

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

CONSEJERO PONENTE: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ

FECHA: Santa Fe de Bogotá, junio ocho (8) de dos mil (2000)

REF: Radicación número: 16973

ACTOR: CONSORCIO AMAYA-SALAZAR

TEMA: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL

Decide la Sala el recurso de anulación interpuesto por el Instituto de Valorización de Manzales "INVAMA", contra el Laudo Arbitral de junio 9 de 1999, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido con el objeto de dirimir las controversias suscitadas entre dicha entidad y el Consorcio Amaya-Salazar, en desarrollo del contrato de obra pública No. 97041442 de abril 14 de 1997.

En el laudo recurrido se dispuso:

"PRIMERO: Condenese (sic) al INSTITUTO DE VALORIZACION DE MANIZALES, INVAMA, a pagar al CONSORCIO AMAYA-SALAZAR, la suma de OCHENTA Y CINCO MILLONES TREINTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON 24/100 (\$85.037.494.24) MONEDA CORRIENTE, valor del muro número 4, objeto de este proceso, más los intereses correspondientes a la tasa certificada por la Superintendencia Bancaria, desde el día 15 de Septiembre de de 1998, hasta la fecha de Ejecutoria del LAUDO.

Los intereses según la certificación de la Superintendencia Bancaria se liquidarán así:

Desde el 15 al 30 de Septiembre de 1998, a la tasa de 43.20% anual.

Desde el 1 al 31 de Octubre de 1998, a la tasa del 46.00% anual

Desde el 1 al 30 de Noviembre de 1998, a la tasa del 49.99% anual

Desde el 1 al 31 de Diciembre de 1998, a la tasa del 47.71% anual

Desde el 1 al 31 de Enero de 1999, a la tasa del 45.49% anual

Desde el 1 al 28 de Febrero de 1999, a la tasa del 42.39% anual

Desde el 1 al 14 de Marzo de 1999, a la tasa del 40.99% anual

Desde el 15 al 31 de Marzo de 1999, a la tasa del 39.76% anual

Desde el 1 al 30 de Abril de 1999, a la tasa del 33.57% anual

Desde el 1 al 31 de Mayo de 1999, a la tasa del 31.14% anual

Desde el 1 de junio hasta la fecha total de la obligación a la tasa deter -

minada por la Superintendencia Bancaria.

"SEGUNDO: Deniégate la prosperidad de las Excepciones de Mérito propuestas.

"TERCER: Condénese en costas al INSTITUTO DE VALORIZACION MANIZALES INVAMA, las que se tasarán oportunamente.

"CUARTO: Ordénese la Protocolización del expediente en una Notaria de la ciudad de Manizales." (fl. 201, c. ppal).

EL RECURSO

I. El Instituto de Valorización de Manizales "INVAMA", interpuso recurso de anulación ante el Tribunal de Arbitramento contra el laudo arbitral antes transcrito y lo sustentó en las siguientes causales y con los siguientes argumentos:

Primera causal: "Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas, o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas." (art. 72, num. 1o., ley 80 de 1993).

Sostiene el recurrente que el Tribunal de Arbitramento incurrió en violación de los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y petición, por cuanto no decretó ni practicó las pruebas solicitadas por INVAMA, "a pesar de haberse solicitado en la oportunidad legal respectiva como lo era la contestación de la demanda y que consistían en el argumento principal de las excepciones del Invama; pruebas como el pliego de condiciones y la propuesta que son la base de cualquier interpretación del contrato hubiesen llevado al tribunal a otra decisión..".

Además, el tribunal decidió con base en pruebas trasladadas de otros procesos en los cuales Invama no fue parte y, por lo tanto, sin que tuviera la oportunidad de contradecirlas.

Sostiene el recurrente que "se ve claro como (sic) por no existir una decisión ajustada a derecho, se convierte en una vía de hecho y por lo tanto no es una verdadera decisión judicial que haga tránsito a cosa juzgada."

Segunda causal: "Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo." (art. 72, num. 2o., ley 80 de 1993).

Se desconocieron normas vigentes de modo tal que la conclusión que se impone es que el laudo no fue en derecho, así:

1. El tribunal estimó como presunción legal, sin estar consagrada, que la entidad conocía las modificaciones al diseño, con lo cual se liberó al contratista de la carga de la prueba "de demostrar que el Invama, sí conoció el cambio del diseño y que fue contra la voluntad del consorcio", con lo cual se cometió un error:

"..porque en los pliegos de condiciones que se solicitaron como prueba en el momento oportuno, está señalada muy clara la conducta que debe asumir el contratista frente a las

exigencias del interventor, lo que no apareció en este proceso, ni ha sido probada por el contratista.

"Muy por el contrario el Consorcio, se limitó a pedir explicaciones de los nuevos diseños pero nunca hizo manifestación alguna en desacuerdo con ellos.

"No es entonces como se ha querido ver, que el contratista no tiene sino que acatar las decisiones del interventor, porque lo que aparece en los pliegos le da una dimensión distinta al asunto, esos pliegos fueron precisamente la base con la cual el Consorcio presentó la propuesta y con base en la misma sólo consideró que los imprevistos podían ser del 1% del valor total.

"No probó el actor, como era su deber, que el Invama conoció el cambio de diseño y por lo tanto, se concluye (sic) el Contratista que conjuntamente con el interventor, aceptó el cambio y decidió correr los riesgos que de esa decisión se derivaron." (fls. 294 y 295, c. ppal.).

2. No se puede condenar a intereses superiores a los topes fijados por la ley, basados en el interés corriente, o en la tasa que sirve de límite a la usura, "sin que se permita llegar a acuerdos entre las partes contratantes y en el caso de estipularse, se entenderán por no escritas..".

En el contrato se pactó como interés de mora el interés corriente, pero existe un período muerto "de 15 días hábiles una vez legalizada la respectiva acta, para el pago de la misma", por lo cual la obligación no es exigible inmediatamente. Luego agregó:

"Pero además, en este asunto se trataba del pago final y por lo tanto esos términos solo empezaban a contar con la póliza de estabilidad y calidad de la obra, sin que exista en el presente proceso constancia de que dicha póliza se otorgó y cuándo.

"Esos momentos arriba señalados, son bien determinantes para la condena que se pretende, pero insisto los intereses de mora así se pacten expresamente, solo pueden ser autorizados en la ley 80 de 1993 artículo 4o. inciso 2o. numeral 8o. y el artículo 1o. del decreto 679 de 1994 .." (fls. 295 y 296, c. ppal.).

3. El consorcio no tiene capacidad para comparecer al proceso porque carece de personería jurídica. La ley 80 de 1993 únicamente permite a ciertas dependencias del Estado y a ciertas alianzas temporales particulares acceder a la justicia. "Lo anterior es perfectamente aplicable para el caso de los consorcios que no tienen personería jurídica alguna y que por lo tanto no pueden comparecer a un proceso, ni aún al arbitral en calidad de demandante o de demandado (..) Así las cosas, no podía fallarse el proceso arbitral por falta de personería jurídica del actor y por lo tanto por falta de capacidad para ser parte."

4. Quien otorgó el poder no es el representante legal del demandante "o por lo menos el acta consorcial arrimada al proceso tiene como representante legal al ingeniero Juan Manuel Salazar y no al ingeniero Bismark Amaya, que fue quien suscribió el poder al Dr. Luis Fernando Franco. De lo anterior se desprende que el ingeniero Amaya no tenía capacidad alguna para solicitar a través de apoderado la conformación de un tribunal. (..) Ni siquiera puede hablarse de agencia oficiosa por haber transcurrido los términos de que habla del Código de Procedimiento Civil."

5. Al momento de presentarse la solicitud al tribunal, el consorcio se había extinguido por estar vencido el plazo, puesto que su duración solo comprendía la etapa de ejecución del

contrato. Por ello no podía admitirse la demanda y menos proferirse fallo de fondo.

Tercera causal: "Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento." (art. 72, num. 3o., ley 80 de 1993).

Existe incongruencia entre las pruebas existentes, las manifestaciones del tribunal con relación a la excepción de pago y la parte resolutive del laudo.

En el contrato se pactaron unas formulas de reajuste del precio destinadas a corregir desplazamientos en el tiempo, la inflación que se da en un mes a otro, los aumentos de materiales, entre otros. El recurrente agregó:

"El ítem imprevistos es exactamente para cubrir hechos imprevistos como el ocasionado con el muro No. 4 y que como lo hemos insistido el contratista aceptó, sin acudir al mecanismo señalado en los pliegos, asumiendo por su cuenta el riesgo de modificación de los diseños. (..) el consorcio tenía un reajuste pactado que se le canceló; y además tenía unos imprevistos del 1%, sin que exista constancia alguna dentro del proceso que indique que debió gastarse esos valores por presentarse algunos de los sucesos narrados por el tribunal; no tiene justa causa para quedarse con esos dineros, pues se le pagó su utilidad y la administración que efectivamente se presentaron; no hubo imprevistos lo que hubo fue un cambio de especificaciones en el mismo, que insisto fue aceptado por el consorcio y por ello asumió el riesgo y debería entenderse que con ese 1% cubrió sus imprevistos."

Sostiene, que de no aceptarse lo anterior, se debe reconocer el pago parcial de la suma que fue entregada al contratista por imprevistos, y que no se ha probado que los hubiera utilizado para eventos que modificaran las bases de su propuesta.

Cuarta causal: "Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido." (art. 72, num. 4o., ley 80 de 1993).

Se concedió más de lo que permite la ley al condenar al pago de intereses corrientes, siendo que existen normas especiales sobre el particular.

Quinta causal: "No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento." (art. 72, num. 5o., ley 80 de 1993).

En el laudo no se dijo nada sobre las pretensiones 1a. y 2a. de la solicitud de arbitramento sobre la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se liquidó unilateralmente el contrato, "lo que lleva a que Invama no puede hacer pago alguno, basados en la fuerza ejecutoria de los actos administrativos." (fls. 280 a 305, c. ppal.).

II. Por auto de Sala Unitaria, el 30 de septiembre de 1999, esta Corporación avocó el conocimiento del recurso de anulación y se ordenaron los traslados correspondientes.

III. El Consorcio Amaya-Salazar expresó oponerse a la prosperidad del recurso, por las siguientes razones:

El tribunal sí actuó en derecho dentro de las reglas objetivas que regulan el procedimiento arbitral.

Las pruebas fueron practicadas de conformidad con la ley; "el tribunal tiene potestad de calificar y considerar las pruebas que considere necesarias en busca de la verdad procesal",

pero además, durante el curso del proceso arbitral "INVAMA" no reclamó oportunamente alguna omisión probatoria.

Por otra parte, "INVAMA" sostiene que el tribunal no se pronunció sobre la solicitud de nulidad de las resoluciones 235 y 266 de 1998, siendo que dicha entidad "sí tiene los mecanismos para cumplir el laudo, ya que las resoluciones antes citadas son actos administrativos contractuales relacionados con el contrato de obra pública..". Según el art. 68 del estatuto contractual los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada, como sucede en el presente caso. "Es diáfano, el respaldo jurídico que le asiste a "INVAMA" para cumplir con la obligatoriedad jurídica de ejecutoria de fallo del laudo requerido que es el mismo laudo, para poder revocar las resoluciones anotadas en cumplimiento del artículo 68, párrafo único de la ley 80 de 1993."

Por último, afirmó que "INVAMA" es una entidad descentralizada de orden municipal y por lo tanto está obligada a reconocer los intereses corrientes y moratorios a la tasa máxima legal que determine la Superintendencia Bancaria. De igual manera, sostuvo que estas entidades pueden ser condenadas en costas y gastos procesales (fls. 307 a 312, c. ppal.).

CONSIDERACIONES

La Sala advierte que el compromiso celebrado entre las partes y que dio lugar a que se adelantara el proceso arbitral se encuentra viciado de nulidad absoluta, por objeto ilícito. Por esta razón y con el fin de adoptar la decisión que corresponda, abordará, previamente, el estudio de algunos tópicos, tales como los principios de innegociabilidad del ejercicio de las potestades públicas y de indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, los alcances y límites de la justicia arbitral, el juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos contractuales, los alcances del recurso de anulación del laudo arbitral en la Ley 80 de 1993 y la naturaleza del pacto arbitral.

1. PRINCIPIO DE INNEGOCIABILIDAD DEL EJERCICIO DE LAS POTESTADES PUBLICAS

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

El imperio del derecho frente a la arbitrariedad en el ejercicio del poder, constituye una de las más importantes garantías de las libertades ciudadanas, pues permite la vigilancia y el control de los actos y de los agentes del poder, el reclamo por el cumplimiento de los objetivos y finalidades estatales, el ejercicio de las acciones en interés general o particular, la realización de la justicia y el mantenimiento de la seguridad jurídica como fines últimos del

derecho.

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; y, finalmente, que 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.)

2. PRINCIPIO DE INDISPONIBILIDAD DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El Estado, a través de la función administrativa, desarrolla una vasta y compleja actividad destinada a la protección de los intereses públicos, la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas y la protección de los derechos de los individuos

).

Una de las más importantes manifestaciones del poder público lo constituye el acto administrativo; a través de él se exterioriza la voluntad unilateral del Estado-administrador, destinada a producir efectos en derecho.

Para el caso, no se toman en cuenta las meras manifestaciones, opiniones o conceptos de la autoridad pública que no entrañan un deber de cumplimiento ni comportan una decisión, sino aquellos actos decisorios de la administración que producen consecuencias jurídicas, vale decir cambios en el mundo de las regulaciones del derecho, bien para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, sean éstas generales o particulares. Es cierto que algún sector de la doctrina ha visto éste como un concepto procesal, y demasiado estrecho, del acto administrativo, pero, para efectos de su impugnación ante el juez contencioso administrativo, es el criterio que ha preferido nuestra jurisprudencia).

Se trata, pues, de decisiones que, por su propia naturaleza, están destinadas a cumplirse, para lo cual el ordenamiento jurídico las ha rodeado de privilegios tales como la ejecutoriedad, la ejecutividad y la presunción de legalidad, características que, en mutuo apoyo, permiten al Estado-administrador, en buena parte de los casos, proveer a la ejecución de sus propios actos sin necesidad de acudir a instancias judiciales con ese propósito, como ocurre -por regla general- en las relaciones entre particulares.

Es éste, quizás, uno de los aspectos más sobresalientes y específicos del acto administrativo, a propósito del cual el tratadista MANUEL MARIA DIEZ expresa:

"Los actos más interesantes a efectos de la eficacia son aquellos que establecen deberes para los administrados, quienes habrán de acatarlos y cumplirlos porque de lo contrario, la administración, que no reconoce obstáculos a su actividad, ejercerá, si es preciso, la coerción, a los efectos de que aquellos actos sean eficaces y produzcan el fin para que fueron dictados.")

En este sentido el art. 64 del C.C.A. prescribe:

"Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados"

Por la fuerza ejecutoria de que están investidos los actos administrativos obligan tanto a los administrados como a la propia administración. Lo cual no significa que sean inmutables, puesto que la autoridad que los expidió o su superior jerárquico los puede revocar en atención al interés público y al mantenimiento del orden jurídico, sin condicionamientos legales tratándose de actos de carácter general y abstracto, o contando con el consentimiento expreso de quien es titular de un derecho derivado de actos de carácter particular y concreto (arts. 69 a 74 del C.C.A.).

De conformidad con el art. 66 del C.C.A. "Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo..". La pérdida de su fuerza ejecutoria ocurre de manera excepcional, por suspensión provisional; por desaparición de sus fundamentos de hecho o de derecho, fenómeno conocido como decaimiento del acto administrativo; por el transcurso del tiempo, es decir cuando al cabo de cinco años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos; por cumplimiento de la condición resolutoria a que esté sometido; y cuando pierdan su vigencia.

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.

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.

3. ALCANCES Y LIMITES DE LA JUSTICIA ARBITRAL

La Constitución de 1886 no consagraba de manera expresa ninguna disposición sobre la justicia arbitral. Pese a ello, la Corte Suprema de Justicia, en varias oportunidades, la declaró ajustada al ordenamiento jurídico, así por ejemplo, en la sentencia de mayo 29 de 1969, expresó:

".. la potestad de resolver diferencias de carácter patrimonial no es función privativa o exclusiva del Estado, como supremo creador del derecho o supremo dispensador de justicia. El ideal de una sociedad organizada es que no haya conflictos entre sus miembros, esto es, que todos ellos se conduzcan pacíficamente dentro de la órbita de sus propios derechos. 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.") (Subraya la Sala).

La Carta Política de 1991 elevó a rango constitucional la posibilidad de que la administración de justicia fuera ejercida por conciliadores y árbitros, al prescribir en el inciso 4o. del art. 116 lo siguiente:

"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".

En otros términos, se trata de personas particulares que en forma transitoria realizan la función pública de administrar justicia **"en los términos que determine la ley"**, como sucede también con los demás jueces de la República.

La Corte Constitucional al determinar el alcance de la anterior disposición superior dijo:

"Límites que establece el inciso cuarto del artículo 116 en relación con la administración de justicia por los árbitros.

"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.

"Pero, no existen otras limitaciones. Por ello, no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral. ¿De dónde surgiría esta supuesta exclusión? ¿Cómo afirmar que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse en el proceso de ejecución, constituyen una excepción a lo establecido por el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, cuando **tal excepción no aparece en esta norma, ni en ninguna otra?**

"De otra parte, es claro que todas las obligaciones civiles, en general, dan derecho a exigir su cumplimiento. Precisamente ésta es su definición legal, pues, según el artículo 1527 del Código Civil, las obligaciones son civiles o meramente naturales. **Civiles** son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. **Naturales** las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas.

"Y el juicio ejecutivo es, precisamente, el medio para conseguir el cumplimiento de las

obligaciones civiles, cuando se reúnen los requisitos establecidos por la ley procesal. Obligaciones exigibles en el proceso ejecutivo, que no han sido excluidas del proceso arbitral ni del mecanismo de la conciliación, por el artículo 116 de la Constitución, ni por ningún otro.

"A lo cual habría que agregar que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse ejecutivamente, son de contenido económico. Esas obligaciones están gobernadas por el principio de la autonomía de la voluntad. De conformidad con este principio, dispone el artículo 15 del Código Civil:

"Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia".

"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." (Subraya la Sala).

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. 1o. 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, escapan 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.

En sentido similar, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de constitucionalidad del 12 de diciembre de 1991, al decidir la exequibilidad condicionada de los artículos 59 a 65 de la Ley 23 de 1991, relativos a la conciliación en asuntos administrativos, expresó:

"B. Indisponibilidad del orden jurídico.

"Es palmario que no puede quedar librada a la voluntad de los interesados (administración y particular) la decisión sobre la legalidad o ilegalidad del acto para, en este último supuesto, decretar su nulidad y, como consecuencia, poder conciliar sobre los aspectos estrictamente patrimoniales. El orden jurídico, en cuanto constituya "*ius cogens*" o derecho imperativo, por esencia escapa a la idea de negociabilidad. Si la administración del Estado está convencida de que una actuación suya se ajusta cabalmente a los dictados de tal ordenamiento, mal podría en un momento dado admitir lo contrario, es decir, que el acto administrativo fue ilegal, por el sólo afán de evitar un litigio, conciliando las pretensiones. No pudo ser éste el querer del legislador autor de la Ley 23 de 1991, como se desprende claramente del hecho arriba observado de haber excluido de su regulación las controversias atinentes a simple nulidad.")

4. JUZGAMIENTO DE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES: COMPETENCIA ABSOLUTA E IMPRORRÓGABLE DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

La Sala, a partir de la sentencia de mayo 15 de 1992, sostuvo que si bien el juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos de naturaleza contractual estaba reservado a la jurisdicción contencioso administrativa, lo mismo que el atinente a sus efectos jurídicos, las partes podían válidamente atribuir competencia a los jueces arbitrales para conocer de "las consecuencias económicas de dichos efectos.

Sin embargo, en sentencia de junio 16 de 1997, la misma Sala precisó que no es posible que, en forma concurrente, el juez administrativo y el juez arbitral puedan conocer y decidir sobre una misma materia. Al respecto dijo:

"2o. Al haber acudido la sociedad contratista ante la jurisdicción contencioso administrativa en demanda de nulidad de las decisiones unilaterales de la entidad contratante de que trata este proceso, y que como consecuencia de ello se declare el incumplimiento del contrato por parte de la demandada y se ordene la indemnización de los perjuicios ocasionados, no es posible escindir el conocimiento de las causas asignadas por la ley, en atención al principio de plenitud e integridad de la jurisdicción y de la competencia.

"De tal manera, sería inadmisibles declarar la nulidad de los actos acusados y abstenerse de resolver sobre las peticiones consecuenciales, las cuales se encuentran en evidente relación lógica, bajo el argumento de que su conocimiento es de competencia de una institución contractual de naturaleza y carácter excepcional, y además meramente facultativa de las partes.

"3o. Uno de los pilares fundamentales del Estado moderno es ejercer la potestad de administrar justicia en forma continua y permanente a través de los órganos jurisdiccionales correspondientes. Por mandato constitucional, el pleno ejercicio de esta función pública esencial es la regla general y los demás eventos autorizados por la Constitución y la ley, como el Tribunal de Arbitramento, constituyen la excepción.

"En consecuencia de admitirse el fraccionamiento de la función jurisdiccional podría correrse el riesgo de producirse un fallo inocuo hasta el punto que el lesionado podría quedar sin justicia, y de ser así se estaría vulnerando la garantía constitucional del acceso a la administración de ella (art. 229 de la Carta Política). (...)

"4o. 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 jurisdicción arbitral decida que CARBOCOL no está obligada a pagar perjuicios porque ésta sí cumplió con el pacto.

"De allí que aparezca como jurídico y razonable el que la jurisdicción contencioso administrativa asuma el conocimiento pleno de una controversia cuya unidad no puede ser desconocida.

"5o. La obligación esencial de quien administra justicia es resolver en derecho los conflictos que se producen en la sociedad y en sus instituciones y se adscriban a su competencia. La confianza, seguridad y certidumbre de que en los estrados judiciales se encuentra una resolución definitiva de los asuntos puestos a su conocimiento, es un factor esencial de la pacífica convivencia y de la construcción de un orden justo."

)

Esta tesis fue ratificada en la sentencia del 6 de noviembre de 1997, al tratar el tema de la caducidad de los contratos en relación con el arbitramento; allí se afirmó que la declaratoria de caducidad y sus efectos no es susceptible de conocimiento de los jueces arbitrales. Este criterio jurisprudencial fue recogido en el artículo 76 del decreto-ley 222 de 1983).

De igual manera, en reciente pronunciamiento la Sala precisó:

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

*"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."* (negritas fuera del texto).

"De admitirse que un juez pueda pronunciarse sobre los efectos del acto administrativo y que otro sea el que juzgue la legalidad de ese mismo acto, se escindiría la continencia de la causa; es decir, se desarticularía la unidad que debe imperar en todo tipo de proceso, para que se tramite sólo una acción, ante un sólo juzgador y entre los mismos sujetos procesales, evitándose así fallos diferentes entre idénticas partes y respecto de los mismos hechos. (..).

"Lo único cierto sería, ante tan irregular y anómala situación, que el acatamiento por las partes de una cualquiera de tales decisiones, conllevaría el abierto desconocimiento de la otra, para configurar en esas condiciones una verdadera anarquía jurisdiccional y procesal, con los inconvenientes y desastrosos resultados que dicha situación generaría en la comunidad.

"En el anterior orden de ideas, resulta no sólo jurídico sino también razonable, que sea la jurisdicción contencioso administrativa la que deba asumir el conocimiento pleno de la controversia surgida entre la Empresa de Transporte Masivo del Valle del Aburrá y el Consorcio Hispano Alemán, en cuanto se relaciona con el posible incumplimiento del contrato 049 de 1984, de donde resulta que la interpretación dada por los árbitros -jueces excepcionales-, con fundamento en la cual invadieron una órbita de competencia que les era vedada, no solo por la ley, sino por la voluntad expresa de las partes, ha viciado de nulidad el laudo arbitral, por contrariar manifiestamente las normas que establecen las competencias de los jueces, disposiciones éstas que como bien lo consagra el artículo 6o. del Código de Procedimiento Civil "...son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento".

"Lo anterior por cuanto no todas las controversias que se susciten entre la administración y los particulares pueden ser objeto de conciliación o de transacción, puesto que de ello deben

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

"En tal virtud, como el ejercicio del poder público no es una materia susceptible de transacción, no es posible que la justicia arbitral pueda decidir acerca de la legalidad de los actos administrativos en los cuales la administración ejerce las potestades exorbitantes que en materia de contratación le atribuye la ley, como por ejemplo, entre otros, cuando declara el incumplimiento unilateral del contratista; ni tampoco le es factible pronunciarse sobre los efectos de ese tipo de actos, y menos restarles su eficacia, toda vez que, sólo es posible someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento aquellas controversias contractuales que versen sobre aspectos susceptibles de transacción. (..).

"No obstante lo anterior, la Sala estima importante precisar, que no por el sólo hecho de que la administración expida un acto administrativo en uso de sus facultades exorbitantes o de poder público de que está investida, desaparece en forma absoluta la posibilidad de que las controversias contractuales que se susciten entre las partes puedan ser conocidas y decididas por un Tribunal de Arbitramento, en aplicación de la cláusula compromisoria o el compromiso que aquellas hayan pactado. No, únicamente quedan excluidas de esa posibilidad, las diferencias o querellas contractuales que tengan relación directa con esos actos administrativos que eventualmente la administración haya proferido." (Subraya la Sala).

De lo expuesto la Sala extrae las siguientes conclusiones:

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.

Estas precisiones corresponden a cuanto ha sostenido la Sala en torno al tema que hoy la ocupa de nuevo, con antelación a la vigencia de la ley 80 de 1993; como el asunto que se examina está regulado por esa nueva normación y hay quienes sostienen que, con ella, se eliminaron las barreras existentes en cuanto a la competencia de los árbitros para conocer y decidir los conflictos de legalidad de los actos administrativos contractuales, es necesario referirse a ese tema.

5. ALCANCES Y LIMITES DE LA JUSTICIA ARBITRAL EN LA LEY 80 DE 1993

5.1. EL JUEZ ARBITRAL NO PERTENECE A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

El actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública autoriza expresamente la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales.

En efecto, art. 25, num. 5o. prescribe que, en virtud del principio de economía, "Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten."

El art. 68 precisa que al surgir diferencias y discrepancias en la actividad contractual, las partes "acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción."

A su vez el art. 70, inc. 1o. prescribe:

"En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación."

Por su parte, el art. 71, inc. 1o. dispone:

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

Una primera lectura de estas disposiciones podría conducir a la conclusión equivocada de que el legislador de 1993 excluyó cualquier limitación a la competencia de los árbitros, sobre todo, en materias atinentes a los actos administrativos contractuales; con esta perspectiva, los Tribunales de Arbitramento –en relación con los contratos estatales- verían extendida su competencia para conocer y decidir sobre la legalidad (y sus consecuencias) de los actos por virtud de los cuales la administración ejerce sus prerrogativas de poder público, sin otros límites que los que encierran la propia competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

Esta apreciación no es exacta, por cuanto en un Estado de derecho, ningún funcionario público, ni los particulares en ejercicio de función pública, pueden atribuirse competencias no

otorgadas de manera expresa por la ley, y es lo cierto que, si bien la ley 80, aparentemente, eliminó las barreras existentes en el decreto 222 de 1983, por parte alguna se refirió expresamente a esta competencia especialísima, dotando a los Tribunales de Arbitramento de la excepcional facultad de pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos unilaterales.

Por el contrario, el inc. 2o. del art. 77 del estatuto contractual prescribe:

"Los **actos administrativos** que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y **del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.**" (Destaca y subraya la Sala).

Es obvio que la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo, como lo pregonan 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."

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional, al declarar inexecutable el art. 240 de ley 4a. de 1913 y parcialmente el art. 12 de la ley 153 de 1887, en relación a la excepción de ilegalidad de los actos administrativos, dijo recientemente:

"La Corte encuentra que es de rango constitucional la existencia de una jurisdicción especializada en la preservación del principio de legalidad en la actuación administrativa. Los artículos 236 a 238 atribuyen, en efecto, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo dicha función, la cual debe ejercerse en los términos que señale la ley. En efecto, el artículo 237, refiriéndose al Consejo de Estado afirma que a esa corporación corresponde "Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley". De igual manera, el artículo 236, respecto de cada una de las salas y secciones que lo integran, indica que la ley señalará las funciones que les corresponden. Y finalmente el artículo 238, deja también en manos del legislador el señalamiento de los motivos y los requisitos por los cuales la jurisdicción contencioso

administrativa puede suspender provisionalmente "los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

"De todo lo anterior concluye la Corte que no hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o las autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador. Así las cosas el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, debe ser interpretado de conformidad con las consideraciones precedentes, pues entenderlo en el sentido de conferir una facultad abierta para que autoridades y particulares se sustraigan al principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, desconoce la Constitución.")

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, 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. 4o. 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.

5.2. RESOLUCIÓN EXCLUSIVA DE CONFLICTOS TRANSIGIBLES

No obstante haberse hecho referencia a este tema anteriormente, resulta necesario retomarlo, a fin de precisar algunos aspectos relevantes para la decisión de este asunto.

El art. 1o., inc. 1o. del decreto 2279 de 1989, modificado por el art. 111 de la ley 446 de 1998, prescribe:

"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 quedará transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral." (Destaca la Sala).

Según el Diccionario de la Lengua Española, el verbo transigir significa "consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin a acabar con una diferencia"; igualmente, "ajustar algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa.") Lo transigible es, pues, aquello respecto de lo cual es posible renunciar legítimamente o abandonar parcialmente en beneficio común.

Según el art. 2469 del C.C. "La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual." Como lo ha afirmado la jurisprudencia nacional, para su formación se requieren los siguientes presupuestos:

- a) La existencia actual o futura de discrepancias entre las partes, acerca de un derecho.
- b) La intención de las partes de poner fin a sus diferencias, sin la intervención de la justicia del Estado.
- c) La reciprocidad de concesiones que con tal fin se hacen.

El criterio ampliamente aceptado ha sido que "para resumir las calidades que deben presentar los derechos sobre los cuales recae la transacción se emplee la fórmula *res litigiosa et dubia*."

A título de ejemplo destaca la Sala que el art. 2473 del C.C. prescribe:

"No se puede transigir sobre el estado civil de las personas."

Sobre los alcances de esta disposición la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"La absoluta prohibición legal de transigir sobre el estado civil, contenida en el art. 2473 del C.C. no se extiende sin embargo a los derechos patrimoniales que de él dimanen, los que dado este carácter son esencialmente cesibles y por ende pueden ser objeto de transacción válida.

"Si bien un individuo no puede transigir con eficacia jurídica sobre las calidades que integran su estado civil, como la de casado, viudo, padre o hijo legítimo, ni sobre los derechos personalísimos que de este surgen, como lo es de la patria potestad, por ejemplo, sí puede, en cambio, transigir válidamente sobre los derechos de carácter patrimonial que, como el de herencia, suelen encontrar su origen precisamente en el estado civil. Estos últimos, por estar en el comercio humano, son derechos enajenables, prescriptibles, renunciables, transigibles y por consiguiente su titular está asistido de facultad legítima para disponer de ellos a su talante.")

Acorde con lo anterior, el Consejo de Estado, en relación con el juzgamiento de los actos administrativos, precisó:

"Es cuestión incontrovertible que la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos originados en un contrato cuyo juzgamiento radica en sede arbitral, no puede ser materia sometida a juzgamiento de árbitros, desde luego que tal juicio de valor no constituye objeto de transacción; dicho de otra manera, solamente el Juez de lo Contencioso Administrativo resulta ser el competente para juzgar la legalidad o ilegalidad de tales actos emanados de las potestades exorbitantes de la administración. Pero también resulta comprensible que las causas y efectos relacionados con tales actos administrativos, si puedan ser solucionados por justicia arbitral, cuando las partes los sometan a su resolución y, por otra parte, no exista normatividad que prohíba su eventual solución a través del negocio jurídico transacción. Así, temas como los del cumplimiento o incumplimiento de los plazos contractuales, los de la proporcionalidad, cuantía y forma de pago de ciertas cantidades de dinero a cargo de alguna de las partes del contrato, o, las relacionadas con aspectos atinentes a las garantías sobre el objeto material del negocio, bien podrían constituir tema arbitral, por cuanto sobre los mismos es procedente la transacción, por razón de la materia y por no encontrarse expresamente exceptuados de la órbita arbitral por normativa alguna.")

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).

6.3. TRADICIÓN JURISPRUDENCIAL

El principio de la irrenunciabilidad al ejercicio de las potestades públicas y la tesis de los límites de la justicia arbitral no son nuevos en la jurisprudencia nacional. Así, por ejemplo, en la sentencia de mayo 29 de 1969, a la cual ya se hizo referencia, la Corte Suprema de Justicia afirmó que los jueces arbitrales solamente están legitimados para resolver conflictos sobre los cuales las partes pueden disponer libremente, puesto que "la potestad de resolver diferencias de carácter patrimonial no es función privativa o exclusiva del Estado, como supremo creador de derechos o supremo dispensador de justicia."). Y luego concluyó:

"Es evidente que, los anteriores conceptos y la doctrina que este fallo encierra, son aplicables al arbitramento y a la cláusula compromisoria sólo dentro del ámbito del derecho privado. No comprenden ellos las relaciones y problemas jurídicos que surgen en el campo del derecho público y de modo especial en el de la contratación administrativa, dentro del cual se presentan fenómenos que envuelvan un privilegio oficial, como la caducidad, la imposición unilateral de multas, etc."

En la sentencia de septiembre 29 de 1983, la misma Corte dijo:

"La aceptación por la doctrina y por la jurisprudencia y la formulación legislativa del principio de que el Estado puede contratar sujetándose indistintamente a un régimen de derecho público o a un régimen de derecho privado no tiene otra finalidad que la de facilitar la

actuación de aquél, pero no rompe en ningún momento la unidad del sujeto Estado que así se desdobra, ni afecta su identidad ni le impide el ejercicio de potestades de poder público de las que no puede desprenderse..")

En sentencia de enero 31 de 1985, la Corte Suprema de Justicia, al declarar exequible una parte del art. 24 del decreto 222 de 1983, que establecía que "Si se hubiere pactado arbitramento, no podrá acudir a él sin que previamente se haya cumplido lo relativo a la interpretación unilateral y lo resuelto en esta etapa no podrá ser objeto de arbitramento", expresó:

".. se deja claro que cuando el legislador excluye la posibilidad del objeto del arbitramento lo que haya sido materia de interpretación unilateral por la Administración, está reglamentando algo inherente a la cláusula compromisoria que él también prevé y determina y que es una misma la razón constitucional que lo autoriza para establecer el arbitramento y para especificar su extensión, su contenido, sus efectos y sus excepciones, sin que en ello encuentre la Corte lesión del artículo 16 de la Carta, invocando por el actor, ni de ninguna otra del Código Superior."

En sentencia de marzo 21 de 1991, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia expresó sobre la naturaleza de los actos que profieren los tribunales de arbitramento, lo siguiente:

"Es la misma ley la que admite la posibilidad de que, en virtud de sus disposiciones, la jurisdicción pueda ser ejercida en casos particulares bajo ciertos y determinados presupuestos y condiciones por otros órganos que no sean los de la jurisdicción ordinaria. Por ello, **la atribución de poderes jurídicos a los árbitros para que ejerzan la función jurisdiccional, como efecto de derecho público, opera por el ministerio de la ley y no por la voluntad de las partes, pues si bien éstas dan el modo para que se produzcan tales efectos jurídicos, no los producen ellas mismas mediante sus declaraciones de voluntad.** Dicho de otra manera, esta consecuencia jurídica no se sigue de la voluntad de las partes compromitentes sino de la ley; la voluntad de las partes no podría producir por sí misma aquel efecto jurídico, toda vez que carecen de la virtualidad de transmitir una jurisdicción que por sí no tienen. Por tanto, **el otorgamiento de poderes jurisdiccionales a los terceros designados como árbitros, si bien se origina en un negocio jurídico privado (el compromiso o la cláusula compromisoria), emana de la ley.** Y ello es así porque el derecho objetivo vincula a dicho acto no sólo efectos jurídicos privados (entre las partes) sino también efectos jurídicos públicos (entre el Estado y los árbitros) que se concretan en la atribución de funciones jurisdiccionales a estos últimos.") (Destaca la Sala).

Recogiendo, en parte, esta tradición jurisprudencial, el Constituyente de 1991 prescribió que "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en 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**".(Destaca la Sala).

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.")

Quizás no sobre advertir que la ley autoriza expresamente la conciliación en asuntos en que están comprometidos actos administrativos (art. 85 C.C.A.). Sin embargo, debe recordarse que la conciliación es una figura distinta del arbitramento. En todo caso, en relación con la conciliación contencioso administrativa, el art. 62 de la ley 23 de 1991 establecía: "Cuando como consecuencia del acuerdo logrado entre los interesados resultare necesario revocar un acto administrativo que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, el Acta de Conciliación equivaldrá al consentimiento expreso y escrito del respectivo titular." Y la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de diciembre 12 de 1991, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones de la ley 23 de 1991, entre las cuales se encontraba el art. 62, que fue declarado exequible, expresó:

".. en los casos analizados de ocurrencia de causales de revocatoria directa, la conciliación normada en la ley 23 de 1991, en cuanto no compromete la legalidad de los actos administrativos, bien en controversias pasibles de acción de nulidad y restablecimiento del derecho o en controversias contractuales, ora en la etapa judicial o todavía en la prejudicial, no contraría la Constitución de la República, pues **en esos eventos no se entrega a la voluntad de la partes la potestad administrativa o jurisdiccional de anular la presunción de legalidad del acto administrativo y su firmeza.**" (Destaca la Sala).

En conclusión, de conformidad con el actual estatuto de contratación estatal (ley 80 de 1993), los actos administrativos que se produzcan en ejercicio de la actividad contractual solamente pueden ser impugnados judicialmente ante su juez natural, esto es, ante el juez contencioso administrativo.

En este contexto y con estas limitaciones, se debe situar e interpretar el art. 218 del C.C.A., en cuanto autoriza que los procesos contractuales puedan terminar por transacción.

Cuanto hasta aquí se ha dicho, por lo demás, tiene perfecta correspondencia con algunas de las regulaciones más sobresalientes de los países europeos, como lo destaca un informe elaborado por la Sección de Informes y Estudios y adoptado por la Asamblea General del

Consejo de Estado francés, el 4 de febrero de 1993) .

De dicho documento menciona la Sala lo siguiente:

"En cuanto concierne al arbitramento, este es un modo propiamente jurisdiccional de componer los litigios, con todos los efectos que son propios a su carácter. Pero esta es una justicia convencional, privada, derivada del acuerdo de las partes, lo que explica la desconfianza de la ley y la jurisprudencia respecto de su aplicación, en materia administrativa, sin que esta fuerte reserva, sin embargo, se traduzca en una prohibición total. (..)

"Una última observación se puede hacer: un desarrollo prudente de los nuevos modos de solución de conflictos en ningún caso puede desconocer los principios fundamentales sobre los cuales, desde hace dos siglos, reposa nuestro derecho administrativo –primacía del interés general, control de legalidad de los actos de la administración, compromiso de su responsabilidad, dualismo jurisdiccional, acceso fácil al juez, existencia de un cuerpo de reglas específicas aplicables a las relaciones entre las colectividades públicas y las personas privadas ..)

En relación con la transacción, el Consejo de Estado francés ha precisado que, de conformidad con la ley, "no está permitido transigir sobre materias de orden público"; esta regla es general en el extranjero, como en Bélgica lo ha recordado la Corte de Trabajo de Bruselas).

Y en relación con la extensión del campo del arbitramento, el informe expresa:

"LAS SOLUCIONES GENERALES

"Las soluciones son negativas o positivas: ciertos litigios pueden sustraerse de una manera global al arbitramento.

"Para unos, la exclusión está ligada a razones de fondo: se trata de lo concerniente al contencioso de legalidad que genera la anulación o reforma de los actos administrativos contrarios a la regla de derecho. Solo el juez estatal, y especialmente el juez administrativo, es competente en la materia. El juez privado que es el de arbitramento no puede sustituirlo. Ello no excluye que con ocasión de un litigio que deban resolver los árbitros, éstos puedan ser llamados a examinar la legalidad o el sentido de un acto administrativo. Pero una impugnación directa de un acto administrativo para que se anule y *a fortiori* para que se reforme no puede ser llevado delante suyo.")

Es obvio que el examen que pueden realizar los árbitros sobre la correspondencia con el ordenamiento legal de los actos administrativos que tienen relación con el conflicto, es una facultad puramente tangencial, destinada a establecer su sentido, incidencia y alcance en las materias puestas a su conocimiento, lo cual significa que, en ningún caso, podrán desconocer implícita o expresamente dichos actos y menos aún declarar su ilegalidad.

7. EL RECURSO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

7.1. NATURALEZA: ERRORES IN PROCEDENDO

El laudo arbitral proferido en conflictos originados en contratos estatales, es una decisión

judicial que está sujeta a un especial sistema de impugnación promovido por las partes y cuyo conocimiento corresponde al Consejo de Estado. A su vez contra el fallo de esta jurisdicción estatal procede el recurso de revisión, según los términos del art. 128 num. 5o. del C.C.A., modificado por el art. 36 de la ley 446 de 1998.

Tanto la doctrina) como la jurisprudencia) nacionales han sido coincidentes en afirmar que el referido recurso de anulación del laudo arbitral, al igual que el existente en el derecho privado (regido por el decreto 2279, arts. 37 a 40, en concordancia con el art. 112 de la ley 23 de 1991), es una especie de apelación extraordinaria, con pautas muy similares a las que rigen el recurso de casación, limitada la impugnación a errores "*in procedendo*", es decir, que se trata de un instrumento establecido por la ley cuando se presenten desviaciones en la propia actuación de los árbitros que signifique abuso o desfiguración de las facultades otorgadas por las partes, o del mandato legal que enmarca su tarea.

En consecuencia, se excluyen de la órbita de dicho recurso los errores "*in judicando*", lo cual implica que no se puede impugnar el laudo por cuestiones de mérito, ni menos aún en razón de las apreciaciones críticas, lógicas o históricas en que se basa la decisión. Lo contrario desnaturalizaría la teleología del recurso, permitiendo revisar o replantear la cuestión material que fue objeto de decisión arbitral.

Es por ello que el recurso de anulación es restrictivo, en cuanto sólo es posible acudir a él con fundamento en las causales taxativamente establecidas por la ley, las cuales impiden examinar la cuestión material dirimida por los árbitros.

A tono con esta concepción, claro está, sobre la regulación del recurso de anulación contra el laudo arbitral proferido en materia civil, la Corte Suprema de Justicia dijo:

".. en el sistema normativo sobre el particular imperante en nuestro medio y guardadas obviamente las indispensables precisiones que resultan de los propios textos, en línea de principio general es nulo un laudo si se pronuncia invocando un pacto arbitral inválido o lo hace por fuera de los extremos que delimitan la eficacia de dicho pacto; si no define todas las cuestiones sometidas por vía convencional a la jurisdicción de los árbitros o estuviere concebido su contenido decisorio en términos tan contradictorios que sea de imposible ejecución y, por último, si se omitieron ritualidades que siendo esenciales en el desarrollo del procedimiento arbitral porque así las conceptúa la ley, para el impugnante esa inobservancia produjo indefensión en el sentido estricto que esta expresión tiene en el lenguaje jurídico..")

7.2. EL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA EL LAUDO ARBITRAL EN LA LEY 80 DE 1993

7.2.1. El art. 72 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública prescribe:

"Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

"El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

"Son causales de anulación del laudo las siguientes:

"1o. Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas, o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

"2o. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

"3o. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.

"4o. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.

"5o. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

"El trámite y efectos del recurso se regirá por las disposiciones vigentes sobre la materia."

Se advierte que esta disposición restringió el número de causales de anulación respecto de las establecidas por el art. 38 del decreto 2279 de 1989, entre las cuales se encuentra "La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita" (causal primera).

Tal circunstancia, a juicio de la Sala, impedirá a las partes su invocación con miras a obtener la anulación del laudo, pero no es obstáculo para que el juez administrativo declare oficiosamente la nulidad absoluta del pacto arbitral, si encuentra cumplidas las condiciones legales; en efecto, la eliminación de la causal, en vez de restringir esta facultad oficiosa del juez administrativo, la refuerza, dadas las condiciones propias del recurso, como se precisará a continuación. Para ello, se revisará primero la naturaleza jurídica del pacto arbitral y, para este caso, la del compromiso.

7.2.2. NATURALEZA CONTRACTUAL DEL PACTO ARBITRAL

Aunque subsisten algunas discusiones doctrinarias, casi nadie niega hoy que el pacto arbitral (trátase de cláusula compromisoria o de compromiso) es una institución contractual que origina un proceso judicial).

GIL ECHEVERRI, por ejemplo, no duda en calificar el pacto arbitral como "un negocio jurídico de naturaleza contractual"), a la cláusula compromisoria como "un verdadero contrato"), y en definir el compromiso también como un contrato). Lo mismo hace MARCO GERARDO MONROY CABRA cuando sostiene que "El pacto arbitral (cláusula compromisoria y compromiso) es un contrato que da origen a un proceso ..")

Significa lo anterior que el pacto arbitral es un contrato que, además, tendrá carácter estatal cuando se trate de un compromiso y en él se obligue una entidad pública, o cuando se trate de una cláusula compromisoria pactada al interior de un contrato del Estado.

Siendo ello así, para el caso particular, el compromiso celebrado entre el Instituto de Valorización de Manzales "INVAMA" y el Consorcio "AMAYA SALAZAR", con el propósito de analizar y definir por parte de un tribunal de arbitramento ".. el valor descontado en el acta de liquidación unilateral del contrato relacionado en el muro No. 4 y sus correspondientes intereses financieros sobre dicho valor si a ello hubiere lugar .." (fl. 142, c. 1), es un contrato estatal. De otra parte, es claro que el juez administrativo puede y debe declarar la nulidad

absoluta del mismo, si se reúnen las exigencias legales.

En efecto, el inciso 3o. del artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, impone al Juez Administrativo la obligación de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, siempre que esté plenamente probada en el proceso y que en el mismo intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

Sobre este tema, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha dicho que la potestad del juzgador para declarar de oficio la nulidad absoluta de un contrato estatal está sujeta únicamente a dos condiciones:

Primera: que la nulidad absoluta se encuentre plenamente demostrada en el proceso, que puede ser de cualquier naturaleza.

Segunda: que en el proceso intervengan las partes contratantes o sus causahabientes

).

Lo anterior significa que, reunidas dichas exigencias, surgirá el deber del juez de declararla, cualquiera sea el proceso de que se trate).

La preservación de esta potestad del juez administrativo en la decisión del recurso de anulación del laudo fue lo que determinó al legislador a no incluir, dentro de las causales de anulación (art. 72, ley 80 de 1993), la que está prescrita como causal primera en el art. 38 del decreto 2279 de 1989 y que corresponde a "La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita."

En efecto, su inclusión habría significado cercenar la facultad oficiosa del juez, siendo –como es– indispensable la invocación de la causal por el recurrente; su no operancia, en cambio, en cuanto atañe a los laudos proferidos para resolver diferencias surgidas de un contrato estatal, deja a salvo la obligación del juez de declarar, oficiosamente, la nulidad absoluta del pacto arbitral, según las reglas vistas.

8. DECLARACIÓN OFICIOSA DE NULIDAD DEL COMPROMISO Y NULIDAD DEL PROCESO ARBITRAL

8.1. El Instituto de Valorización de Manizales "INVAMA", obrando en calidad de contratante, celebró el 14 de abril de 1997 el contrato de obras públicas No. 97041442 con el Consorcio CONSORCIO AMAYA SALAZAR, cuyo objeto fue la "ejecución de las obras relacionadas con la Licitación Pública INV-001/97, así: Construcción del tramo de vía entre el Batallón Ayacucho y el Puente sobre la Quebrada El Perro y obras complementarias correspondientes a la obra 0336." (fl. 2, c. 1).

Mediante resolución No. 235 de agosto 24 de 1998, la entidad contratante liquidó unilateralmente el contrato. Para tomar dicha decisión, tuvo

en cuenta que el 16 de marzo de 1998, elaboró el acta de recibo de obra de los trabajos contratados, que no fue firmada por la sociedad contratista; posteriormente, la administración la invitó para que, de común acuerdo, liquidaran el contrato, sin obtener respuesta positiva, por lo cual la entidad elaboró una acta final de liquidación, que la contratista se negó a firmar. Además, señaló:

"15. Que el INVAMA, al momento de recibir definitivamente la obra contratada no encontró la parte atinente a un tramo del muro número 4, el cual se derrumbó el día 8 de septiembre de 1997 y fue sustituido por otro, en los términos y condiciones de que tratan las obras adicionales.

"De conformidad con el contrato de obra pública, de que trata esta acta de liquidación, el contratista se comprometió a realizar unas obras, dentro del tramo de la vía comprendido entre el Batallón Ayacucho y el Puente sobre la Quebrada El Perro, incluyendo la ejecución de algunas obras complementarias, todas ellas dentro de los parámetros técnicos que se estipularon en el pliego de condiciones, documento que hace parte del contrato.

"16. Que en la presente Acta de Liquidación se descuenta al contratista, el valor correspondiente al tramo del número 4 y sus respectivos reajustes, valores que ya habían sido cancelados al mismo; ya que en la cláusula trigésima cuarta del contrato de obra pública tantas veces mencionado en forma expresa se establece que el contratista ".. es igualmente responsable de la protección y conservación de las obras hasta la entrega final y recibo definitivo por parte del INVAMA .." (fls. 90 y 91, c. 1). Subraya la Sala.

Con estos fundamentos, la entidad tomó la siguiente decisión:

"ARTICULO PRIMERO: Cuantificar cada una de las obligaciones pactadas en el contrato de obra pública número 97041442 en el valor de DOS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SEIS PESOS CON 28 CENTAVOS (\$2.267.644.606,28) MONEDA CORRIENTE.

"ARTICULO SEGUNDO: Descontar de la suma adeudada al contratista el valor de OCHENTA Y CINCO MILLONES TREINTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON 24 CENTAVOS (\$85.037.494,24) MONEDA CORRIENTE por concepto del muro pagado y no encontrado al momento de la entrega y recibo definitivo de la obra." (fls. 91 y 92, c. 1).

Mediante resolución No. 266 de septiembre 14 de 1998, INVAMA se abstuvo de revocar el acto anterior (fls. 109 y 110, c. 1).

La decisión administrativa de descontar de lo adeudado al contratista el valor correspondiente a "un tramo del muro número cuatro el cual se derrumbó", se presume legal, puesto que no ha sido anulada ni suspendida por la jurisdicción contencioso administrativa, y en consecuencia, está llamada a producir plenos efectos, dado que tampoco ha sido revocada unilateralmente por la propia administración.

El 14 de octubre de 1994, en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Manizales, a solicitud del contratista, se celebró una audiencia de conciliación prejudicial entre las partes contratantes, en la cual el solicitante propuso la integración de "un tribunal de arbitramento para que dirima su conflicto", consistente en la negativa de la entidad a cancelarle el valor invertido en la construcción del muro No. 4 más los sobrecostos e intereses. La audiencia se celebró a instancias de la Procuraduría Judicial No. 29. La entidad contratante aceptó la propuesta de acudir a la justicia arbitral, para lo cual las partes acordaron lo siguiente:

"El tema que sería objeto de análisis y definición por parte del tribunal de arbitramento sería el valor descontado en el acta de liquidación unilateral del contrato relacionado con el muro No. 4 y sus correspondientes intereses financieros sobre dicho valor si a ello hubiere

lugar, dejando de lado otro tipo de reclamaciones por las partes tales como costos financieros distintos a los antes mencionados, sobrecostos, intereses, perjuicios por el *good will*, perjuicios morales y materiales y económicos de cualquier índole, a los cuales renuncian expresamente y de manera recíproca las partes para efectos futuros. (..) el arbitramento será de carácter legal y su fallo será en derecho." (fl. 142, c. 2). Subraya y destaca la Sala.

Observa la Sala, a primera vista, que el compromiso no reúne a cabalidad los requisitos establecidos por el art. 71 de la ley 80 de 1993, por cuanto no se precisó en dicho contrato lo relativo a "la designación de los árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos del mismo."

El 13 de noviembre de 1998, el consorcio contratista solicitó que el tribunal de arbitramento realizara en su favor las siguientes declaraciones y condenas:

"1o. **Que es nula la Resolución No. 235 de INVAMA** de fecha 24 de Agosto de 1998 mediante la cual se liquidó unilateralmente el contrato de obra pública No. 97041442 suscrito entre INVAMA y el Consorcio Amaya - Salazar, y que en su Artículo 16 niega el pago del valor correspondiente al tramo No. 4 de dicha obra.

"2o. **Qué es nula la Resolución No. 266 de fecha septiembre 14 de 1998** mediante la cual se confirmó la Resolución No. 235 del 24 de Agosto de 1998.

"3o. Que se ordene a INVAMA el pago en favor del Consorcio Amaya - Salazar de la suma de: **Ochenta Y Cinco Millones Treinta Y Siete Mil Cuatrocientos Noventa Y Cuatro Pesos Con Veinticuatro Centavos Moneda Corriente (\$85.037.494.24)** más los intereses financieros; como reza el Contrato desde la fecha que se hizo exigible este pago, hasta el momento en que sea cancelado cláusula No. 3 parágrafo tercero del contrato, tal como quedó acordado en el compromiso pactado en la diligencia de conciliación ante la Cámara de Comercio de Manizales.

"Que se condene u ordene el pago de todos los gastos y costos del presente Tribunal de Arbitramento al Instituto de Valorización de Manizales "INVAMA". (fls. 2 y 3, c. 2). Resalta la Sala.

El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Manizales admitió la solicitud y ordenó su notificación a la entidad contratante, quien la contestó formulando excepciones de fondo frente a las pretensiones. Posteriormente, se integró el Tribunal de Arbitramento, el cual, luego de su instalación, procedió a realizar el trámite legal respectivo, que culminó con el laudo de junio 9 de 1999, en el cual condenó a INVAMA a pagar al contratista la suma de \$85'037.494,24, "valor del muro número 4, objeto de este proceso, más los intereses correspondientes a la tasa certificada por la Superintendencia Bancaria, desde el día 15 de Septiembre de 1998, hasta la fecha de Ejecutoria del Laudo." Y se abstuvo de pronunciarse, sin que expusiera razones, respecto de la validez de los actos administrativos cuya nulidad le fue solicitada (fls. 181 a 203, c. ppl.).

8.2. De cuanto se ha dicho, para la Sala es evidente que el compromiso por medio del cual las partes contratante y contratista acordaron que las diferencias presentadas en razón de la liquidación unilateral del contrato fueran resueltas a través de un tribunal de arbitramento, se encuentra viciado de nulidad absoluta. En efecto:

Tal como fue pactado el compromiso, no era posible resolver en forma cierta y precisa la reclamación de pago formulada por el consorcio a la justicia arbitral, sin proceder a examinar

la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales INVAMA, al liquidar unilateralmente el contrato, ordenó descontar de la suma adeudada al contratista el valor correspondiente a la construcción del nuevo muro número 4.

La decisión administrativa, que se presume legal, se fundamentó en que el derrumbamiento de un tramo del referido muro es un hecho que debía afrontar el consorcio y, en consecuencia, estaba obligado a tomar los correctivos necesarios, sustituyéndolo "por otro, en los términos y condiciones de que tratan las obras adicionales" Además, agregó:

"De conformidad con el contrato de obra pública, de que trata esta acta de liquidación, el contratista se comprometió a realizar unas obras, dentro del tramo de la vía comprendido entre el Batallón Ayacucho y el Puente sobre la Quebrada El Perro, incluyendo la ejecución de algunas obras complementarias, todas ellas dentro de los parámetros técnicos que se estipularon en el pliego de condiciones, documentos que hacen parte del contrato." (fl. 91, c. 1).

En consecuencia, resulta evidente que no era posible estudiar las pretensiones del consorcio, formuladas a través del proceso arbitral, sin analizar la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad contratante radicó en cabeza del contratista los costos que demandó la reposición de la obra derruida, puesto que para acceder a las reclamaciones del consorcio habría que desconocer necesariamente o dejar sin efectos la decisión administrativa, en la que se concluyó que no había razón para cancelarle los dineros invertidos en dicha obra.

Y, efecto, el Tribunal de Arbitramento, al proferir la decisión objeto del presente recurso, desconoció materialmente las resoluciones expedidas por la entidad contratante, en virtud de las cuales se negó a reconocer al contratista el valor de lo invertido en la construcción del nuevo muro. Para condenar a la entidad contratante al pago de la suma considerada no debida en tales actos, los árbitros estimaron que dichos costos eran de cargo de aquélla. Al respecto afirmaron:

"La excepción de incumplimiento del contrato (alegada por la entidad contratante) se resuelve por sí sola, si concretamos las obligaciones de los contratistas que se reducen al cumplimiento de las cláusulas del contrato y a las órdenes del interventor consignadas en el libro de obra o bitácora. En consecuencia, no prospera la excepción.

"Ha quedado suficientemente establecido que el colapso del muro número 4 se debió a decisión del Interventor quien es el representante del Invama en la ejecución de la obra (..) El colapso del muro número 4, causado por la modificación sustancial del diseño del muro, rompió el equilibrio económico, la ecuación financiera consagrada por el Derecho Administrativo, equilibrio y ecuación expresados en la posibilidad de compensar los hechos de la administración o las contingencias que produzcan alteraciones en ese equilibrio, en esa ecuación (ley 80 de 1993).

"Por lo anterior no le era posible al INVAMA, a través del interventor, variar sustancialmente el diseño y las especificaciones del referido muro, en detrimento de los contratistas, imponiéndoles condiciones totalmente distintas de las estipuladas, sin incurrir en un enriquecimiento sin causa." (fls. 199 y 200, c. ppal.).

Esto significa que las partes contratantes habilitaron a los jueces arbitrales para que conocieran y decidieran sobre la legalidad de los actos administrativos producidos con ocasión del contrato. De allí que el consorcio le solicitó expresamente al Tribunal de

Arbitramento que declarara la nulidad de las resoluciones que liquidaron unilateralmente el contrato y ordenaron descontar de la suma debida al contratista el valor correspondiente al "tramo No. 4 de la obra".

De lo anterior y conforme al principio de indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, es claro que el objeto del compromiso que, en el presente caso, dio lugar al trámite del proceso arbitral, es ilícito, lo cual genera nulidad absoluta del negocio jurídico, en su integridad, de conformidad con el inciso 1o. del art. 44 de la ley 80 de 1993, que remite a su vez al art. 1741 del C.C., en el cual se prescribe:

"La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas."

Y es deber del juez administrativo declarar oficiosamente dicha nulidad, por cuanto concurren los dos requisitos prescritos para ello en el art. 87 del C.C.A.: en primer lugar, la nulidad se encuentra plenamente probada en el proceso y, en segundo lugar, en el mismo intervienen las partes contratantes.

Siendo nulo el compromiso, es obvio que resulta igualmente inválido el proceso arbitral adelantado con fundamento en el mismo. En efecto, el Tribunal de Arbitramento carecía de jurisdicción para conocer de la controversia cuya solución le fue deferida por las partes. Ha quedado claro que el proceso arbitral está instituido para resolver únicamente asuntos susceptibles de ser transigidos, y aquél sometido a su conocimiento no tiene tal carácter, por ser de naturaleza indisponible; su solución es de competencia exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Al respecto, debe recordarse que la nulidad administrativa constituye una sanción, cuya consecuencia es el aniquilamiento de los efectos que produce el acto o el contrato nulo, desde su origen. Por esta razón, resulta imperativa, para el juez administrativo, la declaración de nulidad de las actuaciones que tienen fuente en dicho acto o contrato. Y dado que se trata de una facultad oficiosa y permanente del juez administrativo, que, tratándose de contratos estatales, puede ser ejercida siempre que se cumplan los requisitos antes mencionados, es claro que la nulidad del proceso arbitral deberá ser declarada.

Es importante advertir, adicionalmente, que, de otra manera, se mantendría una situación jurídica absurda, dado que las partes estarían obligadas, cada una respecto de la otra, a pagar una suma de dinero idéntica, por el mismo concepto, razón por la cual resultaría inocua la ejecución tanto de los actos administrativos expedidos por el INVAMA, que no han sido declarados nulos, como del laudo arbitral objeto del presente recurso. En efecto, por virtud de los actos mediante los cuales se efectuó la liquidación del contrato, el consorcio Amaya-Salazar adeuda a la Administración la suma de \$85.037.494,24, y con base en el laudo recurrido, ésta le adeuda a aquél la misma suma de dinero.

Resultan claras, en este caso concreto, las razones que sustentan la tesis sostenida por esta Corporación, en el sentido de que es jurídicamente imposible admitir la concurrencia de dos jurisdicciones, la contencioso administrativa y la arbitral, para decidir sobre un conflicto surgido como consecuencia de un acto administrativo vigente, aunque aquél sea transigible; en tales casos, la competencia para decidir corresponde al juez administrativo, de modo privativo. Y es que, como se explicó en sentencia del 23 de febrero de 2000:

"Entender lo contrario implicaría el fraccionamiento de la función jurisdiccional, en asuntos de orden público regulados por la Constitución y la ley, las cuales resultarían violentadas, a la vez que, simultáneamente coexistirían decisiones que podrían ser contradictorias y, en últimas, llevarían a que el afectado quedara privado de verdadera y legal justicia, desconociéndosele la garantía constitucional del derecho de acceso a la administración de justicia, siguiendo por supuesto la vía de un debido proceso, según lo ordena la propia Carta Fundamental en el artículo 29".)

Teniendo en cuenta, conforme a lo expresado, que la nulidad del compromiso celebrado entre las partes genera como consecuencia necesaria la declaración de nulidad del proceso adelantado con fundamento en el mismo y, por lo tanto, del laudo arbitral proferido dentro de éste, la Sala se abstiene de pronunciarse sobre las causales de anulación invocadas por el recurrente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE LA NULIDAD ABSOLUTA del compromiso arbitral suscrito entre el Instituto de Valorización de Manizales "INVAMA" y el Consorcio AMAYA SALAZAR, el 14 de octubre de 1994, por estar viciado de objeto ilícito, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE LA NULIDAD del proceso arbitral adelantado, para resolver las controversias surgidas entre el Instituto de Valorización de Manizales "INVAMA" y el Consorcio AMAYA SALAZAR, con fundamento en el compromiso a que se refiere el numeral anterior.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVASE.

MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

Presidenta de la Sala

ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ

JESÚS MARIA CARRILLO BALLESTEROS

RICARDO HOYOS DUQUE

GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Limitaciones constitucionales y ausencia de límites en la Ley 80 de 1993 / ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL - Su nulidad también puede ser competencia del tribunal de arbitramento

En la Constitución anterior no existía ninguna norma que facultara en forma expresa a las partes para sustraer el conocimiento de sus controversias del juez natural y en su lugar, trasladarlo a los particulares. Por consiguiente, que durante la vigencia de la Constitución anterior el arbitramento fue una materia regulada en forma exclusiva por el legislador, quien acogió en un todo las limitaciones formuladas por la jurisprudencia tanto de la Corte

Suprema de Justicia como del Consejo de Estado. La actual Carta Política regula de manera expresa el arbitramento en el inciso final del art. 116. Las únicas limitaciones constitucionales existentes en materia arbitral, son las que se desprenden de lo dispuesto en el inciso final del art. 116 de la Carta y que fueron precisadas por la Corte en la sentencia C-294 de 6 de julio de 1995. En relación con el alcance del arbitramento en los contratos estatales, la ley 80 de 1993 se abstuvo en forma expresa de establecer algún tipo de restricción y por el contrario, a diferencia de lo que sucedía en los anteriores estatutos contractuales, amplió notablemente su campo de aplicación. En efecto, el art. 70 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública señala que en los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución o desarrollo, terminación o liquidación. 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 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). Aquí es necesario advertir como 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, como 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. No es cierto por tanto que la justicia arbitral en la ley 80 de 1993 tenga los límites que se señalan en la providencia de la cual me separo. 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 no

existir, 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. No resulta acertado afirmar como se hace en la sentencia de la cual me separo, que los árbitros no pueden pronunciarse en relación con los actos administrativos demandados, por cuanto nuestra legislación condiciona su intervención a la existencia de un conflicto de carácter transigible (art. 111 ley 446 de 1998, incorporado al art. 115 decreto 1818 del mismo año), ya que las mismas razones que permiten la conciliación respecto de los efectos patrimoniales de los actos administrativos resultan aplicables a la transacción y a fortiori, le abren paso al arbitramento como mecanismos alternativos de solución de conflictos que son todos ellos y en este último caso, por tratarse de un equivalente jurisdiccional. En síntesis, como en el presente caso las partes suscribieron un compromiso con miras a integrar un tribunal de arbitramento cuyo objeto sería analizar y definir el valor descontado en el acta de liquidación unilateral del contrato, dicho acuerdo no está viciado de nulidad absoluta por cuanto en forma expresa el art. 70 de la ley 80 de 1993 faculta a los árbitros para resolver las diferencias surgidas en razón de la liquidación del contrato, disposición que está en plena consonancia con el art. 116 de la Carta, el recurso extraordinario de anulación no ha debido prosperar.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ

Santa Fe de Bogotá ocho (8) de junio de dos mil (2000).

Radicación número: 16973

Actor: CONSORCIO AMAYA-SALAZAR

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR RICARDO HOYOS DUQUE

Al no compartir la decisión mayoritaria de la sala, paso a exponer las razones de mi disenso.

I. El arbitramento en los contratos administrativos durante la vigencia de la Constitución de 1886

Lo primero que cabe destacar, es que en la Constitución anterior no existía ninguna norma

que facultara en forma expresa a las partes para sustraer el conocimiento de sus controversias del juez natural y en su lugar, trasladarlo a los particulares.

Esta circunstancia motivó que se planteara por un ilustre constitucionalista la inenajenabilidad de los preceptos legales sobre la materia. La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de mayo de 1969 desechó dicho cargo al señalar que

"...si el arbitramento tiene carácter jurisdiccional, como una especie de habilitación legal de los particulares para participar en la función pública de administrar justicia, como verdaderos jueces ocasionales o como simples auxiliares de la justicia, tampoco puede considerarse inconstitucional dicha institución. Porque en el artículo 58 de la Constitución —el que invoca el demandante— se advierte expresamente que "administran justicia" "la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley". En otras palabras, la ley puede organizar o establecer Tribunales y Juzgados que administren justicia, además de los previstos expresamente en la Constitución. Por lo cual no puede negarse al legislador la facultad de organizar Tribunales Especiales o simplemente ocasionales o transitorios, como los Tribunales de Arbitramento, cual son calificados reiteradamente en el Título XLVII del Código de Procedimiento Civil, o como las cámaras de comercio, que, según se prevé en la Ley 28 de 1931, tienen la función permanente de servir de Tribunales de Arbitramento, para resolver como árbitros o amigables componedores las diferencias que ocurran entre comerciantes.")

En esa misma sentencia la Corte limitó los alcances del arbitramento en relación con las entidades de derecho público, cuando expresó:

"Es evidente que, los anteriores conceptos y la doctrina que este fallo encierra, son aplicables al arbitramento y a la cláusula compromisoria sólo dentro del ámbito del derecho privado. No comprenden ellos las relaciones y problemas jurídicos que surgen en el campo del derecho público y de modo especial en el de la contratación administrativa, dentro del cual se presentan fenómenos que envuelvan un privilegio oficial, como la caducidad, la imposición unilateral de multas, etc.")

Ya la propia Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de octubre de 1957 había precisado que en los contratos celebrados por las entidades públicas, la cláusula compromisoria en virtud de la cual las controversias derivadas de un contrato se someten al conocimiento de árbitros, era incompatible con la cláusula de caducidad que le permite al Estado declarar por sí y ante sí la terminación del contrato. Allí se dijo:

"Lo importante para la Sala es dejar establecido su criterio con las consecuencias que adelante se verán, de que en un contrato de la naturaleza del que se estudia, si por un lado se consigna la cláusula compromisoria y por el otro se establece el derecho de la Nación a decretar la caducidad administrativa, como aparece del contrato materia de la litis, tales cláusulas no son conciliables entre sí, si se basan en las mismas causales; porque es obvio que la caducidad quedaría de suyo excluida por la obligación de someter las controversias a arbitramento, y esta cláusula además sería inoperante, porque el derecho de la administración a decretar la caducidad en los contratos de ejecución de obras o de prestación de servicios públicos, más que una simple estipulación contractual, es una facultad legal indeclinable (Artículo 254 C.C.A.); es de orden público y tiene por objeto impedir que se afecte una obra o un servicio, que son de interés público o superior, por culpa del contratista, por su quiebra o por su fallecimiento. La cláusula de caducidad es pues obligatoria para el Gobierno, quien no puede sustituirla por una decisión arbitral, ni renunciar

a ella en ninguna forma, porque tal renuncia sería ineficaz a más de ilegal".)

Similares planteamientos se formularon por el Consejo de Estado en sentencia del 5 de septiembre de 1968 y en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 12 de julio de 1972.)

Estos antecedentes jurisprudenciales condujeron a que el legislador extraordinario en el decreto ley 1670 de 1975 (art. 66) y en el decreto ley 150 de 1976 (art. 66) que subrogó el anterior, por medio del cual se expidieron las normas para la celebración de contratos por parte de la nación y de sus entidades descentralizadas, se estableciera:

"De la cláusula compromisoria. Salvo disposición en contrario, en los contratos que celebre la nación podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someterse a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato.

En la cláusula compromisoria deberá convenirse la forma de nombrar los árbitros. El fallo será siempre en derecho.

La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no son susceptibles de decisión arbitral."

Tal disposición fue reiterada por el art. 76 del decreto ley 222 de 1983, disposición según la cual tanto la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos como las cláusulas relativas a los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales no serían susceptibles de decisión arbitral.

Debe concluirse, por consiguiente, que durante la vigencia de la Constitución anterior el arbitramento fue una materia regulada en forma exclusiva por el legislador, quien acogió en un todo las limitaciones formuladas por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado.

II. Las limitaciones constitucionales al arbitramento en la Constitución de 1991 y la ausencia de límites en la ley 80 de 1993.

A diferencia de la Constitución anterior, la actual Carta Política regula de manera expresa el arbitramento en el inciso final del art. 116, en los siguientes términos:

"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."

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 justicia). Así se desprende con toda claridad del precepto constitucional transcrito en cuanto señala que los particulares en su condición de árbitros administran justicia (sería mucho más exacto decir que imparten justicia).

La Corte Constitucional en la sentencia C-294 del 6 de julio de 1995 al examinar el alcance

del inciso final del art. 116 de la Carta, hizo algunas precisiones que resultan pertinentes en el presente caso:

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

Pero no existen otras limitaciones. Por ello no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral. ¿De dónde surgiría esta supuesta exclusión? ¿Cómo afirmar que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse en el proceso de ejecución constituyen una excepción a lo establecido por el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución cuando tal excepción no aparece en esta norma, ni en ninguna otra." (Las subrayas no son del original).

Esto significa que las únicas limitaciones constitucionales existentes en materia arbitral, son las que se desprenden de lo dispuesto en el inciso final del art. 116 de la Carta y que fueron precisadas por la Corte en la sentencia antes citada. Por tal motivo, carece de toda justificación la invocación que se hace a la tradición jurisprudencial cuando se trata de decisiones que se produjeron en vigencia de la Constitución anterior.

En relación con el alcance del arbitramento en los contratos estatales, la ley 80 de 1993 se abstuvo en forma expresa de establecer algún tipo de restricción y por el contrario, a diferencia de lo que sucedía en los anteriores estatutos contractuales, amplió notablemente su campo de aplicación.

En efecto, el art. 70 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública señala que en los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros **las distintas diferencias que puedan surgir por razón** de la celebración del contrato y de su ejecución o desarrollo, **terminación o liquidación.**

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 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).

Aquí es necesario advertir como 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, como 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.

No es cierto por tanto que la justicia arbitral en la ley 80 de 1993 tenga los límites que se señalan en la providencia de la cual me separo. Repárese como el art. 91 de la ley 418 de 1997, prorrogada por la ley 548 de 1999, que estableció nuevas causales de caducidad del contrato relacionadas con la conducta del contratista respecto de organizaciones armadas al margen de la ley, quizá por la gravedad de las mismas, señaló que en ningún caso la aplicación de dicha potestad podría ser sometida a conciliación o a la decisión de árbitros.

Esta excepción al arbitramento está en plena consonancia con lo dispuesto por el art. 116 de la Constitución, en cuanto estable que el cumplimiento de la función de impartir justicia por los particulares cuando están investidos transitoriamente por las partes de la condición de jueces en calidad de árbitros, **debe cumplirse en los términos que fije la ley.**

III. El pretendido carácter privativo de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las controversias relativas a la nulidad de los actos administrativos.

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.

De ahí que sea posible, como se plantea en este momento en el congreso en el pliego de modificaciones a la ponencia para primer debate del proyecto de ley 186 de 1999-senado, por medio del cual se modifica la ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que los árbitros puedan conocer de las distintas controversias que puedan surgir con motivo de la celebración del contrato, su ejecución o desarrollo, terminación o liquidación "y **con motivo de la expedición de actos administrativos, en cuyo caso podrán pronunciarse sobre la legalidad de los mismos y los efectos económicos que de ellos se deriven**".

IV.- La pretendida innegociabilidad (sic) del ejercicio de las potestades públicas y la indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos. La procedencia de la transacción y de la conciliación como mecanismos alternativos de solución de conflictos en relación con los efectos patrimoniales de los actos administrativos.

Como un verdadero dogma y para proteger con celo los recursos fiscales, se ha impuesto en la práctica la creencia de que las entidades públicas no pueden propiciar las soluciones extrajudiciales a los conflictos en que puedan verse involucradas con los particulares.

Así, el Código Civil en el art. 1504, inciso 3o. entre los incapaces incluía a las personas jurídicas (privadas o públicas, ya que la norma no distinguía), incapacidad que no era absoluta por cuanto como allí mismo se decía "sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes". Esta previsión, como se sabe, fue derogada por el art. 60 del decreto ley 2820 de 1974.

En tales condiciones, no existía por tanto ningún obstáculo para que las personas jurídicas de derecho público pudiesen celebrar el contrato de transacción, en cuanto se trata de un negocio jurídico en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, como lo define el art. 2469 del Código Civil. Así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de octubre de 1919 al señalar que "los departamentos son personas hábiles para transigir". (Gaceta Judicial, Tomo XXVII, p. 319).

El Código de Procedimiento Civil de manera expresa autoriza la transacción por parte de las entidades públicas, lo mismo que el art. 218 del Código Contencioso Administrativo que además permite el allanamiento a la demanda en los procesos de reparación directa y los relativos a contratos. En estos últimos, por supuesto, la controversia puede estar referida a uno de los actos administrativos que en ejercicio de sus potestades puede dictar la administración, sin que la ley hubiese excluido la procedencia de la transacción.

La ley 23 de 1991 también facultó en forma expresa a las entidades públicas para conciliar prejudicial o judicialmente las controversias que debieran dirimirse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la que, como se sabe, se formula una pretensión anulatoria en relación con un acto administrativo(art. 85 C.C.A).

Esto dio lugar a que se preguntara si por esta vía no se abría paso a que se pudiera negociar la legalidad de las decisiones administrativas por las partes interesadas. A ese interrogante dio respuesta la Corte Suprema de Justicia al revisar la constitucionalidad de las disposiciones de la ley 23 de 1991 que establecían la posibilidad de que existiera conciliación en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, donde se controvierte la legalidad de un acto administrativo, cuando mediante sentencia del 12 de diciembre de 1991 señaló:

"La Ley 23 de 1991 considera la posibilidad de la conciliación sobre los efectos particulares y patrimoniales de los actos administrativos, aún de aquellos cuya nulidad ya esté pedida ante la jurisdicción con el uso de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. Es obvio que tales consecuencias subjetivas dependen de la causa eficiente, que como se anotó antes, no es otra que el acto administrativo mismo, su pertenencia al orden jurídico y la presunción de legalidad que lo ampara. No es posible independizar esa causa de sus efectos patrimoniales o personales, de ahí que la conciliación tendrá la virtualidad de crear unos nuevos efectos, porque ella impone la modificación o la revocación del acto administrativo ya consolidado.

Así las cosas, si el acto consiente (sic) revocación directa (v. Supra), es jurídicamente

aceptable la conciliación, ya que aquel instituto permite extinguir no sólo los efectos del acto sino la providencia administrativa misma. La administración y el particular se trasladarían, por los efectos de la revocación directa, al momento anterior a la finalización de la actuación y allí se podría concluir con los resultados de la conciliación. Se vuelve factible entonces la terminación del proceso por cuanto no existiría materia alguna para que el juez se pronunciara.

Aquí la firmeza y la presunción de legalidad finalizan, de manera excepcional, por la viabilidad de la revocación. Será necesario, claro está, que se esté en presencia de cualquiera de las causales consagradas en el artículo 69 del C. C. A. Advierte la Corporación que en cuanto a las condiciones formales que disponen los prementados artículos 70 y 71 del C. C. A., la Ley 23 en su artículo 62 introdujo modificaciones al régimen del código, consistente en que no será obstáculo, para su procedencia, la previa interposición de los recursos de la vía gubernativa contra el acto en cuestión ni, para su oportunidad, la admisión de la demanda por el juez administrativo competente; pero siendo estos requisitos de jerarquía puramente legal y no constitucional, su reforma no conculca en modo alguno la normatividad suprema.

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 de la legitimidad para revocar directamente el acto, bien por inconstitucionalidad o ilegalidad manifiesta 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 continuará en firme.

Bajo esta óptica la institución de la conciliación contencioso – administrativa prevista en las normas sub-iudice y contraída a los casos que en precedencia fueron examinados, no entraña posibilidad alguna de que la legalidad del acto o su firmeza penden del mero querer de las partes involucradas en la litis contenciosa, lo cual sería a todas luces inaceptables por inconstitucional. En este entendimiento y con las precisiones anotadas la Corporación la juzga exequible."

Acogiendo este criterio jurisprudencial el art. 71 de la ley 446 de 1998, incorporado al art. 57 del decreto 1818 del mismo año, reguló de mejor manera la conciliación frente a actos administrativos al establecer que

"Cuando medie Acto Administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo 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."

De ahí que no resulte acertado afirmar como se hace en la sentencia de la cual me separo, que los árbitros no pueden pronunciarse en relación con los actos administrativos demandados, por cuanto nuestra legislación condiciona su intervención a la existencia de un conflicto de carácter transigible (art. 111 ley 446 de 1998, incorporado al art. 115 decreto 1818 del mismo año), ya que las mismas razones que permiten la conciliación respecto de los efectos patrimoniales de los actos administrativos resultan aplicables a la transacción y a fortiori, le abren paso al arbitramento como mecanismos alternativos de solución de conflictos que son todos ellos y en este último caso, por tratarse de un equivalente

jurisdiccional.

En síntesis, como en el presente caso las partes suscribieron un compromiso con miras a integrar un tribunal de arbitramento cuyo objeto sería analizar y definir el valor descontado en el **acta de liquidación unilateral del contrato**, dicho acuerdo no está viciado de nulidad absoluta por cuanto en forma expresa el art. 70 de la ley 80 de 1993 faculta a los árbitros para resolver las diferencias surgidas en razón de la liquidación del contrato, disposición que está en plena consonancia con el art. 116 de la Carta, el recurso extraordinario de anulación no ha debido prosperar.

RICARDO HOYOS DUQUE

Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil (2000).

NOTAS DE PIE DE PAGINA

En 1927, la Corte Permanente Internacional de Justicia afirmó en "El Caso Lotus", que "las limitaciones a la independencia del Estado no se presumen." Cf. C.P.I.J., Serie A, N° 10, p. 16.

Cf. ANDRÉ HAURIUO. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Barcelona: Editorial Ariel, segunda edición, 1980.

Según el profesor AGUSTÍN GORDILLO función administrativa: "es toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales. Ver: Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. Santafé de Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 1998, p. IX-48.

Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de octubre 21 de 1999, Exp. 11616. Por su parte el profesor JESUS GONZALEZ PEREZ en sus "Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo" comenta: "Y el acto administrativo ha constituido un presupuesto esencial para que el particular afectado pudiera utilizar válidamente los medios de impugnación en vía administrativa y acudir a los Tribunales en demanda de Justicia frente a la Administración (art. 1o, LJ). Precisamente esta transcendencia procesal del acto ha dado lugar a una deformación doctrinal al delimitar su concepto. Pues el procesal no es más que un aspecto -todo lo importante que se quiera- del concepto. El que sólo sea -o sea susceptible- objeto de recurso el acto administrativo que reúna una serie de requisitos, no quiere decir que sólo sea acto administrativo el que reúna estos requisitos. El acto que reúna estos requisitos será el acto que determine la admisibilidad del recurso administrativo y, en su caso, de la pretensión ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Pero el concepto no debe limitarse a estos supuestos concretos." (Madrid: Editorial Civitas, 1991, pp. 305 y 306).

MANUEL MARIA DIEZ. Derecho Administrativo, T. II . Buenos Aires: Biblioteca Omeba, 1965, p. 274.

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de mayo 29 de 1969, Ponente: Dr. Luis Sarmiento Buitrago. Gaceta Judicial, T. CXXXVII, p. 65.

Sentencia C-294 de julio 6 de 1995. Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de diciembre 12 de 1991, Exp. 2326, Ponentes: Drs. Pedro Escobar Trujillo y Pablo J. Cáceres Corrales.

Sentencia de mayo 15 de 1992, Exp. 5326, Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

Sentencia de junio 16 de 1997, Exp. 10882, Ponente: Dr. Juan de Dios Montes. Si bien contra este fallo está pendiente resolverse un recurso extraordinario de súplica de conformidad con el art. 130 del C.C.A., antes de la reforma de la ley 446 de 1998, la tesis expuesta en la providencia recurrida, según la cual, la justicia arbitral no puede juzgar ni la legalidad de los actos administrativos, ni la de sus efectos, no fue materia de dicho recurso.

Exp. 7903, Actor. Cesar Enrique Caicedo L. Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Sentencia de febrero 23 del 2000, Exp. 16394, Ponente: Dr. German Rodríguez Villamizar.

Sentencia C-037 de enero 26 del 2000, Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Inicialmente, la vigencia de la ley 418 de 1997 era de dos años contados a partir de la fecha de su promulgación; luego, la ley 548 de diciembre 23 de 1999 prorrogó su vigencia por el término de tres años. Vale precisar que la ley 104 de 1993, derogada por la precitada ley 418 de 1997, consagraba similares causales de caducidad de los contratos estatales e igualmente disponía que la aplicación de la misma no "podrá ser sometida a conciliación o a decisión arbitral".

Si bien el procedimiento arbitral y la amigable composición previstos en el decreto 2279 de 1989, están destinadas a regular conflictos entre particulares, dichas estipulaciones se aplican a las actuaciones en donde intervenga como parte alguna entidad estatal, para dirimir controversias originadas en contratos estatales, puesto que dichas instituciones ya se encontraban establecidas con anterioridad y dicho decreto se limitó a retomarlas con el fin de reglamentarlas, como así lo expresó la Sala en diversos pronunciamientos. Cf. Sentencia de febrero 26 de 1988, Exp. 11477, Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández; sentencia de junio 17 de 1991, Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Madrid: 1992, 21º edición, p. 1425.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de febrero 22 de 1971.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre 3 de 1974, CXLVIII, p. 274.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de noviembre 11 de 1993, Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

Según la jurisprudencia nacional, son tres los elementos específicos de la transacción, a saber: primero, la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; segundo, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme; tercero, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas. Cf. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de mayo 6 de 1966.

Cf. Sentencia de mayo 29 de 1969 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, Ponente: Dr. Luis Sarmiento Buitrago.

Sentencia de septiembre 29 de 1983, Rad. 1085, Ponente: Dr. Luis Carlos SÁCHICA.

Sentencia de enero 31 de 1985, Rad. 1242, Ponente: Dr. Carlos Medellín.

Sentencia de marzo 21 de 1991, Rad. 42, Ponente: Dr. Pedro Escobar Trujillo.

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

El control de constitucionalidad fue ejercido por la Corte Suprema de Justicia hasta cuando entró en funcionamiento la Corte Constitucional.

Cf. *Régler Autrement Les Conflits. Concliation, Transaction, Arbitrage en matière administrave". Conseil d'État, Sction du rapport el des études. Paris: La Documentation francaise. 1993.*

Ibidem p. 22.

Ibidem p. 51.

Ibidem p. 89 y 90.

Cf. HERNANDO DEVIS ECHANDIA. Compendio de Derecho Procesal Civil. El Proceso Civil Parte Especial, T. III, V. II. Santafé de Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 1994, p. 1169. En la doctrina extranjera el tratadista italiano ENRICO REDENTI expresa que la finalidad de dicho recurso "... es la de provocar un juicio de control a *posteriori*, mejor dicho a tergo (sic), sobre la existencia de los presupuestos y de los caracteres funcionales y formales que la ley exige para la eficacia y validez de los procedimientos y de las decisiones arbitrales...": Derecho Procesal Civil, T. III, cap. VI, num. 271.

Cf. CONSEJO DE ESTADO, sentencia de mayo 28 de 1987, Anales, Primer Semestre de 1987, Vol. II, p. 1993; sentencia de mayo 15 de 1992, Exp. 5326, Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, Anales, Abril-Junio de 1992, segunda parte, p. 332. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA: Sentencia de agosto 13 de 1998, Exp. 6903, Ponente: Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de febrero 21 de 1996, Exp. 5340, Ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Se reiteró el criterio expuesto en la sentencia N° 156 del 20 de junio de 1991.

Cf. JORGE HERNAN GIL ECHEVERRI. Nuevo Régimen de Arbitramento. Santafé de Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1999, p. 23 y s.s.

Ibid.

Ibid.

Ibid.

MARCO GERARDO MONROY CABRA. Arbitraje Comercial Nacional e Internacional. Santafé de Bogotá: Legis, segunda edición, 1998, p. 77.

Sentencia del 6 de septiembre de 1999 Expediente No. S-025.

Este criterio fue reiterado por la Sala en sentencia de octubre 7 de 1999, Exp. 12387.

Sentencia de febrero 23 de 2000, Exp. 16394, Ponente: Dr. German Rodríguez Villamizar.

Cfr. *Gaceta Judicial*, Tomo 137, No. 2338, p. 58 y ss.

Ibidem, P. 69.

Anales del Consejo de Estado, Segundo semestre de 1972, Nos. 435, 436, T. 83. P. 7 y ss.

Ibidem, p. 8 y 9.

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 utilizado 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 Civi*, Buenos Aires, Abelardo-Perrot, 1972. Tomo II *Jurisdicción y Competencia*, volumen A, *Teoría de la Jurisdicción*, nota 1, P. 510.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Comisión de Regulación de Comunicaciones
n.d.
Última actualización: 23 de enero de 2026

