

**ARBITRAJE SOBRE VALIDEZ DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL MARCO DE
LAS POTESTADES EXCEPCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN**

CLAUDIA MERCEDES AGUDELO SISTIVA

PABLO ANDRÉS CORREDOR GÓMEZ

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ DC

NOVIEMBRE 2018

**ARBITRAJE SOBRE VALIDEZ DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL MARCO DE
LAS POTESTADES EXCEPCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN**

CLAUDIA MERCEDES AGUDELO SISTIVA

PABLO ANDRÉS CORREDOR GÓMEZ

TRABAJO DE PROFUNDIZACIÓN

Director de trabajo de grado:

RICARDO VANEGAS BELTRÁN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ DC

NOVIEMBRE 2018

TABLA CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	4
1 competencia de los árbitros.....	8
1.1. Competencia de los árbitros para conocer de la legalidad de los actos administrativos contractuales expedidos en virtud de las facultades excepcionales.....	11
2. Actos Administrativos Contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales.....	13
3. Análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre los límites a las facultades del arbitraje.....	17
4. Análisis de la jurisprudencia más relevante en que se ha aplicado la regla de la interpretación restrictiva cuando se establece una excepción a una regla general.....	29
5. CONCLUSIONES.....	42
6. BIBLIOGRAFÍA.....	45

ARBITRAJE SOBRE VALIDEZ DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN EL MARCO DE LAS POTESTADES EXCEPCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN

INTRODUCCIÓN

El artículo 116 de la Constitución Política estableció que los particulares podrán ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad en los términos que determine la ley. En ese sentido, el arbitraje es un procedimiento jurisdiccional, mediante el cual las partes defieren la solución de una controversia a unos particulares denominados árbitros, quienes se encuentran transitoriamente investidos de la facultad de administrar justicia y proferir un laudo, el cual tendrá los mismos efectos jurídicos que una sentencia judicial.

De igual forma, el artículo primero de la Ley 1563 de 2012 *“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”* define el arbitraje como un *“mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.”*

Así las cosas, en la medida en que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, se entiende que la finalidad de esta jurisdicción contribuye a la descongestión, eficacia, celeridad y efectividad de la administración de justicia.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la facultad con la que cuentan los árbitros para administrar justicia tiene asidero en la Constitución Política y la ley, permitiendo que la justicia

arbitral pueda ser competente para conocer de cualquier asunto sometido a la jurisdicción ordinaria. Así lo prevé el legislador, partiendo del hecho de que los árbitros cuentan con los mismos poderes, deberes y facultades de un juez de la nación.

Ahora bien, a la hora de establecer la competencia por parte del Tribunal de arbitraje para resolver determinadas controversias, se hace necesario, además de verificar la capacidad de las partes y su debida representación, identificar si el asunto es susceptible de adelantarse ante la jurisdicción arbitral de conformidad con el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, que dispone que los árbitros tienen competencia para resolver “ (...) *asuntos de libre disposición, o aquellos que la ley autorice.*”

Así mismo, el artículo 1° dispone que “*En los Tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales el laudo deberá proferirse en derecho.*”

La referida norma no ha tenido una interpretación pacífica, en la medida en que durante muchos años su aplicación ha estado sujeta a la interpretación restrictiva de la Corte Constitucional mediante sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000, la cual ha sido reiterada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 10 de junio de 2009 (Expediente 36.252), toda vez que la Corte consideró que “(...) *los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias*”

Dicha interpretación restrictiva, ha sido acogida no solamente por las altas cortes sino por tribunales de arbitraje, los cuales durante los últimos años han declarado no tener competencia para conocer sobre la legalidad de aquellos actos administrativos proferidos en virtud de las facultades excepcionales, obligando a las partes a acudir simultáneamente a dos jurisdicciones (contenciosa y arbitral) para poder resolver todas las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación y liquidación de contratos estatales.

En esa medida, se ha entendido que “*la limitación*” que se le ha atribuido a la competencia de los jueces para conocer de dichos actos administrativos contractuales, se centra prácticamente en establecer si los mismos son o no transigibles, criterio que puede ser altamente cuestionado cuando se observa que dentro de la nueva ley estatutaria de administración de justicia, el artículo 13 le otorgó plena facultad a los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de todos los actos administrativos contractuales, y por lo tanto cualquier interpretación restrictiva del artículo 1º de la Ley 1563 no sería consonante con una norma de mayor jerarquía como lo es la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Teniendo en cuenta lo anterior, encontramos que la limitación sustentada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, puede generar problemas significativos para las partes, pues no solamente se encuentra en juego el principio de la eficiencia en la administración de justicia, sino que también se podría llegar a vulnerar el principio de seguridad jurídica, situación que deja en desventaja a cualquier persona que decida contratar con el Estado en una situación específica.

En ese orden de ideas, este trabajo pretende dar la posibilidad de una interpretación diferente a la señalada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en sus sentencias anteriormente mencionadas, aplicando otros criterios de interpretación utilizados de manera

reiterada por la jurisprudencia, armonizando el artículo primero de la Ley 1563 de 2012, con la Ley Estatutaria vigente.

Lo anterior se plantea, con la finalidad de plantear la posibilidad de que los árbitros puedan conocer no solo sobre las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, sino también respecto de la legalidad de los actos administrativos contractuales expedidos en virtud de las facultades excepciones.

I. COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS

En principio, es de precisar la competencia que la ley y la Constitución Política le han otorgado a los árbitros para conocer y resolver determinados asuntos, con el fin de contextualizar el problema que por medio del presente trabajo se pretende exponer.

El artículo 116 de la Constitución Política dispone que la justicia arbitral puede ser competente para conocer cualquier asunto sometido a los jueces ordinarios, asignando a los árbitros los mismos poderes, deberes y facultades de un juez de la nación al señalar que *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, 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.”*

Tal y como se mencionó al inicio de este trabajo, el arbitraje en Colombia es entendido como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, mediante el cual las partes habilitan a los árbitros para que sean estos los que solucionen sus controversias de acuerdo con la ley y la Constitución Política. De lo anterior se advierte que la facultad de administrar justicia es otorgada por la ley, y no por las partes.

En esa medida, para determinar la competencia con la que cuentan los árbitros, diferentes doctrinantes han señalado la necesidad de establecer factores subjetivos u objetivos para este fin.

Se entiende que el factor subjetivo se encuentra circunscrito a que las partes se encuentren debidamente capacitadas a la hora de acudir al arbitraje o que se encuentren representadas en debida forma. Respecto al factor objetivo, se ha señalado que el mismo se establece cuando se verifica que los asuntos sometidos a la decisión del tribunal de arbitraje son o no susceptibles a resolverse por esa vía.

Para efectos de este trabajo, estudiaremos el factor objetivo tomando como base lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, toda vez que dicha disposición limitó la competencia de los jueces para conocer de aquellos asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice, de la siguiente manera:

“El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá preferirse en derecho.” (Subrayado fuera del texto)

Del artículo anteriormente citado, se puede desprender que si bien el arbitraje, como regla general, recae sobre asuntos de libre disposición, existe la posibilidad de que sea el mismo legislador quien le otorgue al árbitro competencia para conocer sobre materias consideradas no disponibles, razón por la cual consideramos que podría existir la alternativa que la limitación establecida en dicho artículo sea replanteada.

La Corte Constitucional¹ ha señalado que, establecer si existe o no competencia por parte de los árbitros respecto de derechos transigibles, deja de ser un parámetro esencial a la hora de determinar la competencia, pues aquel quedó excluido con la modificación del artículo 13 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la cual estableció como único requisito para definir la competencia de los árbitros, “(...) los términos que señale la ley.”.

Tal y como lo señaló la Corte Constitucional, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en ningún momento delimitó la competencia de los árbitros esto es, únicamente cuando se esté frente a asuntos disponibles². Así las cosas consideramos el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, debería interpretarse en armonía con el artículo 13 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, toda vez que dicho precepto normativo prevalece sobre la el referido canon 1º de la Ley 1563, por considerarse una norma de mayor jerarquía.

¹ Corte Constitucional, sentencia C- 014 de 2010 del 20 de enero. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo: *“En suma, el arbitramento, la conciliación, la amigable composición y, en general, los mecanismos alternativos de solución de conflicto que surgen de la voluntad de las partes y cuyas decisiones o soluciones tienen efecto de cosa juzgada, tenían como límite de conocimiento los asuntos o materias transables o transigibles.*

3.2.3. Recientemente se expidió la Ley 1285 de 2009 “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”, que expresamente modificó el numeral 3 del artículo 13 de la Ley 270 de 1996. El nuevo texto vigente es el siguiente:

“Artículo 6º. Modifíquese el artículo 13 de la Ley 270 de 1996:

Artículo 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

...3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso”.

Con base en los límites establecidos en este nuevo parámetro estatutario, el legislador ordinario está facultado para determinar qué asuntos pueden ser competencia de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), incluyendo el arbitramento.”

² “Artículo 13. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: (...)

3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señala la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso.”

1.1. Competencia de los Árbitros para conocer respecto de la legalidad de los actos administrativos contractuales expedidos en virtud de las facultades excepcionales.

El artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, establece que *“En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.”* (Subrayado fuera del texto)

Dicho artículo ha sido interpretado por las altas cortes de manera restrictiva, interpretación que ha sido acogida por los tribunales de arbitraje de forma reiterada y que ha traído como consecuencia la concurrencia de dos jurisdicciones respecto de un mismo asunto, lo cual rayaría con el propósito de acudir a uno de los mecanismos de solución de conflictos, como lo es el arbitraje

De conformidad con el criterio adoptado por la Corte Constitucional en su sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000, la cual ha sido reiterada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 10 junio de 2009 (Expediente 36.252), los árbitros no son competentes para resolver sobre la legalidad de los actos administrativo contractuales que emite la entidad pública, en virtud de sus facultades excepciones, toda vez que, dicha colegiatura ha considerado que *“(…) los particulares, investidos de la facultad de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuando corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamiento sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias.”*

Esta posición de las altas cortes, ha limitado claramente la competencia de los árbitros para conocer de las controversias referidas a los efectos económicos de los actos administrativos de carácter contractual expedidos por las entidades estatales en ejercicio de las facultades excepcionales o exorbitantes, lo cual implicaría en la mayoría de los casos una división de causa llegando a ser más gravoso para alguna de las partes. Por lo anterior, en este punto entramos a cuestionarnos ¿Qué consecuencias surgen de la emisión de decisiones contradictorias entre la jurisdicción ordinaria y la arbitral?, ¿cuál de las dos decisiones prevalece?

Ahora bien, consideramos que el análisis que hace la Corte Constitucional y el Consejo de Estado del artículo en cuestión, además de ser bastante cuestionado por muchos doctrinantes, guarda un excesivo formalismo que no tiene relación alguna con la evolución doctrinaria de lo que hoy en día se entiende por jurisdicción, concepto que gracias al artículo 116 de la Constitución Política, desligó el concepto de juez ordinario y jurisdicción, dando la oportunidad de que tanto las autoridades administrativas como los particulares puedan administrar justicia en los casos expresamente regulados por la ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que la limitante a la competencia de los árbitros supeditada a la transigibilidad de los derechos, no puede seguir entendiéndose como una restricción en la competencia de los árbitros, pues tal como se viene desarrollando en el presente trabajo, el factor objetivo dejó de ser determinante a la hora de establecer la competencia.

II. ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES PROFERIDOS EN VIRTUD DE PODERES EXCEPCIONALES

Actualmente no es posible encontrar dentro del ordenamiento jurídico una definición clara de lo que se entiende por “acto administrativo”, sin embargo la jurisprudencia ha intentado establecer una definición para dicho concepto, señalando que el mismo es entendido como una manifestación unilateral de la administración pública o de un particular en ejercicio de sus funciones públicas, en cumplimiento de una función administrativa, que contiene una decisión expresada en la forma prevista en la ley, cuyos efectos jurídicos son vinculantes para crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones.

“El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la Administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados”. (Sentencia C- 1436 de 25 de octubre de 2000, Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra)

Los actos administrativos pueden ser clasificados, en actos generales o particulares. Los cuales según el Consejo de Estado se diferencian en el “(...) grado de indeterminación que tengan los sujetos destinatarios del mismo (...)” y señalando que “El acto singular o particular no necesariamente tiene un destinatario único, por cuanto puede ir dirigido tanto a una persona como a un grupo determinado de personas; en tanto que el acto general se expide siempre para un grupo indeterminado de personas a quienes se les crea, modifica o extingue una situación jurídica, dependiendo de las conductas o roles que ellas mismas asuman.” (Sentencia del Consejo de Estado

de fecha del 4 de marzo de 2010, Expediente: 2003-00360-01 (3875-03), Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón)

Ahora bien, el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo hace alusión al concepto de “*actos administrativos contractuales*” entendiéndolo como aquel que es expedido por la entidad pública contratante durante la ejecución, cumplimiento o liquidación del contrato en ejercicio de potestades o cláusulas excepcionales.

De acuerdo con la jurisprudencia nacional, las facultades o cláusulas excepcionales, también denominadas exorbitantes, son conocidas como aquellas con las que cuenta la administración pública dentro de la relación contractual, las cuales se expresan mediante la expedición del acto administrativo. De esa forma se generan efectos jurídicos vinculantes para crear, modificar, o extinguir derechos u obligaciones de forma general o particular, en donde la entidad puede declarar la caducidad del contrato, su terminación, su modificación e interpretación de forma unilateral, con el fin de salvaguardar el cumplimiento del objeto contractual y por supuesto el interés general.

Al respecto el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“En el ordenamiento jurídico colombiano las entidades públicas pueden pactar a su favor, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, algunas cláusulas excepcionales al derecho común, entre estas, las de “interpretación, modificación y terminación unilateral del contrato”, según lo establece la Ley 80 de 1993 (modificada por la Ley 1150 de 2007). Tales cláusulas poseen la característica esencial de que pueden ser ejecutadas de manera unilateral por la entidad que las pactó a su favor, lo que significa que no debe acudir a instancias judiciales para obtener el cumplimiento de la decisión ni, mucho menos, contar

con la aprobación de la otra parte contratante para hacerla efectiva. Así, pues, tal potestad de ejecución se encuentra reservada exclusivamente para las entidades estatales y, por tanto, sería inoperante su estipulación en los contratos que no se encuentren sometidos a las reglas dispuestas en el mencionado Estatuto General de la Contratación Estatal –Ley 80 de 1993–.” (Sentencia del Consejo de Estado, de fecha del 10 de noviembre de 2017, Sección Tercera, Subsección “A”; Consejero Ponente: Luz Amparo Pineda Stapper)

De conformidad con lo señalado en la sentencia citada, las facultades excepcionales tienen como fundamento lo establecido por la Ley 80 de 1993 en su artículo 14: *“Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:*

- 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2º de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.*

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2. *Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.*

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente. (...)”

Una vez identificados los actos administrativos que pueden ser expedidos en virtud de facultades excepcionales conviene preguntarse si existen fundamentos derivados del carácter excepcional que sirvan de fundamento a la limitación que se viene mencionando y que impide que los árbitros puedan pronunciarse sobre la legalidad de los mismos.

III. Análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre los límites a las facultades del arbitraje

La Corte Constitucional, en sentencia C- 1436 de 2000, realizó un examen de constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, los cuales establecen:

"Artículo 70.- DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA. 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.

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

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

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

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

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

“En el documento de compromiso que se suscriba se señalará la materia objeto de arbitramento, la designación de los árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos de los mismos.”³

La accionante en el proceso que dio origen a la sentencia de constitucionalidad citada, sustentó su solicitud en los siguientes términos:

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

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

Entonces, cuando los artículos 70 y 71 de la ley 80, permiten a los particulares, en condiciones de árbitros, pronunciarse incluso sobre los actos administrativos

³ Ley 80 de 1993. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

contractuales, proferidos en uso de las facultades exorbitantes de la administración, se violan los artículos 29, 236, 237 y 238 de la Carta.”⁴

Si bien, las intervenciones realizadas por ciudadanos y el concepto del Procurador General de la Nación están encaminadas a la declaración de exequibilidad total de las normas demandadas, la Corte Constitucional determinó, lo siguiente:

*“Declárense **EXEQUIBLES** los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.”⁵*

Para tomar dicha decisión la Corte Constitucional analizó en primera medida, la naturaleza del arbitraje, en donde determinó que los árbitros ejercen la función de administrar justicia, de manera transitoria y serán competentes para resolver los conflictos que las partes de común acuerdo les encomienden.

Desde el punto de vista de la Corte Constitucional, la transitoriedad de la función de administrar justicia para los árbitros, es crucial para imponer un límite en su competencia.

La Corte sobre este asunto determinó que:

“Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000. Magistrado Ponente, Alfredo Beltrán Sierra.

⁵ *Ibíd*em

fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna.”⁶

Concluyó que, si bien los árbitros son autoridades jurisdiccionales transitorias, hay materias que al no ser transigibles escapan de su conocimiento y solo el juez administrativo puede ser quien resuelva sobre la legalidad de los actos de la administración.

La Corte resume sus argumentos de la siguiente manera:

“En este orden de ideas, las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, pues si bien los mencionados actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables, tienen implicaciones de

⁶ *Ibíd*em

carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto éste que no se puede desconocer y que sería la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista. Este análisis, entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces.”⁷

La Corte Constitucional reconoció que los árbitros están habilitados por la Constitución Política para administrar justicia en los términos que determine la ley, pero no pueden conocer de la legalidad de los actos administrativos por dos razones fundamentales.

La primera, porque el tribunal de arbitramento ejerce competencia por un tiempo determinado, es decir sus competencias son transitorias, lo cual implica que los árbitros no tienen

⁷ *Ibíd*em

facultades para modificar aquellas normas que conforman el ordenamiento jurídico que sean de orden público, pues sus efectos no pueden ser mayores a sus competencias.

La segunda, en que la jurisdicción arbitral solo conoce de conflictos que versen sobre derechos transigibles. Al respecto la Corte señaló que los actos administrativos expedidos en virtud de facultades excepcionales son de orden público, y que sobre estos los tribunales de arbitraje no pueden decidir, siendo el juez administrativo el competente para pronunciarse sobre la legalidad de dichos actos administrativos.

La Corte se refiere a este tema en los siguientes términos:

“En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna.”⁸

Sobre la transigibilidad de los derechos como elemento esencial para determinar la competencia del tribunal de arbitraje, la Corte realiza un análisis sobre los efectos patrimoniales que se desprendan de los actos administrativos proferidos en razón a las potestades excepcionales, de la siguiente manera:

⁸ Ibídem

“Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.”⁹

Teniendo en cuenta los argumentos anteriormente esbozados, la Corte Constitucional resolvió declarar la exequibilidad condicionada, mencionada anteriormente.

Ahora bien, esta sentencia cuenta con dos salvamentos de votos realizados por el entonces magistrado Álvaro Tafur Galvis y por la magistrada Cristina Pardo Schlesinger. Y será sobre este segundo salvamento de voto, sobre el cual nos enfocaremos, al contener un análisis diferente al efectuado por la posición mayoritaria expresada en dicha sentencia.

⁹ Ibidem

En el salvamento de voto, la Magistrada Pardo, estudió los límites del tribunal de arbitraje, en donde consideró que, si bien el tribunal solo es competente para conocer sobre asuntos transigibles, también puede llegar a conocer sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos expedidos en virtud de las potestades excepcionales, de la siguiente manera:

“En el caso de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las llamadas cláusulas exorbitantes, resulta evidente que la Administración no puede renunciar al ejercicio de las facultades excepcionales para proferirlos, pues ellas las ostenta por razones que tocan con el interés general. Pero los derechos que adquiere en virtud del ejercicio de dichos poderes, son cosa distinta de los poderes mismos, y ellos sí pueden ser renunciados. Tan es así, que la misma Administración, por fuera del supuesto del pacto arbitral, podría revocar unilateralmente dichos actos, y así renunciar a los derechos que en virtud de ellos hubiera podido adquirir la Administración.”¹⁰

El análisis que planteó el salvamento de voto, fue determinar las materias transigibles sobre las que el Tribunal se puede pronunciar. La facultad de ejercer las potestades excepcionales, es de orden público, es decir que las partes no podrían someter a tribunal de arbitraje la legalidad de la potestad misma, en otros términos, que de existir una cláusula en el contrato que impidiera la declaratoria de caducidad, tendría que ser el juez administrativo quien decidiera la controversia.

Por otra parte, el mismo salvamento identificó que los derechos derivados de estas potestades excepcionales podrían ser disponibles, porque ellos pueden ser renunciados por la administración.

En conclusión y en aras de dar claridad, el salvamento de voto establece diferencia entre la facultad con la que cuenta la administración de ejercer potestades excepcionales en cualquier

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000. Magistrado Ponente, Alfredo Beltrán Sierra. Salvamento de Voto, magistrada encargada Cristina Pardo Schlesinger.

momento de la etapa contractual y, los derechos que la administración adquiere por el ejercicio de estas potestades excepcionales.

Sobre lo primero, en el salvamento consideró que estas potestades son de orden público y que no pueden ser alteradas por el tribunal de arbitraje. Sobre lo segundo, entiende que los efectos derivados del uso de las potestades excepcionales, es decir aquellos derechos adquiridos por la administración, si son disponibles, en la medida en que su titular puede renunciar a ellos.

Esta posición es contraria a la postura asumida mayoritariamente por la Corte Constitucional, la cual determinó que lo único que es transigible y por ende, de competencia del tribunal de arbitraje, son los efectos económicos de los actos administrativos generados en virtud de las potestades excepcionales, pero no la legalidad misma de los actos.

La posición asumida por la Corte Constitucional generó que el Consejo de Estado, en sentencia del 10 de junio de 2009¹¹, se pronunciara con una interpretación similar al resolver el recurso de anulación en el proceso conformado por el Consorcio Porvenir e INCODER.

Las partes el 29 de diciembre de 2003, celebraron un contrato de obra pública cuyo objeto era la construcción del distrito de irrigación en pequeña escala “El Porvenir”. Ante una serie de incumplimientos de ambas partes, el Consorcio solicitó acudir a los mecanismos de solución de conflictos existentes en el contrato a lo que INCODER respondió liquidando unilateralmente el contrato.

En el marco de la jurisdicción arbitral, el tribunal encontró responsable al INCODER de una serie de hechos que comprometieron la terminación de la obra contratada, como el correcto

¹¹ Sentencia del Consejo de Estado, sección tercera, radicado 11001032600020090000100 del 10 de junio de 2009, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

desarrollo de la misma. En virtud de esta determinación la entidad del Estado, presentó recurso extraordinario de anulación al considerar, entre otras la inexistencia del pacto arbitral, toda vez que este dependía de una condición suspensiva, la falta de competencia del Tribunal, toda vez que conoció y decidió sobre asuntos no deferidos a la justicia arbitral. Así mismo, por incongruencia del laudo, toda vez que el Tribunal se dejó de pronunciar sobre circunstancias aducidas por la entidad.

El Consejo de Estado, luego de negar la mayoría de justificaciones y consideraciones realizadas por el recurrente, se detuvo en determinar si el Tribunal de Arbitraje tenía competencia para pronunciarse sobre actos administrativos contractuales en firme y si podía revocar lo contemplado en ellos, centrándose en determinar si este último había extralimitado su competencia. Por tal razón, declaró parcialmente fundado el recurso extraordinario de anulación.

Para el Consejo de Estado, los actos administrativos contractuales se deben dividir en dos clases, por un lado, aquellos que tienen origen en el artículo 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993, es decir los que ejecuten alguna de las facultades excepcionales que el Estado posee, y por otro lado, están aquellos actos administrativos contractuales que se expiden para el correcto ejercicio de la actividad contratada.

El Consejo de Estado considera que, sobre este segundo grupo, el tribunal de arbitraje tiene plenas facultades para decidir sobre su validez. En cuanto al primer grupo de actos administrativos contractuales, en la misma línea del análisis que en años anteriores hiciera la Corte Constitucional -cuando decidió sobre la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993-, concluyó que esos actos administrativos de carácter excepcional, no son transigibles y por ende, de acuerdo con la Constitución Política, el juez natural para juzgar la validez o no de estos es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En virtud de ese análisis, el Consejo de Estado concluyó lo siguiente:

“A partir de lo expuesto y con base en las argumentaciones que aquí se han desarrollado, la Sala modifica la tesis que ha venido sosteniendo jurisprudencialmente para sostener entonces que con excepción de los actos administrativos que sean proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 - a los cuales la Corte Constitucional circunscribió el condicionamiento del cual hizo pender la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993-, todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del Estado - independientemente de que en la concepción de la mayoría de esta Corporación, según ya se explicó ampliamente, esos otros actos administrativos contractuales también puedan considerarse como especies del género de los poderes o cláusulas excepcionales o exorbitantes- bien pueden ser sometidos al conocimiento de la denominada justicia arbitral en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la validez y los efectos de los mismos.

Naturalmente esta conclusión tiene que aparejarse con la anotación adicional, que le resulta inescindible, de que al ejercer las funciones judiciales que en relación con los actos administrativos contractuales distintos de los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, les autorizan la Constitución Política y las normas legales vigentes, los árbitros debidamente habilitados para ello por las partes no podrán, en evento alguno, suspender provisionalmente los efectos de tales actos administrativos contractuales, puesto que, de conformidad con los dictados del artículo 238 de la Carta, esa competencia

la reservó el Constituyente de 1991 a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de la cual no forman parte los jueces particulares (árbitros). ”¹²

Esta sentencia, dio aplicación en concreto a lo decidido por la Corte Constitucional en su evaluación de constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993.

¹² *Ibíd.*

IV. Análisis de la jurisprudencia más relevante en que se ha aplicado la regla de la interpretación restrictiva cuando se establece una excepción a una regla general.

Luego del análisis de la sentencia C – 1436 de 2000 de la Corte Constitucional, es importante revisar que la jurisprudencia ha establecido que las normas que contienen una excepción, deben ser aplicadas con un criterio restrictivo.

Hecho lo anterior, volveremos al específico caso de la restricción que hemos comentado sobre la competencia de los árbitros con respecto a los actos administrativos de carácter excepcional con el fin de determinar si tal restricción se ha aplicado de manera coherente, con la jurisprudencia que establece una interpretación restrictiva a las normas exceptivas.

Para acometer el estudio, puede afirmarse que jurisprudencia de las altas cortes ha implementado de manera sistemática, un criterio de interpretación normativo según el cual el alcance que se le dé a una norma que plantea una excepción a la regla general, debe ser restrictivo, con un criterio taxativo y literal al contenido de la excepción.

Este criterio de interpretación restrictiva de la norma exceptiva, ha sido implementado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en múltiples oportunidades y en distintas materias; como por ejemplo en interpretación de normas laborales, fiscales, en las que se desarrollan derechos fundamentales, en materia de contratación tanto privada como estatal, entre otros ejemplos.

A continuación, procederemos a revisar algunos de los casos más relevantes en donde la autoridad judicial ha aplicado dicha herramienta interpretativa, para contrastarla con la interpretación dada a los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993 y al artículo primero de la ley 1563 de 2012, en sentencia C-1436 de 2000 y sentencia del 10 de junio de 2009, expediente No. 36.252.

Si bien las sentencias referidas son anteriores a la ley que consagra el estatuto de arbitraje nacional e internacional, su alcance le es aplicable, toda vez que el artículo primero de dicha ley, es acorde a lo consagrado en el Decreto 2279 de 1989¹³ y demás normas anteriores que regularon la materia.

El primer antecedente que revisaremos es la sentencia del 21 de febrero de 1986 del Consejo de Estado¹⁴, Sección Tercera. En esta sentencia se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, órgano que resolvió la demanda presentada por la firma Inexpa Ltda en contra de la Gobernación de Cundinamarca. Las partes celebraron un contrato de obra en donde Inexpa Ltda debía pavimentar la vía El triunfo – Viotá. La Gobernación tomó la decisión de declarar el incumplimiento del contrato, haciendo exigible la garantía de cumplimiento y ordenó la liquidación del contrato.

La discusión a lo largo de este proceso judicial giró en torno a la posibilidad que tenía la Gobernación de hacer extensivo la condición de “orden público” para recurrir a la terminación unilateral del contrato. Tanto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca como el Consejo de Estado, estuvieron de acuerdo en su alcance e interpretación, así lo definió el Consejo de Estado en esta oportunidad:

“Como ya se indicó el poder exorbitante de terminación unilateral por razones de orden público es de interpretación restrictiva por corresponder a reglas de excepción y por lo

¹³ Decreto 2279 de 1989, “Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 39.012 del 7 de octubre de 1989.

¹⁴ Sentencia del Consejo de Estado, sección tercera. Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo, del 21 de febrero de 1986. Sentencia No. 4550

mismo para que el uso de este formidable poder sea legítimo, es menester que concurran motivos de entidad suficiente como para extinguir el negocio jurídico.”¹⁵

Es decir que el Consejo de Estado, en esta oportunidad utilizó la regla de interpretación donde la norma exceptiva se debe interpretar restrictivamente.

El segundo caso, es la sentencia de constitucionalidad No. 473 de 1994 de la Corte Constitucional,¹⁶. En esta oportunidad la Corte Constitucional se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de los artículos 416, 430 y 450 del Código Sustantivo del Trabajo.

La discusión en este escenario jurídico, radica en la discusión planteada que existe entre las normas acusadas y el artículo 56 de la Constitución Política. El actor argumentó que las disposiciones del código sustantivo del trabajo vulneran el derecho a la huelga consagrado en la Constitución Política, toda vez que excluye a todo aquel que realice un servicio público, cuando lo que la Constitución y la doctrina mantienen es que la única limitación, es para aquellos que realicen un servicio público esencial, es decir no puede aplicar la restricción sobre el género sino únicamente sobre la especie.

A la hora de resolver esta materia la Corte Constitucional realiza la siguiente afirmación:

“La lectura de la norma muestra que ella consagra un principio general y una limitación a tal principio. En efecto, de un lado, el artículo reconoce y garantiza la huelga mientras que, de otro lado, señala que este derecho no está constitucionalmente garantizado en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. Este análisis estructural de la

¹⁵ *Ibíd*em

¹⁶ Sentencia Corte Constitucional C-473 del 27 de octubre de 1994. Magistrado Ponente, Alejandro Martínez Caballero. Demanda No. D-565.

norma tiene una gran importancia hermenéutica, ya que la excepción a la garantía constitucional de un derecho debe ser siempre interpretada de manera restrictiva, a fin de que ella sea lo menos gravosa posible. De lo contrario, se corre el riesgo no sólo de convertir la excepción en regla sino, además, se puede eliminar toda eficacia normativa a la consagración constitucional del derecho, contrariando con ello el principio hermenéutico de la "in dubio pro libertate", el cual se desprende naturalmente de los artículos 2º y 5º de la Constitución.”¹⁷

Bajo esta línea interpretativa la Corte Constitucional declaró exequible los artículos demandados, siempre que se interpreten de acuerdo a lo establecido en el artículo 56 de la Constitución Política, es decir que la limitación al derecho de huelga solo será sobre aquellos que desarrollen servicios públicos esenciales y no para todo aquel que desarrolle un servicio público, es decir que la interpretación correcta de la norma debe ser restrictiva por tratarse de una norma exceptiva.

El tercer ejemplo, es la sentencia 2824¹⁸ del 11 de octubre de 1994, del Consejo de Estado. En dicha sentencia, el Consejo de Estado se dispuso a resolver en única instancia la demanda de nulidad presentada en contra del numeral primero del capítulo de inhabilidades e incompatibilidades del revisor fiscal de la Circular Externa No. 008 del 30 de diciembre de 1993 del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, dirigido a los revisores fiscales de dicha entidad.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Sentencia Consejo de Estado, Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Yesid Rojas Serrano, del 11 de octubre de 1994. Sentencia No. 2824.

Según el actor la norma demandada vulnera el artículo 113 y 150 de la Constitución Política, por el hecho de regular las inhabilidades e incompatibilidades por medio de una circular, cuando se debe hacer por medio de una ley. Así mismo, establece que dichas limitaciones desconocen las leyes de la época que regulaban la materia toda vez que se impone una inhabilidad no consagrada por el legislativo para el cargo de revisor fiscal, pero sí para los contadores públicos en el ejercicio ordinario de sus funciones.

Sobre esta interpretación amplia de la norma restrictiva del régimen del contador público, el Consejo de Estado determinó lo siguiente:

“Empero, esta inhabilidad consagrada en el Código de Comercio no puede hacerse extensiva a las cooperativas, no solamente porque ha sido establecida para otra clase de sociedades dentro de un estatuto particular y específico diferente al consagrado para aquellas organizaciones, sino porque implica una excepción y como tal es la interpretación restrictiva.”¹⁹

En virtud de la interpretación restrictiva de norma exceptiva, el Consejo de Estado, resolvió en este caso declarar la nulidad del numeral primero del capítulo de inhabilidades e incompatibilidades de la Circular Externa No. 008 del 30 de diciembre de 1993.

El siguiente ejemplo es la sentencia de constitucionalidad No. 158²⁰ del 19 de marzo de 1997 de la Corte Constitucional, donde el magistrado ponente el doctor Vladimiro Naranjo Mesa, debió resolver la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 13 numeral 4 de la Ley 223 de 1995.

¹⁹ Ibídem.

²⁰ Sentencia Corte Constitucional C-158 del 19 de marzo de 1997. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Demanda No. 1439.

La actora argumentó que la norma demandada vulnera el artículo 158 de la Constitución Política, toda vez que se desconoce el principio de unidad de materia legislativa, es decir, que la ley debe guardar una coherencia entre sus artículos y acorde a la materia que se encuentran regulando. Para la actora la disposición demandada regulaba la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas en cilindros, cuando la ley en general reglamenta asuntos tributarios y fiscales.

La accionante argumentó también, que el contenido del artículo 13 se centra en las exoneraciones aplicables al impuesto del valor agregado (IVA), por lo que no era la oportunidad ni el medio para entrar a definir el servicio público domiciliario de suministro de gas en cilindros.

Para la Corte Constitucional, los argumentos de la accionante no son de recibo toda vez que encuentran oportuno que la ley de reforma tributaria, se encargara de exonerar de impuesto a las ventas a ciertos servicios públicos domiciliarios, incluso entrando a definir de manera muy clara esos escenarios de exención tributaria.

Al respecto la Corte afirmó que:

“Siendo la norma demandada una norma de carácter exceptivo, es de interpretación restrictiva, por lo cual debe enumerar y mencionar en forma muy precisa los eventos que quedan por fuera de la regla general. Así pues, por razones de técnica legislativa, se imponía al legislador ser muy claro, nombrando específicamente los casos exceptuados, y por ello se mencionan expresamente y de manera separada, los servicios públicos domiciliarios de distribución de gas por tubería y de distribución de gas en cilindros.”²¹

²¹ *Ibídem.*

La afirmación de la Corte tiene toda relevancia, pues definió que la ley exceptiva debe ser clara y precisa, pues son solo los casos que ella menciona a los que se le deben dar aplicación, es decir que en este caso en concreto si la norma hubiese guardado silencio sobre el servicio público domiciliario de distribución de gas por cilindros, se le hubiese gravado con IVA.

Siguiendo la línea casuística planteada, es turno de revisar la sentencia de constitucional No. 415 de 2002 de la Corte Constitucional²², donde se debate la constitucionalidad del inciso tercero del artículo 148 de la Ley 446 de 1998 modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999. La norma demandada regula el procedimiento que se debe surtir cuando se interponga recurso de apelación a la decisión que en ejercicio de funciones jurisdiccionales expide una Superintendencia, el problema radica concretamente, en que la norma demandada dispone que el recurso de apelación contra fallo definitivo procede ante la misma Superintendencia.

Para la actora, dicha disposición viola el derecho al debido proceso y al de la igualdad, pues considera que en estos casos quien falle en segunda instancia el recurso de apelación no será un servidor independiente y autónomo.

La Corte Constitucional para resolver el problema jurídico que la actora le presenta, acude a las reglas de la interpretación para determinar la finalidad de la norma, objeto de análisis. Al respecto la Corte afirma lo siguiente:

“Las normas de excepción y los fines con los cuales éstas han sido consagradas, deben ser interpretadas restrictivamente. Si el deseo del Constituyente es que por regla general administre justicia la rama judicial, la interpretación teleológica de una norma de acuerdo con la Constitución debe buscar satisfacer primero dicho objetivo. Esto quiere

²² Sentencia de la Corte Constitucional C-415 del 28 de mayo de 2002. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett. Demanda No. 3678.

decir que, en caso de duda frente a una facultad jurisdiccional otorgada a una autoridad administrativa, debe interpretarse que la facultad para conocer de ese asunto radica en las autoridades judiciales de acuerdo con las reglas generales de competencia.”²³

Tratando de entender lo establecido por la Corte, podemos afirmar que la norma exceptiva debe ser muy clara y precisa en su redacción para poder ser aplicada de acuerdo a los intereses del legislador, de lo contrario es la regla general la que deberá aplicar.

En virtud de este argumento, la Corte Constitucional resuelve declarar la exequibilidad condicionada de la norma en el entendido de que el recurso de apelación interpuesto contra el fallo definitivo lo debe conocer la autoridad judicial, de acuerdo a la regla general que opera en el ordenamiento jurídico colombiano.

Siguiendo este análisis, es menester revisar la sentencia de constitucionalidad de la Corte Constitucional número C-095 de 2003²⁴. La norma demandada era el numeral 6 del artículo 45 del Decreto Ley 267 de 2000, decreto ley que estableció la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República y el numeral demandado, establecía como función de la oficina de control disciplinario, la de sustanciar los fallos de segunda instancia de los procesos de responsabilidad disciplinaria.

Para los actores, dicha norma es inconstitucional porque vulnera el debido proceso, pues la norma establece que la misma oficina que fallo en primera instancia el proceso disciplinario, sea la encargada de sustanciarle al Contralor General de la República el fallo de segunda instancia,

²³ *Ibíd.*

²⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-095 del 11 de febrero de 2003. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Demanda No. 4172.

vulnerando entre otros además del debido proceso, los derechos a la doble instancia, la imparcialidad del juez y del de defensa.

La Corte Constitucional, luego de un análisis detallado de los argumentos expuestos por los actores, por la Contraloría General de la República como interviniente en el proceso y por lo dicho en el concepto de la Procuraduría General de la Nación, estableció la exequibilidad de la norma acusada, en el sentido de entender que los funcionarios de la oficina de control disciplinado que conocieron en primera instancia no podrán sustanciar los fallos de segunda.

Sobre este análisis adelantado por la Corte, encontramos importante resaltar lo siguiente:

“En este orden de ideas, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, las normas que introducen excepciones a los derechos fundamentales son de interpretación restrictiva, pues la propia Constitución Política les reconoce un orden preferente al darles primacía sobre el resto de disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico (artículos 5° y 93 C.P), a la vez que su protección, vigencia y salvaguarda constituye un fin esencial del Estado.”²⁵

Como se puede ver, la Corte Constitucional nuevamente aplica la regla de interpretación que establece que la norma exceptiva se debe interpretar de manera restrictiva.

A continuación, estudiaremos la sentencia de constitucionalidad C-1029 de 2004²⁶, que resolvió la demandan de inconstitucionalidad en contra del artículo 1068, numeral 15 del Código Civil.

²⁵ Ibídem.

²⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-1029 del 21 de octubre de 2004. Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra. Demanda No. 5186.

La norma anteriormente citada, establece que no podrán ser testigos de un testamento solemne, aquel que guarde un grado de parentesco con otro de los testigos. Para el actor dicha norma vulnera el principio de la buena fe, pues la norma no es clara y no dice nada al respecto sobre aquella pareja que haya contraído matrimonio, pues algunos jueces han considerado que de ese vínculo se desprende alguna clase de parentesco.

La Corte Constitucional, revisa la condición y los motivos por los cuales se predica dicha inhabilidad, a lo cual afirma lo siguiente:

“Ahora, no sobra recordar que las inhabilidades son impedimentos establecidos por la Constitución o la ley, que restringen el ejercicio de ciertos derechos, en este caso el de actuar como testigo en un acto solemne como lo es el testamento. Por ello, su interpretación es restrictiva de suerte que no puede darse aplicación extensiva a casos o personas que no se encuentren dentro de las inhabilidades estrictamente establecidas en la ley.”²⁷

Para la Corte Constitucional, las inhabilidades consagradas por el legislador en la norma acusada son claras y tienen una finalidad determinada, por lo que su aplicación es precisa en el grupo de personas a las que se dirige. Aunado a eso la Corte vuelve a reparar el método de interpretación de una norma exceptiva, en el sentido de que esta debe ser interpretada de manera restrictiva para lograr cumplir su finalidad.

Por último, este análisis de jurisprudencia pretende agregar dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, en donde se es aplicado el mismo criterio de

²⁷ Ibídem.

interpretación normativa que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han venido aplicando sobre las normas exceptivas, como hemos podido revisar en estas páginas.

Siendo esto así, es turno de revisar la sentencia de la sala de casación civil, de la Corte Suprema de Justicia²⁸, donde revisó si el juez que fallo en segunda instancia, determinó correctamente el alcance de la figura de la afectación a vivienda familiar con los alcances de haber consagrado la actora una hipoteca indeterminada sobre este bien.

Para la Corte, el bien inmueble estaba protegido por la figura de afectación a vivienda familiar, institución que opera por ministerio de la ley, y que cualquier gravamen que este bien soportara, debía ser con consentimiento expreso de los padres que conformaban ese hogar, so pena de nulidad.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, afirmó lo siguiente:

“La invalidez, por consiguiente, constituye una modalidad de ineficacia entendida en sentido general, una sanción o reacción al acto contrario a los dictados del ordenamiento, comprende la nulidad absoluta y relativa (anulabilidad), destruye, resta, merma o disminuye íntegros o algunos efectos del negocio jurídico, restituye las cosas al statu quo antiguo, siendo total o sólo de la parte afectada no esencial si parcial, deshaciendo los efectos producidos e impidiendo la generación de los pendientes, se previene en texto expreso de la ley (numerus clausus) y como toda sanción es restrictiva, limitada y de estricta aplicación, excluyendo la analogía iuris o legis y la interpretación amplia y extensiva a casos análogos, conexos o próximos.”²⁹

²⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente William Namén Vargas, del 1 de julio de 2008. Expediente 2001-00803-01.

²⁹ *Ibíd.*

Es decir, que para la Corte la hipoteca que gravó el bien inmueble protegido es inválida y los efectos de esto se encuentran consagrados en la ley, pero su alcance es restrictivo pues es una norma exceptiva que además establece una sanción, por lo que no se puede aplicar a casos parecidos, sino únicamente los que el Legislativo o el Constituyente hayan establecido.

Por último y en aras de dar por concluida esta etapa analítica que hemos desarrollado sobre distintas sentencias proferidas por las altas cortes, es tiempo de revisar otra sentencia de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, debe revisar el recurso de casación contra sentencia que profiera el Tribunal Superior del Distrito de Judicial, quien resolviera en segunda instancia, la demanda presentada por la empresa Sociedad Comercial Mayoritaria de Granos Ltda. contra la Sociedad Grasas S.A., por un posible incumplimiento en un contrato de suministro de frijol soya.

En dicha sentencia se analizan distintas figuras procesales de acuerdo a los cuatro cargos que el recurrente presenta en la demanda de casación, sin embargo, el análisis de la Corte Suprema de Justicia, estableció que sí existió un incumplimiento contractual por parte de la empresa Sociedad Grasas S.A.

Llama la atención para este estudio, la siguiente argumentación presentada por la Corte al interior de esta sentencia:

“Las dos primeras hipótesis, señaladas expresamente por los numerales 1o. y 2o. del artículo 1608 del Código Civil, son anteriores al incumplimiento de la obligación, en tanto que la reconvencción judicial surge con posterioridad a la celebración del contrato y, es la regla general para constituir en mora al deudor. De manera pues que el vencimiento del plazo o la naturaleza misma del objeto de la obligación (numerales 1o. y 2o., Art. 1608, C.C.), son de carácter exceptivo, de interpretación estricta y restringida,

en tanto que la regla general será la de la interpelación judicial al deudor (numeral 3o., norma citada). ”³⁰

Nuevamente la jurisprudencia de esta Corporación, permite definir que la regla de interpretación acertada sobre una norma exceptiva, es la restrictiva, es decir que solo podrá aplicar la excepción a los casos concretos y claramente expuestos por parte del Legislador o del Constituyente, de lo contrario se le estaría dando un alcance excesivo a una norma que no lo debe tener.

A manera breve de conclusión, se debe manifestar que tanto la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, de manera reiterativa y repetida han aplicado en un sinnúmero de casos el criterio de interpretación, que al comienzo se enunciaba, la interpretación restrictiva de norma exceptiva, como camino idóneo para darle el verdadero alcance a la norma que el Constituyente o el Legislativo previeron en su momento.

Este estudio detallado y juicioso sobre trece sentencias de las altas cortes, demuestran que los criterios de interpretación son los que la doctrina, la jurisprudencia y las leyes han definido de antaño y que estos deben acatarse como caminos seguros hacia la finalidad de la norma, por ende una interpretación contraria, no solo atenta contra los intereses y finalidades del Constituyente Primario y del Legislativo, sino que pone en entre dicho la congruencia del ordenamiento jurídico colombiano.

³⁰ *Ibíd.*

CONCLUSIONES

Como fue desarrollado a lo largo de este trabajo, el artículo 1° de la ley 1563, limitó la competencia de la jurisdicción arbitral *“para resolver asuntos de libre disposición, o aquellos que la ley autorice”*.

Sobre la limitación que se predica del factor objetivo, consideramos que, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional, la misma carece de fundamento, teniendo en cuenta que el legislador le otorgó a la jurisdicción arbitral competencia para dirimir controversias que versen sobre materias no disponibles.

Así mismo, consideramos que dicha ley debe ser interpretada de manera armónica con la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la cual en su artículo 13 eliminó el factor objetivo, como limitante a la competencia de la jurisdicción arbitral.

El artículo 1° de la ley 1563 en su último inciso, estableció:

“En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.”³¹

De la lectura del artículo, se puede interpretar que, al ser esta una norma exceptiva, la misma debe estar sujeta a una interpretación literal y taxativa, tal como lo estableció la jurisprudencia analizada en el presente trabajo.

³¹ Ley 1563 de 2012, artículo 1°.

El carácter exceptivo del aparte que se acaba de transcribir, se adopta para concluir que el laudo siempre deberá proferirse en derecho cuando en el tribunal de arbitraje, intervenga una autoridad pública o quien desempeñe funciones administrativas, cuando el conflicto haya surgido de diversos aspectos del contrato estatal, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en virtud de las facultades excepcionales.

La regla general es que las partes pueden pactar libremente si el laudo será en derecho, en equidad o técnico y, la excepción que se ha citado se restringe a cuando hay participación de una entidad estatal en el conflicto arbitral.

Si se aplicara el carácter restrictivo que hemos registrado en este trabajo, según reiterada jurisprudencia en diversos campos, debería entenderse que la única restricción que impone el último inciso del artículo 1° de la ley 1563, consiste justamente en que el laudo debe proferirse en derecho y no puede por lo tanto ser técnico ni en equidad.

Como resultado de dicha interpretación, la excepción no podría extenderse a restringir la competencia de los tribunales arbitrales, solo a los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, puesto que la mención de esos actos administrativos es uno de los varios aspectos que trae la norma para describir la participación de la entidad estatal y que lleva a concluir que el laudo debe proferirse en derecho pero no a establecer una limitación respecto a la competencia de los árbitros.

En nuestra opinión, si los tribunales de arbitramento aplicaran la línea jurisprudencial que se ha expuesto, deberían declararse competentes para conocer de la legalidad de los actos administrativos aun de aquellos derivados de las facultades del artículo 14 de la ley 80 de 1993 y, las salas civiles de los tribunales de distrito judicial y la sección tercera, deberían negar el recurso

de anulación fundado en la falta de competencia de los tribunales que se hubieran pronunciado sobre tales aspectos.

La sencilla reflexión que acabamos de proponer, impediría que al verse restringida la competencia de los árbitros con respecto a la legalidad de los actos administrativos de carácter excepcional, se generaran los indeseables efectos de que se puedan presentar decisiones contradictorias, como por ejemplo la negativa de la jurisdicción contencioso administrativa de anular un determinado acto administrativo, enfrentada a la de un tribunal de arbitramento que no obstante lo anterior decide eliminar los efectos económicos del mismo acto administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

1) Fuentes Legales:

- Ley 80 de 1993. “Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Diario Oficial No. 41.094 del 28 de octubre de 1993.
- Ley 270 de 1996. “Estatutaria de la Administración de Justicia”. Diario Oficial No. 42.745 del 15 de marzo de 1996.
- Ley 1563 de 2012. “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 48.489 del 12 de julio de 2012.
- Decreto 2279 de 1989, “Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial No. 39.012 del 7 de octubre de 1989

2) Fuentes jurisprudenciales:

- Sentencia del Consejo de Estado, sección tercera. Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo, del 21 de febrero de 1986. Sentencia No. 4550.
- Sentencia Corte Constitucional C-473 del 27 de octubre de 1994. Magistrado Ponente, Alejandro Martínez Caballero. Demanda No. D-565.
- Sentencia Consejo de Estado, Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Yesid Rojas Serrano, del 11 de octubre de 1994. Sentencia No. 2824.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil. Magistrado Ponente Pedro Lafont Pianetta del 10 de julio de 1995. Expediente 1995-4540.
- Sentencia Corte Constitucional C-158 del 19 de marzo de 1997. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. Demanda No. 1439.
- Sentencia de la Corte Constitucional. C-1436 de 2000. Magistrado Ponente. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. 25 de octubre de 2000.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-902 del 13 de febrero de 2002. Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería. Demanda No. 3644.

- Sentencia de la Corte Constitucional C-415 del 28 de mayo de 2002. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett. Demanda No. 3678.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-095 del 11 de febrero de 2003. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Demanda No. 4172.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-1029 del 21 de octubre de 2004. Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra. Demanda No. 5186.
- Sentencia de la Corte Constitucional C.734 del 14 de julio de 2005. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Demanda No. 5552.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-1230 del 29 de noviembre de 2005. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Demanda No. 5791.
- Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente William Namén Vargas, del 1 de julio de 2008. Expediente 2001-00803-01.
- Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero Ponente. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Expediente 36.252. 10 de junio de 2009.
- Sentencia de la Corte Constitucional C-014 del 20 de enero de 2010. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo. Demanda No. 7784.
- Concepto del Consejo de Estado, Sala de Consultas y Servicio Civil. Consejero Ponente César Hoyos Salazar. Radicado 1227 del 27 de octubre de 1999.

3) Fuentes doctrinales:

- FERNÁNDEZ Andrade, Vladimir. “Arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales”. Ed. Instituto Latinoamericano de Altos Estudios. Edición 2018.
- GIL Echeverry, Jorge Hernán. “Régimen Arbitral Colombiano. Ley 1563 de 2012”. Ed. Ibañez. Edición 2013.
- IBAGÓN Ibagón, Mónica Liliana. “Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia”. Ed. Universidad Externado de Colombia. Serie Derecho Administrativo 16. Edición julio de 2012.

- JEQUIER Lehedé, Eduardo. “La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Estado”. Revista Chilena de Derecho. 2013. Vol. 40. Págs.159-182.
- LEÓN Gil, Mónica Alejandra. “Arbitraje de Actos Administrativos Contractuales” Ed. Universidad Externado de Colombia. Edición septiembre de 2018.
- OPPETIT, Bruno. “Teoría del arbitraje”. Traducido por: Eduardo Silva Romero. Fabricio Mantilla Espinoza. José Joaquín Caicedo Demoulin. Ed. Legis.
- OROZCO Vanegas, Jesús David. “De las nulidades contractuales y el arbitramento en materia administrativa”. Revista de Derecho. 2003. Págs. 250-261.
- SOTO Coaguila, Carlos Alberto. “Tratado de Derecho Arbitral. El convenio Arbitral”. Tomo 1. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Colección Estudios.