundos, trae serias dificultades, pues la regla general es que la decisión del adoptada en el acto administrativo esté vinculada estrechamente con la causa de los perjuicios que se reclaman ante el Tribunal de Arbitramento.

c.- Normalmente el tema sobre el cual versa el acto administrativo (cumplimiento de las obligaciones contractuales) será el mismo sobre el cual versan las pretensiones sometidas a la decisión de los árbitros (perjuicios derivados del incumplimiento), sin que la decisión arbitral pueda realmente escindirse de la determinación tomada por la administración.

d.- Si se estima que el Tribunal de Arbitramento puede decidir la controversia contractual, no obstante la vigencia de los actos administrativos contractuales, la imposibilidad de pronunciarse sobre ellos, reduciría absolutamente el **objeto real** del arbitramento, pues en la mayoría de los casos los puntos esenciales del mismo terminarían siendo de la competencia de la jurisdicción contenciosa al decidir sobre la legalidad de los citados actos administrativos.

Para dar un simple ejemplo, quien juzga sobre la legalidad de una resolución de caducidad, tendrá que pronunciarse sobre el cumplimiento de las prestaciones del contrato, no solo respecto del Contratista, sino también respecto de la entidad Contratante, pues es claro que si ésta no atendió sus compromisos contractuales no podía exigir al contratista el estricto cumplimiento de los suyos.

3.- El hecho de que las entidades estatales puedan derogar por este mecanismo la cláusula compromisoria, lo que ahora parece ser mirado como el triunfo *“del interés general sobre el particular”*, en la realidad va a traer graves consecuencias contra las mismas entidades, en la medida en que van a quedar sustraídas de los beneficios que, en la negociación de un contrato, trae la circunstancia de poder acudir al arbitramento como mecanismo alternativo para la solución de los conflictos que surjan del mismo.

Quienes contratan con el Estado y especialmente las empresas extranjeras, tienen en cuenta al momento de negociar sus condiciones

económicas el denominado "*riesgo del contratista*" el cual tiene un valor específico en el contrato y bajo el cual se evalúan las eventualidades y peligros en los que se incurre al celebrar un contrato con determinada entidad. Y la circunstancia de no poder acudir al arbitramento para resolver los conflictos que puedan surgir con dicho contratista indudablemente aumenta el valor que tendrán que pagar estas entidades por este concepto.

Este tema de los "*costos de transacción*" fue introducido en 1960 por el premio Nóbel de Economía, Ronald Coase (Ronald Harry Coase, *The firm, the market and the law*, 1988), quien concluyó en sus estudios que, cuando las personas contratan, las normas jurídicas o la interpretación que se hagan de ellas en un determinado sentido, influyen en la eficiencia y en la forma de utilizar los recursos, desde el punto de vista del particular que contrata, que debe medir el impacto de estos "*costos de transacción*".

El Dr. Coase, define los "*costos de transacción*" como aquellos en los que se incurre para adquirir información relacionada con un negocio o **para hacer valer los derechos que surgen de él.**

En la medida que las transacciones cuenten con mayor o menor seguridad jurídica será más fácil hacer transacciones, encontrar inversión extranjera, especializar el trabajo y, en fin, obtener crecimiento de la economía y por ende, del desarrollo del país.

4.- Privar a las entidades estatales de la posibilidad de acudir a un Tribunal de Arbitramento para definir determinadas controversias que reclaman una decisión rápida y adoptada por expertos en temas específicos, es recortarle una facultad que implica, en el largo plazo, pérdidas económicas para ellas. Contribuye a alejarlas de la posibilidad de contratar con la misma agilidad y en los mismos términos que lo hacen los particulares en una economía en que, sólo la parte que obre de esta manera, puede realmente ser competitiva.

5.- Planteadas así las cosas, para despojar el estudio del tema de lo que podríamos denominar como una "*inadecuada y elevada perspectiva*", en la cual se ha involucrado el orden público y la soberanía del Estado, lo primero que debe hacerse es traer el tema al marco propio del problema al cual él se refiere, con el objeto de poder analizarlo adecuadamente.

En otros términos, el problema debe contextualizarse al aspecto **concreto que él involucra, pues la exposición de conceptos de soberanía,**

derecho público y orden público a los cuales se refiere tanto la sentencia del 8 de junio del 2000, como la del 23 de febrero del mismo año, se reitera, parecen habernos alejado *"lenta e imperceptiblemente"* del problema planteado.

En este punto deben tenerse en cuenta, a nuestro modo de ver, los siguientes aspectos:

a.- Los *"actos administrativos"* que profieren las entidades en desarrollo de un contrato, son actos de contenido particular, que sólo afectan al contratista y a la entidad contratante que son las *"partes"* en el contrato. Contra ellos, por disposición de la ley sólo caben las denominadas *"acciones contractuales"*⁶, consagradas exclusivamente en favor de quien fue parte en el contrato.

b.- Cuando la ley consagra en favor de las entidades estatales poderes excepcionales para proferir, en determinados contratos, actos administrativos unilaterales, está dejando en cabeza de dichas entidades una facultad que naturalmente le pertenece al Juez del Contrato, como quiera que está permitiendo que la entidad, que es parte en el contrato, sea la que decida, por ejemplo, cómo debe interpretarse determinada cláusula contractual; o la que determine que el contratista ha incumplido gravemente sus obligaciones y que por lo tanto el contrato debe darse por terminado mediante la declaratoria de su caducidad.

c.- La consagración legal de esta facultad a favor de las entidades contratantes, se justifica indudablemente en razones de orden público que tienen que ver con la finalidad del contrato estatal de atender intereses también públicos. La ejecución de los fines perseguidos por el Contrato Estatal no podría supeditarse a un proceso judicial en el cual se definiera si efectivamente el contratista incumplió y si, por lo tanto, puede resolverse el contrato. El Estado requiere de instrumentos ágiles que le permitan adoptar dichas decisiones, las cuales, por gozar de presunción de legalidad son de inmediato cumplimiento.

d.- Pero lo anterior, no significa que la Entidad Contratante, se convierta, en forma definitiva, en el Juez del Contrato. Su decisión estará sujeta a la revisión del Juez del Contrato quien será, definitivamente el

⁶ Vr. Art. 77 del C.C.A.

encargado de decidir sobre los aspectos respecto de los cuales la Entidad tomó una determinación en el "*acto administrativo contractual*".

e.- Dicho lo anterior, es claro que el "*juez del contrato*", cuando va a resolver sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales, en realidad no está haciendo nada distinto que pronunciarse sobre temas que, inicial y naturalmente, serían de su competencia.

Así, cuando decide sobre la "*legalidad*" de la resolución de caducidad, estará determinando si efectivamente el contratista incumplió las obligaciones contractuales; cuando decide sobre la "*legalidad del acto administrativo de interpretación unilateral*", estará fijando el alcance de una estipulación del contrato; cuando decide sobre la legalidad del "*acto de liquidación unilateral del contrato*" estará determinando cuáles son las sumas que en realidad se adeudan las partes luego de terminado el contrato. Y en lo anterior no parecen involucradas razones de orden público o de soberanía del Estado que no permitan que un Tribunal de Arbitramento se pronuncie sobre estos temas.

En la mayoría de los casos el Juez del contrato definirá si las razones que se tuvieron en cuenta en el acto administrativo fueron reales –si el contratista efectivamente cumplió o no o si su incumplimiento fue generado por la propia entidad contratante–, para decidir que no accede a anular el acto por estimar que efectivamente lo dicho en él fue lo que sucedió en la realidad; o para anularlo en el caso contrario, evento en el que afirmará que el acto estuvo "*falsamente motivado*". En otros casos, la decisión del Juez del contrato verificará también si el acto fue formalmente bien expedido para decidir si él debe ser confirmado o anulado por razones de esta naturaleza.

f.- En otros términos la competencia del Juez del Contrato, que decide sobre relaciones entre las partes en el contrato, se le ha otorgado temporalmente y por razones de interés público a la Entidad Contratante. Ejercida dicha facultad se ha protegido el orden público en la medida en que el interés estatal en la ejecución del contrato, ha quedado salvaguardado. ¿Qué tiene que ver dicho "*interés público*" en la decisión definitiva, respecto de las relaciones existentes entre las partes y adoptada por el Juez del Contrato?

g.- El caso concreto al cual se refiere la sentencia del Consejo de Estado, nos muestra un magnífico ejemplo para "*contextualizar*" el

problema: tal como se explicó al plantearlo, la entidad contratante había decidido, haciendo uso de la facultad excepcional de liquidar el contrato, imputarle al contratista el valor de un muro, por estimar que el derrumbe del mismo era de su responsabilidad. Por lo tanto, la decisión del Tribunal de Arbitramento se redujo a determinar de quién era la responsabilidad por su derrumbe y a quién le correspondía asumir su pago.

Dicha decisión indudablemente involucraba determinar si la resolución adoptada por la Entidad era legal o no era legal, pero simplemente en el aspecto de decidir si la entidad tuvo razón o no la tuvo, al cargarle el valor del muro al contratista; dicho de otro modo, se contraía a determinar si el derrumbe del muro se debió al incumplimiento del Contratista o de la entidad Contratante.

¿Puede afirmarse que estaba aquí involucrado el orden público del Estado o algún aspecto que pudiera involucrar su soberanía?

Evidentemente que no: aquí el Tribunal de Arbitramento, que se convirtió en el juez del Contrato por voluntad de las dos partes –la Entidad Contratante y el Contratista– determinó que quien incumplió el contrato fue la propia Entidad Contratante, lo que evidenció, naturalmente, que la decisión que dicha entidad adoptó –en forma excepcional– fue una decisión equivocada. Tanto decisión de la Entidad como la del Tribunal de Arbitramento, que la deja sin efectos, atañen los intereses exclusivos de las partes involucradas en el Contrato.

Es por lo anterior, que nos parece que el fallo en comento se aleja del contexto del problema que aborda y que acaba de exponerse cuando concluye:

“Corolario del principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, es que al Estado no le es dable despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas o transigir sobre la legalidad de los actos administrativos, sin menoscabar la soberanía del Estado, su autoridad, el orden público y el principio de legalidad. De aquí se estructura el principio según el cual en nuestro régimen de derecho es indisponible la legalidad de los actos administrativos”.

h.- Aquí, también respecto del caso concreto caben estas reflexiones que permiten analizar las consecuencias de la sentencia:

Las partes habrían podido transigir su diferencia y, para lograr lo anterior, la Contratante habría podido revocar el acto de liquidación por permitirlo así expresamente la ley. No acudieron a dicha figura, que implicaba hacer renunciaciones recíprocas, porque prefirieron que el asunto fuera decidido en derecho por un Tribunal de Arbitramento.

Tampoco optaron por llegar a una conciliación, en la cual la entidad contratante habría podido adquirir la obligación de asumir el pago de la totalidad o de una parte del muro, con la consecuencia legal de que el acto de liquidación se habría entendido revocado o se habría considerado "insubsistente", como lo dispone el artículo 70 de la Ley 446.

Optaron porque el punto lo decidiera un Tribunal de Arbitramento precisando exactamente único tema sobre el cual dicho Tribunal tendrá competencia, con lo cual el representante legal de la entidad estaba poniéndole punto final a cualquier otro tipo de conflicto que hubiera podido surgir del contrato celebrado entre ellas; y estaba evitándole a su entidad afrontar un largo proceso judicial en el que la suma reclamada por el contratista podía crecer desmesuradamente como producto de los intereses y la indexación que se hubieran causado cuando se decidiera definitivamente el proceso. Aquí, lo simple o sencillo del asunto a resolver, parecía clamar la conformación de un Tribunal de Arbitramento ágil para decidir un punto específico, en lugar de acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

¿El particular contratista, que es el destinatario de cualquier determinación del "operador jurídico" luego de la anulación del laudo entenderá las razones por las cuales no funcionó el mecanismo acordado seguramente por las razones aquí expuestas?

¿Entenderá que el Tribunal de Arbitramento no podía decidir de quién era la responsabilidad por el derrumbamiento del muro, porque antes la entidad había proferido un "acto administrativo" liquidando unilateralmente el contrato?

¿Entenderá que si el arbitramento se hubiese pactado antes de que la entidad hubiera dictado ese acto administrativo, el laudo no habría tenido "ningún problema"?

¿Entenderá que cuando la Ley 80 –que era la norma vigente al momento en que se pactó el compromiso– dispuso en su artículo 70 que

a través del arbitramento podían resolverse las diferencias que pudieran surgir de la "liquidación del contrato", su alcance no comprendía los casos en que ésta hubiese sido adoptada unilateralmente?

Nos parece que el justiciable recibirá esta decisión como otro caso en el cual la jurisdicción, acudiendo a argumentos de tipo exclusivamente formal, ha desconocido el derecho sustancial que aquí había sido definido por un Tribunal de Arbitramento, a cuya decisión las dos partes libremente se sometieron en un compromiso que debió ser honrado por ambas.

6.- El fallo, por lo anterior, nos invita adicionalmente a hacer una reflexión sobre la validez, frente a la nueva Constitución Política, del proceso contencioso administrativo montado sobre la tradición francesa del excés de *pouvoir*, en el cual, en una especie de culto al principio de la legalidad de los actos administrativos, se hacen depender los derechos de los ciudadanos exclusivamente de su confrontación con las normas superiores.

Sobre este punto el profesor Eduardo García de Enterría, sostiene:

"Por consiguiente, la concepción tradicional del contencioso-administrativo, el modelo francés del excés de pouvoir, la idea de un proceso al acto, ha concluido en España. El contencioso no es, en modo alguno, un proceso al acto, o de protección de la sola legalidad objetiva; es un proceso de efectiva tutela de derechos, los del recurrente y los de la Administración (éste predominantemente potestades en lugar de derechos), entre sí confrontados. No se trata, pues de un supuesto proceso objetivo o sin partes".

"La decisión administrativa previa como expresión de un poder de autotutela, que dispensa a la Administración de tener que acudir al Juez, para poder atender sus propios intereses, sigue siendo una técnica sin la cual nuestras Administraciones difícilmente podrían funcionar..."

"Convendría, sin embargo, prestar más atención a estos supuestos matices y plantear con cierta radicalidad si sigue siendo, en efecto, inevitable en todo caso la decisión administrativa previa (dictada por un aparato estrictamente jerarquizado y por tanto accesible a otros intereses que los que la estricta resolución implica)... Decisiones que

a veces son adoptadas, porqué no decirlo, como un abuso cínico, incluso de la potestad de decisión previa y que echa resueltamente sobre los administrados la obligación de emprender largos recursos al final de los cuales problemáticamente podrá encontrar una reparación”.

“Estamos asistiendo al fin de ese paradigma, simplemente. Estamos ante la revolución científica más importante que el Derecho Administrativo ha sufrido desde la anterior, que fue la puesta en punto del ‘excés de pouvoir’. Ese carácter de revolución científica explica su carácter de derrumbamiento súbito. El paradigma histórico del ‘excés de pouvoir’ ha sido de pronto encontrado inadmisibile, incapaz de explicar los nuevos hechos, los nuevos valores del Estado de Derecho, las nuevas demandas sociales”.

“Sin querer avanzar demasiado sobre este línea general, me permitiré decir, no obstante, que el nuevo paradigma me parece estar en el principio de la tutela judicial efectiva de los verdaderos derechos de los ciudadanos. Es por la introducción de este simple criterio por lo que el viejo paradigma ha saltado como en una explosión –como en la explosión en que siempre consisten las revoluciones científicas–. Como ha dicho Khun “Las revoluciones científicas han de considerarse como episodios no cumulativos de desarrollo, en los cuales un paradigma más antiguo es reemplazado, en todo o en parte, por un nuevo paradigma incompatible...”

“El ‘nuevo paradigma’, sobre el cual va a establecerse en todo el mundo occidental una nueva época de la justicia administrativa, es, por gran ventura, justamente, el paradigma que nos impone preceptivamente nuestra Constitución: la justicia administrativa no es un abstracto proceso o un acto administrativo aislado que efectúan órganos especializados de la propia Administración, o acaso jueces amedrentados ante la ‘maiestas’ administrativa o atados por mil lazos en el ejercicio de su función por el supuestamente insólito hecho de que el poder público tenga que rendir cuentas ante el Derecho; por el contrario, es un proceso plenario a la administración como sujeto por parte de otro sujeto en vista de obtener una tutela judicial efectiva y completa de sus derechos e intereses legítimos. Es algo más que una ‘petite nuance’, como hemos podido atisbar bastante claramente. La antigua concepción partía de que la Administración era siempre titular del interés general, que habría de imponerse normalmente sobre

los intereses meramente particulares que invocan los ciudadanos. Pero ahora ocurre que estos ciudadanos son con normalidad titulares de derechos fundamentales, que, por más que intenten con ellos hacer valer intereses particulares tienen por sí mismos el carácter de 'valores superiores del ordenamiento' (Art. 1 de la Constitución), de 'fundamento del orden político y de la paz social' (Art. 10.1 ibídem), con lo que han de prevalecer incluso sobre los intereses de la Administración, que tantas veces encubren simples comodidades o intereses de la burocracia. Este cambio radical de la situación de las partes respectivas en la relación ciudadanos-Administración (la cual no solo no requiere para su funcionamiento la posibilidad de infringir el Derecho, sino que está íntegramente sometida al mismo, Art. 103.1 de la Constitución, y, por tanto al juez) ha determinado este cambio substancial⁷.

II.- LOS FUNDAMENTOS DE LA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL:

En esta segunda parte se analizan los fundamentos expuestos en la sentencia para arribar a la conclusión de que los árbitros no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales.

I.- La afectación de la soberanía del Estado:

La sentencia objeto de estudio, comienza por hacer algunas afirmaciones relativas a la soberanía del Estado, para deducir que uno de sus elementos fundamentales es la potestad exclusiva del propio Estado para administrar justicia.

Dice textualmente:

"Es sabido que el Estado moderno se edificó sobre dos presupuestos esenciales: el monopolio en el uso legítimo y exclusivo de la fuerza y el monopolio en la producción, interpretación y aplicación de las regulaciones jurídicas dentro de su territorio con total independencia de otros Estados.

"Desde el punto de vista del derecho internacional, un Estado que está en posibilidad real de darse una organización política, social, económica

⁷ Eduardo García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*. Ed. Civitas, segunda edición 1992.

y cultural con plena independencia y autonomía, es soberano; en otros términos, es aquel que ejerce sobre una determinada población y territorio con plenitud, exclusividad y autonomía, las distintas competencias y funciones de orden legislativo, administrativo y jurisdiccional”.

Acudir al elemento de la “soberanía del Estado” en el fallo, podría hacernos deducir que, si la administración de justicia es del monopolio exclusivo de las autoridades estatales, debe excluirse el arbitramento; y que dicha exclusión no solo abarcaría la resolución de los conflictos que se susciten en el desarrollo de un contrato estatal, sino, en general, respecto de cualquier tipo de conflicto: ello evidentemente no es válido frente a nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, en nuestro medio es claro que la Constitución Política que es expresión de la voluntad “del pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano”, permite en su artículo 116 la institución del arbitramento, la cual, como se recuerda en el salvamento de voto, había sido considerada como constitucional incluso bajo la anterior Constitución que no la consagraba.

Esta norma textualmente dispone:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

La norma es clara en el sentido de señalar que la función de “administrar justicia”, que en principio y por regla general pertenece al Estado y que es ejercida por autoridades suyas, puede ser delegada en los particulares quienes tendrán “transitoriamente la función de administrar justicia”, o lo que es lo mismo, **estarán investidos temporalmente de jurisdicción para los asuntos que específicamente las partes les confíen.**

La Corte Constitucional expresó sobre esta disposición constitucional:

“A la luz de esta norma, todas las lucubraciones sobre la función arbitral, como si de naturaleza pública o privada, si los árbitros son verdaderos jueces etc., quedan reducidas al ámbito

académico. Pues la norma transcrita no deja lugar a dudas: los particulares, en su condición de árbitros, administran justicia "en los términos que determine la ley..."

"... Si se analiza el inciso cuarto del artículo 116, se llega a la conclusión de que la administración de justicia por los árbitros, sólo tiene estas limitaciones:

"La primera, que los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros transitoriamente. Esta transitoriedad es evidente no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral".

"La segunda, ya insinuada, que son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia".

"Y una última, que los árbitros administran justicia 'en los términos que determine la ley'. Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral".

II.- Los árbitros no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos porque, en un Estado de Derecho las competencias deben ser explícitamente señaladas por el legislador:

En la sentencia se dice a este respecto:

"En este sentido, el Estado es de derecho, por cuanto sus diversas instituciones y competencias se derivan de normas jurídicas preestablecidas..."

*"Este principio permite deducir que, en un Estado de derecho, como el nuestro, no existen poderes implícitos ni competencias deducibles por analogía, circunstancias que desvirtúan su esencia; que el ejercicio de las potestades públicas conferido por el ordenamiento jurídico a **determinada autoridad es indelegable e intransferible, salvo norma que lo autorice expresamente...**"*

La concepción de "Estado de Derecho" a que se refiere el fallo, implica, de acuerdo con el mismo, concluir que si la ley no les concedió a los

árbitros la facultad expresa de decidir sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales, estos no podrían hacerlo, en la medida en que las competencias en un estado de esta naturaleza son de naturaleza taxativa y no pueden ser extendidas "por analogía".

Este es un argumento que debe ser examinado con detenimiento, pues esta concepción de competencias taxativas está incrustada en el artículo 6 de la Carta, según el cual, los servidores públicos son responsables por "omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

La inquietud que genera este planteamiento es la de saber si dicha concepción está dirigida a quienes ejercen la "jurisdicción", entendida como la potestad de administrar o impartir justicia, pues creemos que ella está dirigida es a quienes forman parte de la "administración".

En la rama jurisdiccional, para que cualquier juez pueda resolver válidamente determinado asunto se requiere no solo de que detente JURISDICCIÓN, la que tiene por el simplemente hecho de ostentar tal calidad sino que la ley le otorgue COMPETENCIA, para pronunciarse sobre el asunto específico sometido a su conocimiento.

Y si la competencia de los jueces la establece la ley, la de los árbitros es establecida por quienes suscriben el pacto arbitral que son quienes pueden y deben delimitarla de acuerdo con sus necesidades y bajo los lineamientos del principio de la autonomía de la voluntad. **Ninguna ley enumera los asuntos que pueden conocer los árbitros, por las mismas razones por las que ningún código puede enumerar, en forma taxativa, los tipos de contratos que pueden celebrar los particulares.** El artículo 116 autoriza la institución del arbitramento y dispone que los árbitros, cuando sean habilitados por los particulares, para tal efecto, ejercerán "transitoriamente la función de administrar justicia". La Constitución autoriza que los particulares ejerzan transitoriamente jurisdicción; y el asunto sobre el cual podrán ejercerla (competencia), será aquel para el cual fueron habilitadas por las partes.

Si se sostuviera que la competencia de los árbitros debe ser taxativa, en desarrollo de la concepción del "Estado de Derecho", habríamos de concluir que es necesario que el legislador determine específicamente de cuáles asuntos concretos pueden ocuparse los Tribunales de Arbitramento. Pero ese no es el principio bajo el cual se rige esta institución, la cual se fundamenta, **por el contrario, en la autonomía de las partes para someter a esta forma**

alternativa de solución de conflictos, las controversias que a bien tengan, siempre y cuando no rebasen los límites que señale la propia ley, a la cual la Constitución Política le asignó la función de regular la institución.

III.- La no negociabilidad de las potestades públicas:

Respecto de este punto, la sentencia sostiene:

"Las potestades públicas no son negociables ni transigibles, por cuanto constituyen manifestación directa de la naturaleza soberana del Estado. En su ejercicio, se encuentran comprometidos la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, que constituyen elementos integradores del orden público.

"Corolario del principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, es que al Estado no le es dable despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas o transigir sobre la legalidad de los actos administrativos, sin menoscabar la soberanía del Estado, su autoridad, el orden público y el principio de legalidad".

El único comentario que nos parece pertinente respecto de la anterior afirmación, en el punto relativo a la "no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas" es indicar que cuando se juzga la legalidad de un acto administrativo expedido en desarrollo de una potestad excepcional del Estado, no se está juzgando ni afectando, en forma alguna, la propia potestad estatal para expedirlo.

Dicha potestad, en el caso de los actos contractuales, tal como se explicó anteriormente, tiene alcances temporales y precisos y el hecho de juzgar si lo decidido en ejercicio de la facultad excepcional corresponde a la realidad del contrato, no afecta la legalidad de la propia potestad excepcional como tal. Al hacerse este juzgamiento, por la jurisdicción contenciosa, o por los árbitros, en forma alguna se está juzgando la validez de la facultad legal que tienen las entidades estatales de proferir dichos actos.

IV.- La legalidad de los actos administrativos, debe ser juzgada exclusivamente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo:

1.- Esta consideración es vital en el desarrollo argumentativo de la sentencia y a ella debe prestársele especial cuidado. Aquí tenemos que

preguntarnos si es realmente cierto que la ley y sobre todo la propia Constitución hayan confiado el juzgamiento de los actos administrativos **exclusivamente** a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo afirma el Consejo de Estado para determinar si desde el punto de vista **estrictamente formal**, esta competencia es realmente exclusiva de dicha jurisdicción.

En la sentencia se dice al respecto:

“Ello no impide que se controvierta la validez del acto; pero si se busca controvertir judicialmente su concordancia con el orden jurídico, la ley ha dispuesto tanto para la propia administración como para los particulares los mecanismos procesales pertinentes, como son, entre otras, las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, ante una jurisdicción especializada, continua y permanente, como lo es la contencioso administrativa...”

*“1º La jurisdicción contencioso administrativa se encuentra establecida por la Constitución y la ley para resolver, **de manera exclusiva y excluyente, los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos y los efectos que sean consecuencia directa de ella.***

2º La cláusula general de competencia atribuida por la Constitución Política y la ley al juez administrativo, respecto del juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos, es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable, porque es un regla imperativa de orden público, que emana del poder soberano del Estado. Un acuerdo en contrario estaría viciado de nulidad absoluta por existir objeto ilícito.

3º La justicia arbitral puede ser habilitada por las partes para conocer y resolver controversias en materia de contratación estatal, en todos aquellos asuntos de carácter transigible que surjan entre personas capaces de transigir (art. 111, Ley 446 de 1998).

*4º Cuando la administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo, aquélla solamente puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral, porque **la regla de competencia establecida por la Constitución y la ley para dilucidar su legalidad es de orden público y por ende, intransigible”***

Respecto de lo anterior, anotamos:

a.- La Constitución Política en su título VIII, relativo a la rama judicial del Estado consagra el capítulo 2 a la jurisdicción ordinaria y el capítulo 3 a la jurisdicción administrativa. Y así como en el primero refiere que la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, en el segundo dispone que el Consejo de Estado desempeña las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo.

Pero, en ninguna parte de la Carta se expresa que las competencias de una o de otra jurisdicción sean exclusivas y excluyentes, para significar que ellas no pueden ser ejercidas por los particulares en condición de árbitros, en los eventos en que éstos hayan sido investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116 de la misma Carta.

b.- En el salvamento de voto de la sentencia se exponen las razones por las cuales no puede considerarse que la mención que la Carta hace a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo deba interpretarse como un precepto excluyente de la justicia arbitral frente a los asuntos que le corresponden a dicha jurisdicción; se alude a la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional según la cual la asignación de competencias es un asunto reservado por la propia Carta al legislador, pudiendo éste perfectamente otorgar el conocimiento de los asuntos que por la naturaleza le corresponderían a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a otra jurisdicción; y se precisa que en la medida en que el artículo 238 de la Carta se refiere a que esta jurisdicción "podrá" suspender los efectos de los actos administrativos, "por los motivos y los requisitos que establezca la ley", resulta claro que allí tampoco está consagrada una competencia exclusiva y excluyente para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Allí se expresa textualmente:

"Es cierto, nadie se atrevería a ponerlo en duda, que la Constitución ha instituido a la jurisdicción contencioso administrativa para juzgar la legalidad de la actuación administrativa. Así lo señala el ordinal 1º del art. 237 de la Carta cuando establece que corresponde al Consejo de Estado desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.

"Sin embargo, esta norma debe interpretarse en consonancia con las demás disposiciones de la Constitución, en particular y para el presente caso, con lo previsto en el art. 116 en materia de arbitramento, disposición en la cual no se excluye de su campo de acción lo relativo a las controversias contractuales de las entidades estatales cuando estas se derivan de un acto administrativo, aspecto que la Carta Política dejó librado a la regulación legislativa.

*"Al respecto, cabe citar la sentencia C-111 del 9 de febrero del presente año de la Corte Constitucional, mediante la cual se declaró la exequibilidad del art. 1º. de la Ley 362 de 1997, que asignó competencia a la jurisdicción del trabajo para conocer de las controversias suscitadas entre las **entidades públicas** del régimen de la seguridad social y sus afiliados, lo cual en opinión del demandante, generaba una alteración del reparto de competencias constitucionales establecidas a favor de la jurisdicción contencioso administrativa, como jurisdicción especial que es. Allí se dijo:*

*"Sea lo primero señalar para responder dicho cargo que, como se puede deducir de lo antes indicado, **la radicación de una competencia en una determinada autoridad judicial, no configura una decisión de índole, exclusivamente constitucional sino que pertenece al resorte ordinario del legislador (Ver sentencia C-208/93, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara), siempre y cuando el constituyente no se haya ocupado de asignarla de manera explícita entre los distintos entes u órganos del Estado.***

Efectivamente, la asignación legal de una competencia a una autoridad judicial supone la determinación acerca del ejercicio de una función pública, en desarrollo del mandato establecido en el artículo 150-23, en virtud del cual corresponde al Congreso de la República expedir las leyes que regirán el ejercicio de la justicia la función pública regulada, la cual de conformidad con lo señalado en el artículo 228 de la Ley Fundamental, constituye materia de ley para su organización y realización, de manera pronta y eficiente.

Por lo tanto la Corte no observa un exceso del legislador cuando asignó una nueva competencia a la jurisdicción del trabajo en la norma acusada, pues el mismo actuó en ejercicio de atribuciones constitucionales.

Adicionalmente, el cuestionamiento esbozado por el demandante para demostrar la violación del principio del juez natural por la disposición enjuiciada, plantea otro aspecto, fundado en la no observancia de la distribución constitucional de las materias del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, con la asignación de una competencia suya a la jurisdicción del trabajo, por cuanto, considera que en todas las controversias en las cuales participe el Estado o un servidor público, deben ser tramitadas, únicamente, por la jurisdicción contencioso administrativa”.

Esta afirmación, para la Corte, resulta a todas luces errónea por las siguientes razones:

La Carta Política de 1991, en el Título VIII, al referirse a la organización y funcionamiento de la Rama Judicial, distribuye la potestad estatal para “dictar el derecho” (jurisdicción), en las jurisdicciones ordinaria, contencioso administrativa, observándose que allí la materia regulada hace referencia a la forma de integración del Consejo de Estado como la más alta Corporación de dicha jurisdicción, su organización interna, atribuciones, **así como lo relativo a la posibilidad de obtener una suspensión provisional de los actos administrativos por la mencionada jurisdicción.**

Se puede concluir, entonces, que el Constituyente de 1991 no hizo mención específica del objeto de la jurisdicción contencioso administrativa (Consejo de Estado, tribunales administrativos y juzgados administrativos); por lo tanto, es necesario aceptar que esa actividad fue atribuida al legislador para que otorgue el respectivo desarrollo legal, como en efecto ocurre en el Código Contencioso Administrativo, artículo 82.

Si bien es cierto que de conformidad con ese desarrollo legal constituye materia de juzgamiento de la jurisdicción contencioso administrativa, las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, también lo es **que el legislador en ejercicio de la libertad política de configuración de normas jurídicas y en armonía con los artículos 150-23 y 228 superiores, ya aludidos en su contenido, tiene un amplio margen de decisión para distribuir una competencia judicial dentro de las distintas jurisdicciones estatales, a fin de**

que una precisa autoridad judicial ejerza bajo estrictos contornos de protección de la vigencia y primacía del debido proceso (C.P. art. 29).

*En consecuencia, el hecho de que el legislador en la disposición acusada haya establecido que la jurisdicción del trabajo sea la competente para conocer las controversias que se susciten entre las entidades públicas del régimen de la seguridad social integral y sus afiliados, no contraviene el ordenamiento superior, por el contrario, armoniza con el mismo, si se tiene en cuenta que en dicho señalamiento se reúnen las condiciones que se exponen a continuación: i.) se cumple con una atribución constitucional del legislador para regular sobre el ejercicio de una función pública, como es la de administrar justicia, en virtud de lo cual puede introducirse en el campo de la organización de las jurisdicciones estatales para llevar a cabo un reparto de competencias entre las autoridades judiciales que las integran con arreglo a los factores que la determinan y bajo el entendido de que el constituyente no se ocupó de dicha materia (C.P. arts. 150-23 y 228); ii.) supone el desarrollo legal de un derecho fundamental como el debido proceso, precisamente, en su elemento esencial de la definición del juez o tribunal competente para el respectivo juzgamiento, es decir con prevalencia del principio del juez natural (C.P. art. 29); y iii.) **no desconoce la voluntad del constituyente al organizar la jurisdicción contencioso administrativa pues la definición del objeto de la jurisdicción no obtuvo regulación constitucional sino que dicha labor constituye materia legislativa**". (Las subrayas no son del original).*

"Al no existir, por lo tanto, un precepto constitucional que establezca en forma privativa la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para definir la legalidad de los actos administrativos, nada se opone a que el legislador en ejercicio de la libertad política de configuración de normas jurídicas pueda facultar a otra jurisdicción, para el caso a la jurisdicción arbitral, para conocer de la legalidad de los actos administrativos.

*"Cabe anotar que del art. 238 de la Carta tampoco se desprende la competencia privativa de la jurisdicción contencioso administrativa para controlar la legalidad de los actos administrativos, toda vez que allí sólo se establece que sus efectos **pueden** ser suspendidos provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley*

"Frente a la regulación constitucional de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en nuestro sistema jurídico, no resulta pertinente, por tanto, la invocación que se hace a los principios fundamentales sobre los cuales desde hace dos siglos reposa el derecho administrativo francés, como son el de control de legalidad de los actos administrativos y el dualismo jurisdiccional"⁸.

c.- Si se admite, como lo señala la sentencia, que la competencia que la Constitución le otorga a la Jurisdicción Contencioso Administrativa es exclusiva y excluyente en el sentido de que no puede ser ejercida por los árbitros, la misma conclusión sería predicable respecto de la jurisdicción ordinaria, pues la Constitución y la ley se refieren a las dos en los mismos términos; y por esa vía llegaríamos al absurdo de concluir que la Constitución prohibió la institución del arbitramento cuando ella lo que hizo fue, por el contrario, contemplarla expresamente, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional en numerosas decisiones.

d.- La conclusión a la cual hay que llegar es totalmente la contraria: todos los asuntos de que conoce la jurisdicción contenciosa o la jurisdicción ordinaria pueden ser sometidos por **las partes** al conocimiento de los árbitros, siempre que ello se haga en los *"términos que determine la ley"*.

f.- De otra parte, si bien es cierto que las normas legales que conforman el Código de Procedimiento Civil y el Código Contencioso Administrativo consagran la competencia de los órganos que conforman dichas jurisdicciones para conocer de todos los asuntos atinentes a las mismas, de dicha circunstancia no podría deducirse que la intención de tales normas sea la de excluir dichos asuntos del conocimiento de los Tribunales de Arbitramento cuando esta sea la voluntad de las partes.

Ya se indicó anteriormente que la competencia de los árbitros no puede estar determinada por la ley y que no puede esperarse que exista un precepto legal que determine los *"asuntos de los cuales pueden conocer los Tribunales de Arbitramento"*.

La ley debe, como efectivamente lo hace determinar el juez competente para conocer de las controversias que pueden ser sometidas a la jurisdicción; y para que se resguarde el derecho constitucional de acceso

⁸ Sentencia del 8 de junio del 2000; salvamento de voto del doctor Ricardo Hoyos Duque.

a la justicia debe establecer "*cláusulas generales de competencia*" que aseguren que no haya "*conflictos sin juez*". Pero de la circunstancia que la ley señale cuál es el juez competente para decidir determinado conflicto, de ninguna manera puede deducirse que el mismo no puede ser sometido por las partes a arbitramento.

Evidentemente cada conflicto tiene un "*juez natural*" y a través del pacto arbitral, autorizado por la Constitución las partes pueden confiar su decisión a los árbitros que temporalmente ejercerán jurisdicción respecto de ese preciso asunto, sin que se requiera de la "*delegación expresa*" por parte del legislador, a la cual alude la sentencia que se estudia. Esa delegación la hacen las partes en el pacto arbitral y está autorizada por el artículo 116 de la C.P.

2.- Más adelante la sentencia haciendo alusión al mismo punto expresa:

"En desarrollo de este precepto constitucional, la Ley 80 de 1993 autoriza a la justicia arbitral para resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación" (arts. 70 y 71), pero en ningún momento el estatuto de contratación estatal autoriza a las partes para que habiliten a los árbitros para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos que se produzcan con ocasión de la relación contractual.

De tal manera que, si bien el compromiso o la cláusula compromisoria nacen de un acuerdo de voluntades de las partes contratantes, al habilitar a particulares para que administren justicia en forma transitoria y excepcional por autorización constitucional y legal, no pueden conferir a los árbitros atribuciones que el ordenamiento legal no autoriza, como la de resolver sobre asuntos sobre los cuales no tienen la capacidad de transigir, pues es de exclusiva competencia del legislador determinar las materias y la forma en que los particulares pueden administrar justicia, en la condición de árbitros, y establecer los límites, términos y facultades para el ejercicio de dicha función.

Al respecto la Corte Constitucional afirmó:

"Por consiguiente, y según lo dejó expuesto esta misma Corporación en sentencia No. C-294 de 1995, a la luz del artículo 116 de la Carta

*Política, todas las elucubraciones sobre la función arbitral, como lo es la naturaleza pública o privada, o si los árbitros son verdaderos jueces, etc., quedan reducidas al ámbito académico. Es así como la norma transcrita no deja lugar a dudas, en el sentido según el cual los particulares en su condición de árbitros, administran justicia, 'en los términos que determine la ley'. Y se agregó adicionalmente, que según la Constitución, las leyes que regulen el arbitramento tienen que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar*⁹.

Respecto de lo anterior, debe observarse:

a.- Tal como se dijo anteriormente, la ley no puede indicar cuáles son los asuntos de los que pueden conocer los Tribunales de Arbitramento pues la "competencia" de los mismos, sólo puede estar determinada por las partes. Su jurisdicción se deriva de la Constitución y su competencia de la voluntad de las partes.

b.- Cuando la Constitución señala que los árbitros pueden ser investidos de la facultad de administrar justicia, *en los términos que determine la ley* y cuando la Corte Constitucional en la sentencia citada, se refiere al mismo punto, en forma alguna están indicando que la propia ley es la que debe señalar cuáles son los asuntos específicos que pueden ser sometidos a la justicia arbitral. La regulación del arbitramento por parte de la ley no puede comprender dicho aspecto por las razones antes mencionadas.

V.- Atendiendo la naturaleza del acto administrativo, este no puede ser juzgado por la jurisdicción arbitral:

Desde el punto de vista de "*la materia*", el Consejo de Estado estima que el juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos contractuales no puede ser objeto de pacto arbitral, habida cuenta de los "*límites*" a los cuales está sometida la justicia arbitral.

1.- Para desarrollar este punto, la sentencia comienza por recordar lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, respecto de dichos límites:

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-431 de septiembre 28 de 1995. Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

a.- En primer lugar, se cita la sentencia del 29 de mayo de 1969 de la Corte Suprema de Justicia y se recuerda que desde allí se consideró:

"Pero, ante la gran dificultad de obtener la realización de esta aspiración surge como subsidiaria la posibilidad de que los mismos particulares que discuten un derecho arreglen sus diferencias directamente o por medio de compromisarios, siempre que obren dentro del orden público, es decir, que sólo dispongan sobre aquellas cosas que atañen exclusivamente a su interés particular y sobre las cuales pueden ejercer la facultad de disponer libremente, como consecuencia apenas del derecho de propiedad y de la libertad contractual que los garantiza la Constitución Política".

Sobre esta consideración cabe preguntarnos si cuando el Tribunal de Arbitramento se pronuncia sobre los fundamentos de un acto administrativo contractual para determinar si ellos obedecen o no a la realidad del contrato:

- ¿Estará disponiendo sobre cosas que exceden el interés particular de las partes en el contrato?
- ¿Estará disponiendo sobre asuntos, respecto de los cuales las partes no tienen la facultad de disponer libremente?

b.- Luego, citando, la sentencia de la Corte Constitucional C-294 del 6 de julio de 1995, se subraya:

"Escapan, por el contrario, a la autonomía de la voluntad, las obligaciones amparadas por 'las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres', de conformidad con el artículo 16 del mismo Código Civil".

Aquí nos preguntamos:

¿Tiene algo que ver la competencia de los árbitros para pronunciarse respecto de los fundamentos de un acto administrativo contractual, con la prohibición establecida en el artículo 16 del Código Civil para que los particulares deroguen en sus convenciones las normas de que se estimen de orden público, respecto de las cuales no será válido pactar en contrario?

2.- Posteriormente, se indica en la sentencia que, de acuerdo con la ley sólo aquellos asuntos que sean susceptibles de transacción son

susceptibles de ser juzgados por los árbitros, para concluir que los actos administrativos no pueden ser considerados como tales:

Sobre el punto se expresa textualmente:

"En consecuencia, es claro que las partes en conflicto, ya se trate de personas públicas o privadas, pueden habilitar a particulares para que administren justicia, transitoriamente, en los términos que determine la ley.

"Al respecto, debe tenerse en cuenta que el art. 1° del Decreto 2279 de 1989, modificado por el art. 111 de la Ley 446 de 1998, los arts. 90 y siguientes de la Ley 23 de 1991, los arts. 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, los arts. 226 a 231 del Decreto 1818 de 1998, disponen que sólo puede entregarse a la decisión de los árbitros asuntos susceptibles de transacción, que surjan entre personas capaces de transigir, de manera que conforme a los principios antes enunciados, escapen a la libre disposición de las partes y, por lo tanto, no pueden ser resueltos por tribunales de arbitramento, aquellos asuntos en los cuales se encuentren involucrados el orden público y el ejercicio de las potestades estatales, entre ellas el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo".

Respecto de este fundamento nos parece importante destacar:

a.- Admite el Consejo de Estado y ello se acompasa con lo dispuesto en el artículo 116, que los únicos límites a los cuales está sujeta la competencia de los árbitros, son aquellos que le señale la propia ley. Y que el límite relativo a que los asuntos sometidos a su conocimiento sean "susceptibles de transacción", es de naturaleza puramente legal.

b.- Ahora bien, admitiendo que resulta indispensable que el asunto sometido a la decisión de los árbitros sea "susceptible de transacción", ¿puede afirmarse con base en esta premisa que la "legalidad del acto administrativo contractual" no puede incluirse dentro de dicha categoría?

Las siguientes consideraciones nos hacen llegar a la conclusión totalmente contraria:

La Ley 80 de 1993, al referirse a los mecanismos de solución directa de las controversias contractuales, dispone:

“Art. 68: Las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual”.

*“Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y **transacción**”.*

*“**Parágrafo:** Los actos administrativos contractuales **podrán ser revocados en cualquier tiempo**, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada”.*

Si la ley permite que las entidades estatales, con el objeto de resolver los conflictos que surjan de los contratos celebrados por ellas, acudan a la transacción y, adicionalmente les permite revocar de los actos administrativos que hayan proferido en desarrollo del contrato, nos parece indiscutible que su juzgamiento también puede someterse a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

Aquí nos preguntamos:

¿Cómo es posible que se admita la figura de la TRANSACCIÓN, para resolver las controversias relativas a contratos estatales, en las cuales pueden estar involucrados actos administrativos contractuales y no se permita que un Tribunal de Arbitramento se pronuncie sobre la legalidad de un acto administrativo de la misma índole?

¿Si el artículo 111 de la Ley 446 de 1998¹⁰, dispone que sólo aquellas controversias susceptibles de transacción pueden ser objeto de arbitramento y la controversia contractual en la que esté involucrada una entidad estatal, por voluntad expresa de la Ley 80 es susceptible de transacción, no implica ello que los árbitros tengan frente a ella jurisdicción completa para decidirla?

¿Cómo es posible que se permita a la entidad, con el objeto de resolver una controversia extra-judicialmente, revocar un acto

¹⁰ Textualmente esta norma dispone: *“El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”.*

administrativo y no se le permita someter el estudio de su legalidad a un Tribunal de Arbitramento ?

Cuando la Entidad Estatal, con el objeto de poder realizar una transacción revoca un acto administrativo, lo hace porque reconoce que se encuentra dentro de una de las causales previstas en el artículo 69 del C.C.A.: porque viola la Constitución o la ley; no está conforme con el orden público; o, causa un perjuicio injustificado a una persona. El arbitramento, por el contrario, le permite que sea un tercero imparcial quien decida si su decisión estuvo o no ajustada a la legalidad, luego de surtido el proceso correspondiente.

Si se examina el punto detenidamente frente a una entidad estatal y a la luz de los principios de "orden público" que se esgrimen en la sentencia, resultaría entonces mucho más atentatorio contra los intereses de la entidad acudir a la figura de la transacción, en la cual está cediendo derechos y está decidiendo por sí y ante sí que su actuación fue ilegal, que a la del arbitramento en la cual está sometiéndose a la decisión de los árbitros, sin ceder nada.

Cuando la doctrina distingue el arbitraje de la transacción, señala que *"en la transacción, en efecto, se produce un real y efectivo abandono recíproco de derechos, al contrario de lo que ocurre con el laudo arbitral, que puede recoger íntegramente los derechos y pretensiones de alguna de las partes, sin que sufran merma o menoscabo alguno tales derechos"*¹¹.

Si volvemos al ejemplo del fallo que se estudia, los argumentos anteriores adquieren mayor fuerza; frente a él, nos preguntamos:

¿Si las partes en el contrato tenían la posibilidad de llegar a una "transacción" sobre el valor del muro y para lograr la transacción la entidad podía revocar el acto de liquidación unilateral, considerando que efectivamente su decisión no había estado ajustada a la realidad del contrato y por ende era ilegal, por qué no podían, en lugar de lo anterior, someter esta controversia a la decisión de los árbitros?

Aquí creemos, nuevamente, que hay que descender al tema para apreciarlo adecuadamente y recordar que la decisión sobre un "acto

¹¹ José M. Chillón Medina, Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1978 pág. 56.

administrativo contractual", no tiene alcance distinto del que tiene un pronunciamiento judicial sobre cualquier aspecto de la ejecución de un contrato, respecto del cual la administración adoptó una decisión; y su Juzgamiento no tiene un alcance distinto que el de determinar si ella efectivamente reflejó la situación contractual bajo la cual la decisión de la administración fue proferida. Dicha decisión, por lo demás, es de naturaleza particular y de contenido estrictamente patrimonial.

c.- Más adelante el fallo agrega sobre el mismo tema:

"Fácil es observar cómo razones mayores existen para que no sea posible disponer o transigir respecto de la potestad de la jurisdicción contencioso administrativa para dilucidar sobre legalidad de los actos administrativos; es una materia ajena a cualquier clase de negociación, por encontrarse comprometida la soberanía del Estado y el orden público, como ha sido la tesis constante de la jurisprudencia nacional y de la doctrina; y siendo, pues, un tema extraño a la transacción, lo será también a la competencia de los tribunales de arbitramento, constituidos por particulares que ejercen excepcionalmente funciones de administración de justicia".

A este respecto cabe observar que cuando se pacta un arbitramento que comprenda la decisión sobre la legalidad de un acto administrativo contractual –que es un acto de naturaleza particular–, no se está negociando o transigiendo sobre la potestad de la jurisdicción contencioso administrativa para juzgar la legalidad de los actos administrativos. Dicha potestad que es la que corresponde a la jurisdicción natural y permanente establecida por la Constitución y la ley para tal fin, continúa incólume, pues las partes interesadas e involucradas en el conflicto contractual, lo que hacen simplemente determinan que ese conflicto sea resuelto por los árbitros. Y lo hacen en uso de una facultad que les confiere la propia Constitución, para que, su caso concreto, no sea resuelto por el Juez natural.

3.- El fallo, hace también referencia a la posición de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 12 de diciembre de 1991, al decidir sobre la exequibilidad de los artículos 59 a 65 de la Ley 23 de 1991, relativos a la **conciliación en asuntos administrativos**. Y se hace referencia a dicha sentencia para resaltar que en ella la Corte advirtió que, cuando para conciliar determinado asunto fuera menester revocar un acto administrativo ello sólo podía hacerse con posterioridad a la conciliación y si se daban **las condiciones establecidas en el artículo 69 del C.C.A.**

En este punto debe considerarse:

a.- Efectivamente la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 12 de diciembre citada, discurre así sobre el tema:

*"...Colígese de lo que se ha expuesto que para poder entrar a conciliar sobre los puntos puramente patrimoniales, tanto tratándose de acto ejecutoriado como de acto cuya ejecutoria se halle apenas en ciernes, la administración siempre ha de dilucidar previamente si se encuentra ante alguno de los supuestos que la legitiman para revocar directamente el acto, bien por inconstitucionalidad o ilegalidad manifiestas o por inconveniencia, y sólo en caso afirmativo podrá proceder a la conciliación ; **claro que formal o externamente se seguirá un orden cronológico inverso, pues el acto será revocado como consecuencia de haberse llegado a la conciliación patrimonial, ya que si ésta fracasa por cualquier motivo, aquel continuará en firme**".*

b.- En la regulación de la Ley 23 de 1991, la entidad Contratante tenía la facultad de revocar el acto contractual si al conciliar aceptaba que se daba cualquiera de las causales previstas en el artículo 69 del C.C.A.. Siendo ello así, si estimaba que el acto proferido no obedeció a la realidad contractual –por ejemplo porque estaba acreditado que el incumplimiento que generó la caducidad en realidad fue determinado por la Contratante, o porque la suma cargada al contratista en la liquidación unilateral no debía en realidad ser asumida por éste–, era clara la procedencia de la revocación porque era evidente que el acto proferido estaba sustentado en una "falsa motivación" y por lo tanto debía considerarse como ilegal y porque además le estaba causando un perjuicio injustificado al contratista.

c.- Dicho lo anterior, lo que resultaba ilógico frente a la eficacia de esta institución era que luego de realizada la audiencia, en la que se concilió sobre el presupuesto de la revocatoria del acto administrativo, esa potestad seguía siendo exclusiva de la administración, la cual en un acto posterior decidiría, ella sola, si conciliaba o no.

d.- Esta situación fue superada por la Ley 446 de 1998, cuyo artículo 70, que sustituyó el artículo 62 de la Ley 23 de 1991 y que textualmente dispuso:

"Cuando medie un Acto Administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo y si se da alguna

de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado”.

La norma anterior, en materia de CONCILIACIÓN de los asuntos en los que esté comprometido un acto administrativo, permite afirmar, sin lugar a dudas, que la entidad pública puede en dicha audiencia disponer del acto, si se dan los mismos requisitos que serían exigibles para revocarlo directamente. Y su revocatoria se hará, no como producto de un acto unilateral posterior, sino como resultado de la propia conciliación.

Si se llega a un acuerdo con el particular afectado, por ejemplo, sobre la suma que le pagará la administración como indemnización por los perjuicios que le causó el acto, que la propia administración reconoce que violaba la constitución o la ley, o que atentaba contra el interés público, o que le causó al particular un agravio injustificado, la propia conciliación, dejará “*insubsistente*” el mencionado acto, el cual se entenderá revocado sin necesidad de declaratoria posterior. Y ello simplemente en virtud de que, al conciliar, la entidad pública, implícita o explícitamente, estará reconociendo que el acto administrativo se encontraba en una de las causales de revocación antes mencionadas, contempladas en el artículo 69 del C.C.A.

e.- Al contrario de la conclusión a la que se arriba en la sentencia objeto de análisis, el hecho de que la LEGALIDAD de los actos administrativos, como “*obstáculo*” para la conciliación, en los términos antes señalados, haya sido superada a partir de la expedición de la Ley 446 de 1998, nos llevaría a afirmar, en el campo del arbitramento, que si la administración puede hoy conciliar sobre los efectos económicos de los actos administrativos y al hacerlo entender que su voluntad ha sido revocarlos, también debe aceptarse que, al someter conflictos de similar naturaleza a la decisión de los árbitros, estos tienen la posibilidad de pronunciarse sobre su legalidad o mantenimiento en el ordenamiento jurídico, cuando ello resulte indispensable para decidir sobre las pretensiones patrimoniales que ante dicha jurisdicción se discuten.

En otros términos, al igual que en la conciliación, debe entenderse, que cuando en el laudo se acredite que los fundamentos del acto administrativo no reflejaron la realidad del contrato y por ende las resoluciones que en él se adopten implican su revocatoria, dicho acto **debe considerarse como insubsistente.**

f.- Incluso antes de que este instrumento fuera permitido legalmente en la conciliación, la jurisprudencia y la doctrina abogaban por una solución de esta naturaleza:

"Es una gran innovación de la Ley 446 de 1998, permitir la conciliación en los eventos de las acciones de nulidad y restablecimiento de derecho, pues en este tipo de acciones se ventila, evidentemente, una situación particular de contenido patrimonial, donde el afectado busca el restablecimiento de su situación particular, susceptible de evaluación patrimonial. Tal punto ha sido sostenido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre todo, para defender la procedencia del desistimiento en este tipo de acción.

"El mismo doctor CARLOS BETANCUR JARAMILLO, en su obra Derecho Procesal Administrativo, sostenía la viabilidad de admitir la conciliación en este tipo de acción, al considerar que la pretensión en este caso tiene un fin patrimonial, individual y subjetivo, que se concreta en la reparación del daño o el restablecimiento de su situación particular, materia que puede ser conciliada por la administración sin que se afecte el interés general"¹².

g.- En otros términos, si la entidad pública en un acto de autocomposición de los litigios, como es la conciliación puede disponer de un acto administrativo, también debe poder hacerlo en el caso del ARBITRAMIENTO, en el cual no obstante que quien decide el punto es un tercero, lo hace porque hay un acuerdo entre las partes en conflicto de someterlo a su decisión y de acogerse a ella.

Sobre la similitud en el fundamento de los métodos de autocomposición de litigios –como la conciliación– y el arbitramento, el profesor Adolfo Alvarado Velloso, sostiene:

"... es menester recordar previamente que el arbitraje (o el arbitramento) es un modo de hetero-composición de litigios que opera como resultado respecto de ellos y al cual se llega sólo si media al menos un principio de autocomposición de los propios interesados, por la cual aceptan plantear su litigio al árbitro (o arbitrador) y, eventualmente, acatar su decisión"¹³.

¹² Juan Ángel Palacio Hincapié, Derecho Procesal Administrativo, segunda edición, página 636.

¹³ Adolfo Alvarado Velloso. Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Segunda Parte. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe –Argentina–, 1998.

h.- Al igual que lo advertimos respecto de la transacción, el interés público estará mejor protegido cuando la entidad decide, como en el caso juzgado en la sentencia objeto de análisis, que en lugar de conciliar directamente un asunto, somete la decisión el mismo a un tercero imparcial que lo definirá en un lapso de tiempo razonable. Aquí el arbitramento se convierte en una alternativa distinta en aquellos casos en que las partes se encuentran ante la situación en que coloquialmente se afirma que es mejor un *"mal arreglo que un buen pleito"*; el arbitramento será allí una solución mejor que la de un *"mal arreglo"* y mejor que la de un *"buen pleito"* y sobre todo un *"largo pleito"*.

4.- Se recurre en el fallo a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 77 de la ley 80 de 1993 para deducir que el juzgamiento de los actos administrativos contractuales es un asunto sometido exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa, en la medida en que dicha norma prevé que éstos sólo *"son susceptibles del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo"*. Y para fundamentar mejor esta posición se acude también a la disposición del artículo 238 de la C.P. que faculta a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para suspender los actos administrativos, sosteniendo que los árbitros no pueden estimarse como parte de dicha jurisdicción.

Dice textualmente el fallo a este respecto:

"Es obvio que la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo, como lo pregona la exigencia legal, sólo se puede ejercer ante la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo con las estrictas reglas de competencia que están previstas en los arts. 128, num. 6, 132, num. 5, 134B, num. 5 y 134D, lit. d) del mismo código.

Esta preceptiva, por lo demás, no resulta de un capricho legislativo, sino que es desarrollo indudable del precepto establecido en nuestra Constitución Política en el art. 238, a cuyo imperio la suspensión de los actos administrativos, en sede judicial, ha sido atribuida exclusivamente al juez administrativo. Es por esto que, el solo silencio de la Ley 80 de 1993 en cuanto a las limitaciones de los árbitros, no permite concluir que los tribunales de arbitramento pueden ejercer dicha competencia.

Y no se podría argumentar que los Tribunales de Arbitramento, para el
evento del juzgamiento en materias atañedoras a los contratos

estatales, son jueces administrativos, porque tal jurisdicción está perfectamente delimitada por la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, que señala, con una precisión que aleja toda duda (arts. 34 a 42), los órganos que integran esta jurisdicción (Consejo de Estado, tribunales y jueces administrativos), entre los cuales no se encuentran los Tribunales de Arbitramento.

"Más aún, el art. 82 del C.C.A., con la modificación introducida por el art. 30 de la Ley 446, que incluyó los juzgados administrativos, establece que la jurisdicción contencioso administrativa "Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley".

Respecto de lo anterior, anotamos:

a.- Así como la ley prevé un juez natural para cada conflicto, lógicamente prevé el procedimiento mediante el cual dicho conflicto debe resolverse. Por ello, de la circunstancia de que la ley 80 haya dispuesto que el juzgamiento de los actos administrativos contractuales debe llevarse a cabo mediante la "acción contractual", en forma alguna puede deducirse que su intención fuera la de excluir la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre esta materia.

Los asuntos que se sometan al proceso arbitral se juzgarán de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley (arbitramento legal) por aquél señalado por el Centro de Arbitraje al que las partes se acojan (arbitramento institucional) o por el diseñado por ellas mismas de común acuerdo (arbitramento independiente), de acuerdo con lo previsto en el artículo 112 de la Ley 446 de 1998. Y la circunstancia de que la ley haya previsto un procedimiento específico para decidir determinado asunto, no significa que el mismo ha quedado excluido de la competencia de los árbitros.

Por este camino concluiríamos que no puede someterse a la decisión de los árbitros un proceso de rendición de cuentas, porque el Código de Procedimiento Civil dispone que dicho proceso debe tramitarse mediante el procedimiento abreviado; o, lo que es peor: esta interpretación nos llevaría a concluir que, toda vez que todos los asuntos tienen un procedimiento previsto en la ley, al cual no puede acogerse el Tribunal de Arbitramento, ningún tipo de asunto podría someterse a su conocimiento.

b.- En realidad la intención del legislador al expedir el inciso segundo del artículo 77 de la Ley 80, citada en la sentencia, no fue la aludida en el fallo objeto de análisis. Su intención fue, a nuestro modo de ver, la de excluir, respecto de dichos actos, la posibilidad de que se promoviera, por cualquier persona, una acción de simple nulidad, lo cual evidencia claramente que el único que está legitimado para promover dicha acción es quien resulta afectado por ella, que no puede ser otro distinto de quien ha sido **parte** en el contrato.

c.- Indicar que los árbitros no pertenecen a la jurisdicción administrativa y que cuando el artículo 238 de la C.P. al señalar que sólo la jurisdicción administrativa puede suspender los actos administrativos, está excluyendo la posibilidad de que los Tribunales de Arbitramento tengan esta facultad, también nos conduce a conclusiones que contrarían el artículo 116 de la propia Carta.

En efecto, si es claro que los árbitros no son órganos de la administración de justicia, también lo es que cuando ejercen jurisdicción por delegación de las partes dicha "jurisdicción" –entendida como división de la facultad de administrar justicia de acuerdo con la materia correspondiente– será ordinaria (si se trata de asuntos que naturalmente están sujetos a la Corte, Tribunales y Juzgados) o contenciosa (si se trata de asuntos que naturalmente son del conocimiento del Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos). En otros términos la "jurisdicción" que ejercen los árbitros, será ordinaria o contencioso administrativa, dependiendo del asunto que estén juzgando.

d.- Si aceptamos, como dice la sentencia que se analiza que puesto que *"el art. 82 del C.C.A., con la modificación introducida por el art. 30 de la Ley 446, que incluyó los juzgados administrativos, establece que la jurisdicción contencioso administrativa "Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley"*, para deducir de allí que al no estar incluidos los árbitros en esta jurisdicción no pueden juzgar los actos administrativos contractuales, habría que deducir que éstos no pueden conocer de ningún asunto en el cual esté involucrada una entidad estatal pues no están incluidos dentro de la concepción de *"jurisdicción contencioso administrativa"*, que es la instituida naturalmente para juzgar las controversias en las que estén involucradas estas entidades.

Peró más aún, por este camino también diríamos que los árbitros, por **no pertenecer tampoco a la jurisdicción ordinaria ya que ninguna disposición**

los incluye allí no pueden conocer de ninguno de los asuntos que están sometidos a dicha jurisdicción en el artículo 7 del Código de Procedimiento Civil que es una norma similar al artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto dispone que *“La administración de justicia en el ramo civil, se ejerce permanentemente por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, las salas de los tribunales superiores del distrito judicial, los jueces del circuito, municipales, territoriales y de menores”*.

e.- No puede entonces partirse de que los árbitros no pertenecen a determinada jurisdicción para, bajo esa premisa, excluirlos de los asuntos confiados a dicha jurisdicción. Las disposiciones de la ley estatutaria de la administración de justicia y las consideraciones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia que estudió su exequibilidad evidencian todo lo contrario: que la voluntad del constituyente es permitir el arbitramento como una de las formas alternativas de administración de justicia, no sólo para resolver los conflictos en los que estén involucrados los particulares, sino también aquellos en los cuales esté involucrada una entidad pública; y que, aunque no pertenezcan a la “rama jurisdiccional de poder público” por no ser órganos de ésta, están efectivamente facultados por la Carta para administrar justicia.

Sobre este punto se lee en la sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, de la Corte Constitucional:

“Como se ha expuesto a lo largo de esta providencia, el propósito fundamental de la administración de justicia es hacer realidad los principios y valores que inspiran al Estado social de derecho, entre los cuales se encuentran la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales, es decir, la convivencia (cfr. Preámbulo, arts. 1 y 2 de la C.P.). Con todo, para la Corte es claro que esas metas se hacen realidad no sólo mediante el pronunciamiento formal y definitivo de un juez de la República, sino que así mismo es posible lograrlo acudiendo a la amigable composición o a la intervención de un tercero que no hace parte de la rama judicial. Se trata, pues, de la implementación de las denominadas “alternativas para la resolución de los conflictos”, con las cuales se evita a las partes poner en movimiento el aparato judicial del país y se busca, así mismo, que a través de instituciones como la transacción, el desistimiento, la conciliación, el arbitramento, entre otras, los interesados puedan llegar en forma pacífica y amistosa a solucionar determinadas diferencias,

que igualmente plantean la presencia de complejidades de orden jurídico...

“Para esta Corporación, las formas alternativas de solución de conflictos no sólo responden a los postulados constitucionales anteriormente descritos, sino que adicionalmente se constituyen en instrumentos de trascendental significado para la descongestión de los despachos judiciales, problema éste que desafortunadamente aqueja en forma grave y preocupante a la administración de justicia en el país. Adicionalmente, debe insistirse en que con los mecanismos descritos se logra cumplir con los deberes fundamentales de que trata el artículo 95 superior, como es el caso de colaborar con el funcionamiento de la justicia (num. 5) y propender al logro y el mantenimiento de la paz (num. 6). Con todo, conviene puntualizar que el término “asociados” que hace parte de la norma bajo examen, incluye, además de los particulares, también a las entidades públicas...

“En conclusión, las formas alternativas de resolver conflictos pueden ser reguladas por la ley, de acuerdo con los lineamientos constitucionales. A través de ellas, no solo no se desconoce el artículo 116 superior sino que se interpretan y se desarrollan los principales valores que regulan a toda la Constitución, como son la búsqueda de la paz, la convivencia y el orden justo....

“De conformidad con lo dispuesto en esta providencia, la Corte considera que a nivel constitucional existe una diferencia entre los órganos, funcionarios o personas que pueden administrar justicia y los órganos, funcionarios o personas que hacen parte de la rama judicial. Siendo este último evento del que se ocupa el artículo 11 del proyecto de ley bajo revisión, debe decirse que la estructura de la rama judicial no puede ser otra que la que claramente se establece en el título VIII de la Carta Política. En consecuencia, cualquier otro órgano, organismo, funcionario o persona que no haga parte de esta normatividad, si bien puede administrar justicia por autorización expresa de la Carta Política y en desarrollo de la ley, no es parte de esta rama del poder público”.

“El presente artículo (12) se refiere al ejercicio de la función jurisdiccional, entendiendo este término, contrario a lo expresado con anterioridad, en su significado clásico, es decir, como la facultad de administrar justicia por parte de un órgano del Estado, con el fin de declarar o reconocer el

derecho mediante la aplicación de la Constitución y la Ley. En ese orden de ideas, se establece que dicha función, calificada como pública por la Carta Política, se debe ejercer en forma pública y permanente, "con las excepciones que establezca la ley" (Art. 228)...

"En ese mismo orden de ideas, debe la Corte aclarar que la referencia que el primer inciso de la norma bajo examen hace a las "personas dotadas de investidura legal" para administrar justicia, indiscutiblemente incluye también a aquellos funcionarios y particulares que constitucionalmente han recibido esa misma atribución"¹⁴.

Y en el salvamento de voto del doctor **RICARDO HOYOS DUQUE** a la sentencia objeto de análisis se expresa sobre el particular:

"No obstante que en el pasado se había discutido en el derecho colombiano la naturaleza jurisdiccional o simplemente privada o convencional del arbitramento, punto sobre el cual la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 29 de mayo de 1969 que se citó antes no tomó partido, hoy no cabe duda que este es un verdadero equivalente jurisdiccional y por lo tanto, participa de los atributos que le son propios a esa actividad, no obstante ser desempeñada por particulares que no se encuentran incorporados en calidad de funcionarios de la administración de justicia¹⁵. Así se desprende con toda claridad del precepto constitucional transcrito en cuanto señala que los particulares en su condición de árbitros administran justicia...

"Por consiguiente, la competencia del juez arbitral es plena y no podría ser de otra forma, si se tiene en cuenta que su función es impartir justicia de la misma manera que lo hacen los órganos investidos de esa autoridad, es decir, que se está en presencia

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-037 de febrero 5 de 1996. Magistrado Ponente, Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁵ La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 42 del 21 de marzo de 1991 ya había acogido ese criterio.

La expresión equivalente jurisdiccional fue utilizada por CARNELUTTI, que posteriormente transformó en equivalente del proceso civil. Esa transformación, sin embargo no se justifica ya que el traslado no opera sobre el proceso mismo sino sobre la actividad que se asimila a la del juez. Por esto sería más exacto afirmar con ZANZUCCHI que se trata de un sustituto de la jurisdicción. En este sentido puede verse a Clemente A. DIAZ, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972. Tomo II Jurisdicción y Competencia, volumen A, Teoría de la Jurisdicción, nota 1, p. 510.

de un equivalente jurisdiccional frente al cual no existe ninguna razón constitucional para imponerle limitaciones a su función.

De ahí que la afirmación que se hace en el punto 5.1 de la sentencia de la cual me separo de que "el juez arbitral no pertenece a la jurisdicción contencioso administrativa" sea inexacta, porque si bien los árbitros por la naturaleza transitoria de su función no se encuentran incorporados a la jurisdicción, cuando actúan no hacen otra cosa que suplir la actividad del juez que en principio estaba llamado a dirimir la controversia y por consiguiente, se sitúan en el mismo plano de éste. Esa es la razón por la cual sus decisiones cuando se refieren a las materias que son propias de la competencia del juez administrativo, son susceptibles del recurso extraordinario de anulación (art. 72 Ley 80 de 1993) ante el Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso administrativo que es (art. 237 ordinal 1º. Constitución Política).

5.- Acude también la sentencia a lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley 418 de 1997, en lo relativo a la caducidad como consecuencia de ceder ante las amenazas de la subversión y a la prohibición de someter dicho acto a arbitramento o a conciliación, para deducir de allí que la voluntad del legislador es la de prohibir el arbitramento respecto de todos los actos administrativos contractuales.

Dice la sentencia en este punto:

"Por otra parte, la Ley 418 de 1997, de vigencia temporal, prescribe en su art. 90 que el gobierno podrá declarar la caducidad o decretar la liquidación unilateral de los contratos estatales, cuando el contratista incurra, con ocasión del contrato y en relación con las organizaciones armadas al margen de la Ley 14, en cualquiera de las siguientes causales:

"1. Ceder injustificadamente ante las amenazas proferidas por dichas organizaciones.

"2. Recibir, suministrar, administrar, intervenir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a tales organizaciones o colaborar y prestar ayuda a las mismas.

"3. Construir, ceder, arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier título, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o al depósito o almacenamiento de pertenencias de dichas

organizaciones.

"4. Paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de dichas organizaciones.

"5. Incumplir el deber de denunciar hechos punibles, cuya omisión sea imputable a dichas organizaciones, conocidos con ocasión del contrato".

De conformidad con el art. 91 de dicha ley, la declaratoria de caducidad deberá proferirse mediante resolución motivada de la entidad contratante, y en firme, se procederá a liquidar el contrato, sin que haya lugar al pago de indemnización alguna a favor del contratista. El inc. 4° de dicha disposición prescribe:

"En ningún caso la aplicación de esta cláusula podrá ser sometida a conciliación o a decisión arbitral".

Así las cosas, es evidente que la Ley 418 de 1997 creó, temporalmente, nuevas causales de caducidad de los contratos estatales, las cuales se adicionan a las establecidas por la Ley 80 de 1993 (artículo 18). Y la previsión contenida en el citado artículo 91, inciso cuarto, no puede ser interpretada sino como una ratificación de la prohibición que, conforme a lo expuesto anteriormente, tienen los contratantes para incluir, como materia de arbitramento, la resolución sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión de la aplicación de la cláusula de caducidad.

A nuestro modo de ver, la deducción que debe hacerse de esta disposición legislativa es exactamente la contraria: si de acuerdo con la disposición citada no hay duda de que, cuando la caducidad esté motivada por la circunstancia de que el contratista cedió o colaboró con una organización subversiva, su nulidad sólo podrá demandarse ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo anterior no hace más **que confirmar la regla general**, según la cual los Tribunales de Arbitramento sí tienen competencia para juzgar los actos administrativos contractuales en los demás casos, porque de otro modo no se explica la consagración expresa de la **excepción** en una norma legal. De ser cierto que la regla general es la **incompetencia** del Tribunal de Arbitramento para acometer el estudio de los actos administrativos proferidos en desarrollo del contrato, el legislador no habría tenido necesidad de consagrar tal excepción y hay que recordar el principio general de interpretación de las normas jurídicas, en virtud del cual se dice que el legislador no hace normas inútiles.

VI.- La previsión constitucional del Arbitramento y su regulación en la ley 80 de 1993.

Respecto de las alusiones que se hacen a estos puntos en la sentencia, nos parece importante observar:

1.- La circunstancia de que el arbitramento hubiese sido considerado como exequible bajo la anterior Constitución y el hecho de que la nueva Carta Política le haya dado rango constitucional a esta institución son circunstancias que no pueden pasar desapercibidas en el análisis que se haga de su alcance.

El arbitramento bajo en la actualidad no sólo es una institución avalada por el artículo 116 de la Carta sino que, tal como lo expresó la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la ley estatutaria de la administración de justicia en la sentencia antes citada, se es una forma alternativa para la resolución de conflictos, a través de la cual se hacen realidad *“los principios y valores que inspiran al Estado Social de Derecho, entre los cuales se encuentran, la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales, es decir, la convivencia (cfr. Preámbulo, arts. 1 y 2 de la C.P.)”*.

2.- Se trata entonces de una forma alternativa para la resolución de conflictos entre los asociados que, tal y como lo señaló la misma Corte Constitucional en la citada sentencia *“incluye, además de los particulares, también a las entidades públicas”*.

3.- El artículo 116 de la Constitución Política que prevé esta institución, tal y como señaló también la Corte Constitucional, no está sujeta a ningún límite. El juez arbitral ejerce jurisdicción en las mismas condiciones que cualquier miembro de la rama jurisdiccional del poder público, con la única salvedad de que sólo puede hacerlo temporalmente y en virtud de la delegación que las partes le hagan para resolver el conflicto específico en el cual ellas están involucradas.

4.- Si se quisiera desentrañar alguna limitación constitucional al arbitramento haciendo un análisis más exhaustivo del artículo 116 de la Carta podría deducirse que los únicos asuntos que estarían excluidos del juzgamiento de los árbitros, por disposición de la propia Constitución, serían aquellos que rebasen el interés exclusivo de las partes en el proceso y que por ende no puedan ser sometidos al juzgamiento de los árbitros por **“las partes”** como lo exige la Carta.

No podrían los árbitros, desde esta perspectiva, juzgar aquellos asuntos en los que está involucrado el interés público y en los que precisamente no cabe el concepto de parte, como los relativos al juzgamiento de los actos administrativos de carácter general cuya decisión se realiza a través de una acción pública como es la acción de nulidad.

Por el contrario, no puede deducirse de la norma constitucional que esté excluido el juzgamiento los actos administrativos contractuales que tienen **carácter de actos administrativos de naturaleza particular** y respecto de los que sólo cabe la acción contractual que, al igual que la de restablecimiento, es una acción de naturaleza privada que sólo puede ser promovida por quien resulta afectado por el acto administrativo que se impugna. Respecto del juzgamiento de estos actos es claro que en este tipo de proceso puede hablarse legítimamente de PARTES y que éstas pueden, por lo tanto delegar la decisión de su asunto a un Tribunal de Arbitramento, al que simplemente le estarán confiando decidir si el contratista tiene derecho a que la entidad le repare un perjuicio económico o si la entidad contratante tiene el mismo derecho respecto del contratista.

Desarrollando las disposiciones de la Ley 80 de 1993, el Consejo de Estado ha dicho sobre la naturaleza de estas acciones y la legitimación para promoverlas:

"En el ordenamiento jurídico procesal la legitimación en la causa se entiende como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por ser el sujeto de la relación jurídica sustancial.

"Cuando la controversia se centra en la nulidad de un acto administrativo y un consecuente restablecimiento del derecho, el legitimado para ejercer la acción es la persona que pretenda demostrar que el acto administrativo enjuiciado quebranta o lesiona sus derechos amparados por una norma jurídica"¹⁶.

"Al someter a todos los actos dictados con motivo u ocasión de la actividad contractual a una sola acción, la contractual, se está dando a entender que no podrán ser impugnados, en principio, sino por personas

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 1999, exp. No. 10.610. Ponente, Dr. Ricardo Hoyos Duque.

legitimadas, a partir del perfeccionamiento del contrato, ya que no se concibe una acción de ese tipo sin la existencia del mismo. Aunque se habla de personas legitimadas, se entiende con la salvedad de la acción de nulidad absoluta del contrato que podrá instaurarse por cualquier persona. (art. 45 de la ley 80)"¹⁷.

5.- Establecida la anterior limitación, que a nuestro modo de ver sería la única que puede desentrañarse del texto constitucional, es claro que el árbitro o los árbitros que ejercen jurisdicción respecto de un conflicto cuya resolución les ha sido delegadas por las partes en él involucradas, debe contar con las mismas facultades con las que cuenta cualquier Juez de la República para cumplir con dicho cometido. Si cuenta incluso para tal fin con la facultad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma legal, no vemos porqué razón no puede pronunciarse sobre la legalidad de un acto administrativo que solo involucra a las partes en el contrato. La finalidad perseguida por la norma constitucional, inspirada en los principios a los cuales hizo referencia la Corte Constitucional al revisar la ley estatutaria de la administración de justicia, no puede evidentemente cumplirse si se estima a la justicia arbitral como una justicia residual o de segunda categoría, cuando la propia Constitución le delegó a los árbitros la función de "*administrar justicia*". No puede cumplirla un juez con facultades recortadas o limitadas o una justicia *capitis diminutia*, como la denomina el salvamento de voto.

6.- Esta norma constitucional otorga entonces a los árbitros, la "*función de administrar justicia*", razón por la cual no cabría hoy hacer discriminaciones para afirmar que mientras la jurisdicción contenciosa puede declarar la nulidad de un acto administrativo proferido en desarrollo de un contrato, tal posibilidad le estaría vedada a los árbitros, que en virtud de la citada norma son investidos "*transitoriamente de la función de administrar justicia*". Lo que pueden hacer los jueces administrativos, pueden hacerlo también los árbitros.

El Consejo de Estado, hablando sólo del fundamento legal del arbitramento, en un concepto rendido el 24 de septiembre de 1975, que cobraría mayor fuerza si se tiene en cuenta la consagración constitucional de la figura, expresó:

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 17 de enero de 1994, exp. No. 9118, ponente, Dr. Carlos Retancor Jaramillo.

“... En desarrollo de la función arbitral, la ley inviste al árbitro de funciones jurisdiccionales y así las decisiones se toman por el tribunal arbitral ‘en nombre de la República y por autoridad de la ley y hacen tránsito a cosa juzgada’. El árbitro es juez y sus funciones así sean transitorias, son funciones públicas, porque la facultad de administrar justicia es atributo principal de la soberanía y se ejerce a través de la rama jurisdiccional del poder público, a la cual están asimilados los árbitros, pese al carácter ocasional o transitorio de sus funciones...”¹⁸.

Si el árbitro, hoy en desarrollo de lo dispuesto por la Constitución Política, cumple funciones similares a las del Juez, nos preguntamos, ¿porqué, al igual que lo hace el Juez, no puede pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales?

7.- La posición reiterada por la Corte Constitucional en esta materia ha sido la de considerar que la propia Constitución promueve este tipo de mecanismos alternativos de solución de conflictos y la de estimar que los árbitros, cuando han sido habilitados por las partes para ello, ejercen, al igual que los jueces, la función pública de administrar justicia.

Al respecto, la citada corporación ha dicho:

a.- En la sentencia N° C-163 de 1999:

“4. No obstante, la garantía constitucional de acceso a la justicia no significa que todas las disputas entre los particulares deban ser resueltas por los jueces, pues precisamente el artículo 116 de la Carta garantiza la existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación o el arbitraje, los cuales pueden ser ampliados por el Legislador. Al respecto, esta Corte ha dicho que ‘es competencia del legislador’, de acuerdo con los parámetros que determine la Carta Política, el fijar las formas de composición de los conflictos judiciales, los cuales –no sobra aclararlo– no siempre implican el ejercicio de la administración de justicia”¹⁹.

¹⁸ Consejo de Estado, sala de consulta, concepto del 24 de septiembre de 1975; Ponente: Dr. Samuel Arango Reyes.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996; Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

“Además, estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos encuentran base constitucional no sólo en su reconocimiento expreso en el artículo 116 superior sino también en otros principios y valores constitucionales. Así, su presencia puede constituir una vía útil, en ciertos casos, para descongestionar la administración de justicia formal, con lo cual se potencia la eficacia, celeridad y efectividad de la justicia (CP art. 228). Además, y más importante aún, la Carta establece un régimen democrático y participativo (CP art. 1º), que propicia entonces la colaboración de los particulares en la administración de justicia y en la resolución de sus propios conflictos. En ese orden de ideas, es perfectamente posible que el Legislador estimule la resolución de conflictos directamente por los propios afectados, por medio de figuras como la conciliación o la amigable composición, o por terceros que no sean jueces, como sucede en el caso de los árbitros o de ciertas autoridades administrativas.

(...)

*“Así pues, la justicia arbitral implica la suscripción voluntaria de un contrato o negocio jurídico, por medio del cual las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y acuerdan someter la solución de cuestiones litigiosas, que surgen o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de árbitros, para lo cual determinan un procedimiento que ellos establecen o se remiten al previsto en la Ley. **Pues bien, este mecanismo alterno de resolución de conflictos fue expresamente autorizado por el artículo 116 de la Constitución cuando señaló que “los particulares puede ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de ... árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”.***

“6. De lo expuesto es fácil concluir que el sustento de la justicia arbitral es el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros, como quiera que ‘el arbitramento tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar’²⁰. Por consiguiente, la habilitación de los árbitros que realizan las partes contratantes, es un requisito constitucional imperativo sin el cual no es procedente la justicia arbitral. Al respecto la Corte, ha señalado:

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-294 de 1995; Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

*"Cuando los tribunales y jueces enumerados en el inciso primero del artículo 116 administran justicia, ejercen una función pública cuya razón de ser está en la existencia misma del Estado: no puede pensarse en un Estado que no administre justicia a sus súbditos. Los árbitros también ejercen una función pública, establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, y en las leyes que regulan el arbitramento. Pero en cada caso concreto tienen que ser **"habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad"**. Dicho en otros términos: según la Constitución, las leyes que regulen el arbitramento tienen que partir de la base de que es **la voluntad de las partes** en conflicto, potencial o actual, la que **habilita** a los árbitros para actuar" (...)"²¹.*

b.- En la sentencia N° SU-091 de 2000:

"... el arbitramento es un procedimiento judicial, aunque tenga fundamento inmediato en un acuerdo de voluntades, que se comprometen a que particulares habilitados por ministerio de la ley ejerzan la función estatal de dirimir un conflicto de intereses generando derogatoria de la jurisdicción estatal, para el caso concreto"²².

c.- Y en la sentencia C-330 de 2000:

*"La Corte Constitucional ha desarrollado una consistente jurisprudencia sobre la participación de los particulares en la administración de justicia²³, y las diferentes modalidades en las que se concreta esta atribución reconocida por la propia Carta Política en su artículo 116. Se trata de herramientas jurídicas a través de las cuales, **los ciudadanos son investidos de la función de impartir justicia de manera ocasional en calidad de conciliadores o árbitros**²⁴.*

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-163 de 17 de marzo de 1999; Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

²² Corte Constitucional, sentencia SU-091 de 2 de febrero de 2000; Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Tafur Galvis.

²³ Cfr. Artículo 116 de la Constitución Política.

²⁴ Las características propias del arbitramento y el lugar que este procedimiento ocupa dentro del sistema de administración de justicia consagrado por el constituyente del 91, son detalladamente expuestos en la Sentencia C-226 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), que constituye un claro punto de partida jurisprudencial a la hora de precisar la intervención de los particulares como agentes –y no meros sujetos– del proceso judicial.

"El arbitraje es, entonces, una de las posibilidades a través de las cuales los particulares administran justicia, pues se les confieren la atribución de resolver conflictos jurídicos, previo acuerdo de voluntades entre las personas que discuten un derecho. La doctrina constitucional define el arbitramento en los siguientes términos: 'es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí de adopte'"²⁵.

(...)

"Y ha reiterado: 'En el proceso arbitral, el árbitro está investido del poder de administrar justicia, habilitado para ello por las partes, en forma transitoria, en el negocio sub-lite, sustrayéndolo de la competencia de la jurisdicción ordinaria, por voluntad de las mismas partes: son ellas quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia. Además, los árbitros administran justicia 'en los términos que determine la ley', lo cual permite al legislador, v.gr. establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral'"²⁶.

(...)

"d. El arbitramento, tal como ha sido concebido en nuestro ordenamiento jurídico, es una figura procesal. Cuando la Constitución difiere a los particulares la función de administrar justicia en calidad de árbitros, les confía, como a todos los demás jueces, la solución de contenciones jurídicas entre las partes en concordancia con la Constitución y las leyes. De ahí que la institución arbitral en nuestro ordenamiento tenga el carácter de un proceso, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros.

"El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial –en sentido material– y, como tal, está sometido en todas sus etapas

²⁵ Sentencia C-242 de 1997, M.P.: Hernando Herrera Vergara.

²⁶ Corte Constitucional Sentencia C-431 de 1995, M.P.: Hernando Herrera Vergara.

a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material.

Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales:

(...)

“El desarrollo legal de la institución arbitral tiene un claro fundamento constitucional –ya referido–, que permite la atribución de funciones judiciales a los particulares (Artículo 116 C.P.). Dicha autorización no puede concebirse como una forma de limitar el derecho fundamental de acceso a la justicia que el propio ordenamiento superior reconoce a todos los ciudadanos –Artículo 229 C.P.– ; en primer lugar hay que recordar que cualquier regulación en materia de arbitraje debe fundarse en el respecto estricto de derechos fundamentales como el debido proceso y la igualdad entre todas las personas; por otro lado, en razón de que los árbitros –como los jueces ordinarios– deben (i) cumplir con términos perentorios y (ii) que sus pronunciamientos están sometidos a la revisión eventual por parte de otras autoridades además de contar con el poder vinculante de cualquier sentencia, y, por tanto, no puede decirse que la utilización del arbitramento constituye un atentado al principio que asegura pronta y cumplida justicia para todos los ciudadanos”²⁷.

8.- La regulación del arbitramento en los contratos estatales, hecha por los artículos 71 al 73 de la Ley 80 de 1993 no hace cosa distinta que desarrollar el artículo 116 de la Constitución, dentro de los parámetros allí establecidos. Dicha ley cumple lo indicado en la sentencia C-037 de 1996 antes citada, cuando expresa que *“las formas alternativas de resolver conflictos pueden ser reguladas por la ley, de acuerdo con los lineamientos constitucionales”*. Y agrega que *“a través de ellas, no solo no se desconoce el artículo 116 superior sino que se*

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-330 de 22 de marzo de 2000; Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

interpretan y se desarrollan los principios valores que regulan a toda la Constitución, como son la búsqueda de la paz, la convivencia y el orden justo..."

9.- Esta regulación no contiene una norma de contenido similar al artículo 66 del Decreto 150 de 1976, ni a la del artículo 72 del Decreto 222 de 1983, que expresamente excluían del conocimiento de la jurisdicción arbitral la legalidad de la resolución de caducidad y de los actos administrativos unilaterales de la entidad contratante, de donde puede concluirse que la voluntad del legislador fue precisamente la de abandonar dicha limitación para los árbitros.

10.- Por último, la referencia concreta que el artículo 70 de la citada ley hace a las diferencias que puedan surtir como consecuencia de la terminación o la liquidación del contrato, como temas susceptibles de ser sometidos a arbitraje, nos indica también que cuando ellas se han producido mediante un acto administrativo contractual, su resolución puede también someterse a la justicia arbitral.

¿Si el arbitramento puede versar sobre los conflictos que surjan de la celebración del contrato, su desarrollo, su ejecución, su terminación y su liquidación, hay que excluir los casos en que el contrato se termine unilateralmente o se declare su caducidad y aquellos en que la liquidación se haga mediante acto unilateral de la contratante? ¿Esto no es hacer una distinción que la ley no ha hecho? Las reglas generales de interpretación de la ley, indicarían todo lo contrario. Que los árbitros pueden decidir la controversia que surja de la terminación o liquidación del contrato, aun cuando tales decisiones hayan sido adoptadas mediante actos administrativos unilaterales.

Sobre el punto el salvamento de voto expresa:

"Aquí es necesario advertir cómo la norma permite en forma expresa dentro de los asuntos que las partes pueden someter a la decisión de los árbitros, dos materias en las cuales es posible que la administración pueda ejercer sus potestades de autotutela declarativa a través de actos administrativos.

"En efecto, tanto la terminación como la liquidación pueden ser fruto del acuerdo de voluntades entre las partes, pero una peculiaridad propia de los contratos estatales es que la administración puede

terminarlos o liquidarlos en forma unilateral (arts. 14 ordinal 1º y 61 de la Ley 80 de 1993).

“Frente al claro texto del art. 70 del Estatuto Contractual podría sostenerse de manera lógica y racional que los actos administrativos en los cuales la administración ejerce su potestad unilateral de terminación o liquidación, ¿cómo en el presente caso, escapan a la competencia de la justicia arbitral? En mi opinión no, porque ello sería contrariar no sólo la letra y el espíritu que alienta la actual regulación legal del arbitramento sino establecer una justicia capitis diminutia, lo cual implica la división de la continencia de la causa, que traería a su vez el grave riesgo de que frente a un mismo punto puedan existir decisiones contradictorias, en detrimento de la seguridad jurídica”.

Santa Fe de Bogotá, agosto del año 2000.

terminados o liquidados en forma unilateral (arts. 14 ordinal 1.º y 81 de la Ley 80 de 1993).

Frente al claro texto del art. 70 del Estatuto Contractual podría sostenerse de manera lógica y racional que los actos administrativos en los cuales la administración ejerce su potestad unilateral de terminación o liquidación, como en el presente caso, escapan a la competencia de la justicia arbitral. En mi opinión no, porque ello sería contrario no sólo a la letra y al espíritu que anima la actual regulación legal del arbitramento sino establecer una justicia capitis diminuta, lo cual implica la división de la competencia de la causa, que traería a su vez el grave riesgo de que frente a un mismo punto puedan existir decisiones contradictorias, en detrimento de la seguridad jurídica.

Santa Fe de Bogotá, agosto del año 2000.