

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causal 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 / CAUSAL 8 ARTICULO 163 DECRETO 1818 DE 1998 - Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido

El recurrente pretende la anulación del laudo por virtud de los siguientes cargos: A) Por considerar que el laudo recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, y B) Por estimar que el laudo concedió más de lo pedido. Para el recurrente la cláusula compromisoria solo entraba a regir si, como trámite previo, “el contratista hubiera enviado al INCODER, a través del interventor un memorando de reclamación en el que indicara sus reservas y los montos de las reclamaciones en relación con una orden, de ejecución de obra o de cualquier otra índole... relacionada con el contrato”, y que como en el presente caso no existe prueba que acredite el cumplimiento de tal condición, la habilitación del Tribunal no podía fundarse en dicha cláusula. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1530 del Código Civil, “Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no”; así mismo, que la condición es suspensiva “si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho” (art. 1536 del C.C.), todo lo cual trae como consecuencia, a voces del artículo 1542 de dicho Código, la imposibilidad de “exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente”. No es posible concluir, como lo pretende el recurrente, que en el presente caso la cláusula compromisoria haya sido sometida a condición suspensiva y menos aún que ésta consista en el hecho de haberse enviado al INCODER un memorando contentivo de alguna reclamación relacionada con el contrato. Lo anterior teniendo en cuenta, en primer lugar, que esa supuesta “condición” no alude en modo alguno a un hecho futuro, presupuesto legal esencial en esta clase de obligaciones, sino a la constatación de una circunstancia preexistente –que “el contratista hubiera enviado al INCODER, a través del interventor un memorando de reclamación en el que indicara sus reservas y los montos de las reclamaciones en relación con una orden, de ejecución de obra o de cualquier otra índole... relacionada con el contrato”–. Y en segundo término, porque tal suceso fue previsto en la cláusula 44 del Pliego de Condiciones –acápite alusivo a la Solución de Controversias–. No era la existencia de un memorando de reclamación el que daba paso a la justicia arbitral, evento que, a juicio del recurrente, se constituía en la condición suspensiva de la cláusula arbitral, sino la falta de respuesta al mismo o la inconformidad con la decisión allí contenida; los eventos indicados en la precitada cláusula tampoco dan lugar a entender la existencia de la aludida condición, en tanto que no aluden a eventos futuros de incierta ocurrencia, sino a simples requisitos o presupuestos, los cuales, como pasa a verse, no tienen la virtud de limitar o restringir el ejercicio de la competencia arbitral. En punto de los requisitos de procedibilidad condicionantes del acceso a la justicia arbitral, conviene recordar que las partes no pueden exigir el agotamiento de requisitos o instancias previas, con carácter de presupuestos procesales. En este orden de ideas se concluye que en el asunto que en este proceso ocupa la atención de la Sala, el Tribunal de Arbitramento sí contaba con habilitación para conocer de la controversia sometida a su consideración en la demanda arbitral, toda vez que la efectividad de la cláusula arbitral no pendía del acaecimiento de condición suspensiva alguna y, de otro lado, los requisitos señalados y acordados por las partes como trámites previos para acceder a la justicia arbitral en modo alguno pueden tener la virtualidad de restringir, limitar o afectar el ejercicio de dicha competencia.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO - Acto administrativo

En sentencia del 8 de junio de 2000 la Sala negó, de manera general, la competencia de los árbitros respecto de los actos administrativos. Seguidamente, frente a los “alcances y límites de la justicia arbitral en la Ley 80 de 1993”, se mantuvo en esencia ese mismo criterio considerando que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, la justicia arbitral debe operar en los términos que determine la ley. En sentencia del 23 de agosto de 2001 (Exp. 19.090) se mantuvo el criterio reseñado, esta vez con apoyo en lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, para señalar que ya con anterioridad a dicho pronunciamiento constitucional la Sala había advertido “sobre la incompetencia de la justicia arbitral para conocer sobre los actos administrativos que se expiden en desarrollo de la actividad contractual”; En idénticos términos se pronunció la Sala dentro del expediente 21.704 (de febrero 7 de 2002). Dentro del expediente No. 19.333 (Sentencia del 4 de julio de 2002), se afirmó igualmente que “no es posible someter a la decisión de árbitros el juzgamiento de actos administrativos”, entendiendo por tales las “expresiones de la administración” que “constituyen o contienen el uso de poderes y prerrogativas propias del Estado y, por tanto, exorbitantes de las facultades y derechos que se predicán respecto de las relaciones contractuales de los particulares”. Este criterio fue acogido por la Sala en sentencias del 9 de octubre de 2003 (Exp. 16.718) y 11 de marzo de 2004 (Exp. 25.021). Seguidamente, en la sentencia del 10 de marzo de 2005 (Exp. 27.946) la restricción al ejercicio de la competencia arbitral frente a los actos administrativos contractuales se estableció en los siguientes términos: “... las controversias presentadas en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos administrativos pueden ser sometidas al conocimiento de la justicia arbitral siempre y cuando no tengan que ver con los aspectos de legalidad de los actos administrativos materiales.” Al proferir la sentencia de agosto 29 de 2007 (Exp. 15.469) se insistió en que “el control de legalidad de los actos administrativos escapa al conocimiento de la justicia arbitral”. Dentro del expediente 36.644 (sentencia del 27 de marzo de 2008), con apoyo en la normatividad vigente, así como en los lineamientos expuestos por la Corte Constitucional sobre la materia, la Sala efectuó las siguientes precisiones respecto de la competencia de los jueces arbitrales para pronunciarse acerca de la legalidad de actos administrativos lo cual obviamente comportó una modulación significativa en relación con la postura uniforme y reiterada que hasta entonces se había sostenido, al señalar que: “En materia contractual se encuentran excluidos de la competencia de los árbitros i) los actos administrativos de contenido particular y concreto que se expidan en ejercicio de potestades o facultades excepcionales en los términos previstos por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-1436 de 2000 y ii) los actos administrativos de carácter general proferidos en desarrollo de la actividad contractual de la Administración. Podrán, en cambio, ponerse en conocimiento de los árbitros los actos administrativos contractuales de contenido particular que no provengan del ejercicio de facultades excepcionales, dado que respecto de tales actos se reconoce la capacidad dispositiva de las partes. Finalmente, las sentencias de octubre 15 (Exp. 35.483) y diciembre 3 de 2008 (Exp. 34.302) reiteraron in extenso los pronunciamientos efectuados por la Sala, limitando, en consecuencia, la competencia de la justicia arbitral al conocimiento de las controversias contractuales transigibles, criterio bajo el cual se excluye de ese ámbito el control jurídico de los actos administrativos expedidos por la Administración en ejercicio de las potestades exorbitantes que en materia de contratación le confiere la ley.

JUSTICIA ARBITRAL - Condiciones para su ejercicio / JUSTICIA ARBITRAL - La transigibilidad como exigencia legal

Se tiene que desde el punto de vista constitucional para que los árbitros – jueces privados– puedan administrar justicia se requiere que sean expresamente habilitados por las partes; que su competencia sea temporal y que proceda de conformidad con la ley. Corresponde entonces al legislador la definición de las competencias de la justicia arbitral y según se verifica, la ley no ha impuesto restricción alguna para su ejercicio, distinta al carácter transigible que deben caracterizar los asuntos sometidos a su conocimiento, así como la sujeción de sus actuaciones al procedimiento señalado para tal efecto. De conformidad con la ley (artículo 115 del Decreto 1818 de 1998), el arbitramento es un mecanismo para la solución de conflictos “de carácter transigible”, esto es aquellos frente a los cuales las partes “cuenten con capacidad dispositiva”. Es la misma ley la que de manera expresa atribuye a los actos administrativos de contenido particular el carácter de asuntos transigibles, disponibles si se quiere, pues no de otra manera se podría explicar la procedibilidad del mecanismo de la conciliación respecto de las cuestiones que jurisdiccionalmente estarían llamadas a tramitarse tanto por la vía de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (artículo 85 del C. C. A.), como por la misma Acción Contractual (artículo 87 del C.C.A.), previendo incluso que el acuerdo que sobre tales asuntos se logre determine para la entidad pública correspondiente la revocatoria directa, la cual como claramente se desprende del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, presupone la invalidez del respectivo acto. Por lo tanto, comoquiera que por expresa previsión legal los actos administrativos que se adopten en materia contractual son de carácter particular y de contenido económico, sin duda alguna se constituyen en asuntos transigibles.

ACTO ADMINISTRATIVO - Control de legalidad. Competencia / PODERES EXCEPCIONALES - Acto administrativo / SUSPENSION ACTOS ADMINISTRATIVOS - Incompetencia

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 (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. 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).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de junio de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00001-00(36252)

Actor: CONSORCIO PORVENIR

**Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL-
INCODER**

Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL

Procede la Sala a resolver el recurso de anulación interpuesto por el INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL - INCODER contra del laudo arbitral de 12 de noviembre de 2008, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido con el fin de dirimir las controversias surgidas entre dicha entidad y el CONSORCIO PORVENIR, con ocasión del Contrato de Obra Pública No. 072 de 2004.

I.- ANTECEDENTES.

1.- La demanda arbitral.

El día 29 de agosto de 2007 el CONSORCIO PORVENIR presentó, ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, demanda arbitral contra el INSTITUTO COLOMBIANO PARA EL DESARROLLO RURAL - INCODER, con el fin de obtener la constitución de un Tribunal de Arbitramento.¹

Por Auto del 21 de noviembre de 2007 el Tribunal de Arbitramento requirió a la parte convocante para que aportara la documentación relativa a la

¹ Folios 1 a 28 cuaderno No. 1 del expediente arbitral.

conformación del Consorcio Porvenir, así como los certificados de existencia y representación legal de las personas que lo integran. Así mismo, por auto del 30 de noviembre de 2007 el Tribunal de Arbitramento inadmitió la demanda a efectos de que se allegaran *“los poderes expedidos por los representantes legales de la sociedad y personas integrantes del consorcio convocante”*. Habiendo sido atendidos los mencionados requerimientos, la convocatoria arbitral fue admitida en Auto del 10 de diciembre de 2007.²

De conformidad con la documentación aportada, se puede establecer que el 14 de noviembre de 2003 los señores DORA NAHIR GARAY GUTIERREZ, JOSE ALVARO GALVIS PINTO y ABRAHAM ABRAJIM RODRIGUEZ en representación de Inversiones Gabra S.A., conformaron el CONSORCIO PORVENIR; así mismo que cada uno de los mencionados consorciados confirió poder para ser judicialmente representado en el respectivo trámite arbitral.

1.1.- Hechos.

Los hechos en que se fundó la demanda arbitral se resumen de la siguiente manera³:

- El 29 de diciembre de 2003 el INCODER y el Consorcio Porvenir suscribieron el contrato de obra pública SI-15-03-LP No. 72, cuyo objeto era la Construcción del Distrito de Irrigación en pequeña escala El Porvenir (Municipio de Fómeque - Cundinamarca).

- El 12 de febrero de 2004, *“la representante legal del Consorcio Porvenir envió un oficio a la Subgerente de Infraestructura y a la Directora de la Oficina jurídica del INCODER, poniendo de presente algunas irregularidades y solicitando algunas instrucciones para la normal ejecución del Contrato...”*

- El acta de inicio del contrato se suscribió el 3 de marzo de 2004 entre el interventor y el Consorcio Provenir, documento en el cual

“el contratista deja constancia [de que] “las modificaciones al diseño de las conducciones, deberá hacerlas la Interventoría de manera ordenada y de acuerdo con el programa de trabajo para evitar desviaciones del mismo”, de la necesidad de efectuar un rediseño de las conducciones, debido a las fallas en la información planimétrica y

² Folios 52 a 65 y 74 a 86 cuaderno principal No. 1 del expediente arbitral.

³ Folios 6 a 14 cuaderno principal No. 1 del expediente arbitral.

altimétrica, requerimientos que fueron hechos de manera reiterativa e infructuosa a lo largo de la ejecución del contrato.

La firma interventora no hizo entrega al contratista del rediseño completo, el cual estaba previsto para el inicio de la obra, limitándose a impartir instrucciones parciales e incompletas, lo que generó, por una parte, la imposibilidad para el Consorcio Porvenir de cumplir el programa de trabajo y de otra, la imposibilidad de obtener en la obra la continuidad necesaria para realizar las pruebas de carga de la tubería que se iban instalando, prueba exigida para la certificación conducente a los pagos parciales, lo que se tradujo en retrasos en los pagos por parte del INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL - INCODER.”

- Pese a que “los diseños entregados no correspondían a la topografía del terreno”, el Consorcio “inició a trabajar por tramos” y el 23 de abril de 2004 se dispuso, por parte del interventor, “la paralización de las obras” aduciendo que los diseños estaban siendo replanteados, para su modificación, por parte del INCODER.

- El 11 de mayo de 2004,

“el contratista Consorcio Porvenir reitera al Subgerente de Infraestructura del INCODER, la necesidad de la entrega de los diseños y precios aprobados para el tramo inicial hasta la cámara 4. así mismo, que no se ha entregado ubicación física de obra alguna, lo que conlleva una parálisis por incumplimiento de la entidad. En consecuencia, solicita la ampliación de plazo dada la inobservancia del INCODER de los términos pactados en el contrato 072 del 2003, y reclama una vez más el restablecimiento del equilibrio contractual.

El 12 de mayo de 2004, mediante comunicación N. 2004/2108/675, el subgerente de Infraestructura de INCODER dando respuesta al escrito presentado por el Consorcio Porvenir del 6 de mayo de 2004, señaló que los diseños debieron revisarse, completamente o ajustarse antes de darse la orden de iniciación.

(...)

El 31 de mayo de 2004, el contratista envía un oficio al interventor poniendo de presente la suspensión de las obras hasta tanto la entidad haga la entrega de los diseños definitivos, pues esto ha alterado el cumplimiento del programa en la obra. Solicita igualmente, se adopten las medidas jurídicas a fin de [que se proceda] con los pagos, teniendo en cuenta la orden de trabajar en actividades parciales.

(...)

El 22 de junio de 2004, el Consorcio Porvenir en escrito dirigido al Subgerente de Infraestructura del INCODER y al Interventor del contrato 903-2003, reiterando el incumplimiento por parte de la

entidad contratante, comoquiera que los diseños iniciales no se adaptaron a la realidad del terreno y que a la fecha no se hubieren entregado los diseños definitivos, lo cual solicita nuevamente. De otra parte, solicita el pago de las cuentas mensuales, la redefinición del cronograma, el balance del contrato y la necesaria modificación de éste.

(...)

El 15 de julio el Interventor envía al contratista, copia del acta de acuerdo 001/2004, en la cual se modifican las especificaciones técnicas correspondiente al ítem de transporte e instalación de tubería de PVC, sin cambiar las condiciones económicas del contrato.”

- El 30 de septiembre de 2004, las partes celebraron el Contrato Adicional No.1, por virtud del cual ampliaron y adicionaron el valor del inicialmente suscrito.

- El contratista, en oficios del 12 y 26 de noviembre, 20 y 24 de diciembre de 2004, solicitó a la entidad contratante “*el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato*” aduciendo que

“las demoras en la ejecución de las obras del contrato 072 han sido generadas por el Instituto, comoquiera que entre otras cosas, los diseños definitivos no se entregaron al inicio del contrato, las autorizaciones de la comunidad no fueron obtenidas con el debido tiempo... la interventoría ha desconocido las alteraciones del clima, de flujo de recursos para la compra de materiales y las condiciones de mercado. En igual sentido,... las distintas órdenes dadas por la interventoría por fuera de lo pactado contractualmente”.

- Mediante la Resolución No. 00683 del 11 de abril de 2005, el INCODER “*declaró el incumplimiento parcial de la obra e impuso una multa*” al Consorcio Porvenir. Esta resolución fue parcialmente revocada, en cuanto se redujo el valor de la multa impuesta, mediante la Resolución No. 1543 del 10 de agosto de 2005.

- El 27 de abril de 2005, el Consorcio Porvenir protocolizó “*el silencio positivo toda vez que el INCODER y sus dependencias, no se pronunciaron dentro del término de ley sobre las reclamaciones planteadas por el contratista en el memorial presentado el 12 de noviembre de 2004, respecto a la falta de entrega de diseños definitivos y alcance total de la obra y a la necesidad de la ampliación del plazo para dar cumplimiento a las nuevas cantidades de obra*”.

- El 18 de mayo de 2005, el Consorcio Porvenir propuso a la entidad contratante la implementación de los mecanismos de solución de conflictos

previstos en el contrato; ante la falta de respuesta de esta solicitud, respecto de la misma se protocolizó el silencio positivo.

- El 12 de octubre siguiente, el Consorcio Provenir presentó al INCODER *“reclamación económica, teniendo en cuenta las modificaciones del contrato, [el] incumplimiento de la entidad contratante, la utilidad dejada de percibir y la obra suprimida”*.

- El Consorcio Porvenir solicitó Conciliación Prejudicial ante la Procuraduría 11 Judicial Administrativa, trámite que concluyó sin que se llegara a acuerdo alguno, al no existir ánimo conciliatorio.

- Finalmente, el INCODER procedió a liquidar unilateralmente el contrato mediante la Resolución No. 2745 del 12 de diciembre de 2006, señalando que el Consorcio Porvenir le adeudaba los valores correspondientes a multa y amortización del anticipo.

1.2.- Pretensiones.

Con fundamento en los hechos antes relacionados, la Convocante formuló las siguientes pretensiones⁴:

“PRETENSIONES PRINCIPALES DECLARATIVAS

PRIMERA: *Por las razones fácticas y jurídicas que más adelante expresaré, solicito respetuosamente al Honorable Tribunal, se declare que el INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO RURAL - INCODER incumplió con las obligaciones del Contrato de Obra Pública SI -15- 03 LP No. 072 de 29 de diciembre de 2003 relacionada con los diseños iniciales necesarios para la iniciación y ejecución de la obra objeto del contrato en mención. Lo anterior, teniendo en cuenta que el INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO RURAL - INCODER, no entregó en forma oportuna y adecuada los diseños definitivos necesarios para iniciar la obra. No subsanó las deficiencias de los diseños iniciales para que el Consorcio Porvenir realizara la ejecución normal del Contrato en cuestión.*

SEGUNDA: *Que se declare que los diseños iniciales, necesarios para la iniciación y ejecución de la obra objeto del Contrato de Obra Pública SI -15- 03 LP No. 072 de 29 de diciembre de 2003 no estaban adaptados a la realidad del terreno, y que el INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO RURAL - INCODER no entregó en forma oportuna y adecuada los diseños definitivos necesarios para subsanar las deficiencias de los diseños iniciales y permitir al Consorcio Porvenir la ejecución normal del Contrato en cuestión.*

⁴ Folios 2 a 5 cuaderno No. 1 del expediente arbitral.

TERCERA: Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal se declare que el INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO RURAL - INCODER efectuó durante la ejecución del Contrato de Obra Pública SI -15- 03 LP No. 072 de 29 de diciembre de 2003, modificaciones y supresiones unilaterales de obra, lo cual alteró para el Consorcio Porvenir las obligaciones contractuales inicialmente pactadas y la ejecución normal del mencionado contrato.

CUARTA: Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal se declare que las irregularidades y omisiones del INSTITUTO DE DESARROLLO RURAL - INCODER, así como las suspensiones y modificaciones unilaterales de obra decididas por éste -situaciones reseñadas en las pretensiones anteriores-, generaron retardos y suspensiones en la ejecución del Contrato de Obra Pública SI -15- 03 LP No. 072 de 29 de diciembre de 2003 y de sus adiciones y, en consecuencia, costos adicionales para el Consorcio Porvenir que nunca fueron reconocidos por el INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO RURAL - INCODER.

QUINTA: Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal se declare que durante la ejecución del Contrato de Obra Pública SI -15- 03 LP No. 072 de 29 de diciembre de 2003 y de sus adiciones, el INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO RURAL - INCODER generó la ruptura de la ecuación financiera del contrato de la referencia.

SEXTA: Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal proceda al restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de los dos silencios administrativos positivos, protocolizados en la Notaría Quinta del Círculo de Cúcuta mediante escrituras públicas números 852 y 1930 del 27 de abril de 2005 y 22 de Agosto de 2005 respectivamente.

SEPTIMA: Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal se declare, por las razones consignadas en las pretensiones anteriores, el incumplimiento por parte del INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO RURAL - INCODER del Contrato de Obra Pública SI -15- 03 LP No. 072 de 29 de diciembre de 2003 suscrito con el Consorcio Porvenir para la construcción del distrito de irrigación en pequeña escala El Porvenir (Municipio de Fómeque - Cundinamarca), oficina de enlace territorial N.7.

OCTAVA: Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal se declare como consecuencia de las anteriores pretensiones, que el Consorcio Porvenir incurrió en costos, gastos e inversiones para el cumplimiento del Contrato, lo cual se hizo a favor del servicio y para ser aprovechados por el INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO RURAL - INCODER y éste no los ha reconocido a la fecha, de acuerdo a lo que resultare probado en el proceso.

NOVENA: Por las razones fácticas y jurídicas que más adelante expresaré, y conforme a lo que resultare probado en el proceso, solicito respetuosamente al Honorable Tribunal se liquide nuevamente el contrato de Obra Pública SI -15- 03 LP No. 072 de 29

de diciembre de 2003 y de su adición del INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO RURAL - INCODER, incluyendo en la misma todas las sumas que de conformidad con los experticios técnicos solicitados deban incluirse en la misma, teniendo en cuenta que el contrato fue liquidado de manera unilateral.

DECIMA: Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal se ordene, condene y disponga pagarle al Consorcio Porvenir todas y cualquiera sumas que las autoridades del INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO RURAL - INCODER le hubieren retenido o compensado ilegalmente, junto con los intereses a que haya lugar, de acuerdo con la ley, en lo que resultare probado en el proceso.

DECIMA PRIMERA: Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal se ordene, condene y disponga pagarle al Consorcio Porvenir el daño emergente y el lucro cesante, lo anterior de resultar procedente esta declaración y en las cuantías que resultaren probadas en el proceso.

DECIMA SEGUNDA: Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal que se condene al INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO RURAL - INCODER a pagar al Consorcio Porvenir todos los costos que se demuestren en el proceso, incluyendo los costos de oportunidad relacionados con las inversiones y gastos que haya efectuado por cualquiera de las razones que se expresan en las diferentes pretensiones de esta demanda, de ser procedente esta declaración y en las cuantías que resultaren probadas en el proceso.

DECIMA TERCERA: Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal que todas las sumas a que se refieren las pretensiones principales sean pagadas debidamente actualizadas e incluyan los intereses moratorios causados, de conformidad con lo que disponga el correspondiente dictamen pericial que habrá de realizarse en el proceso.

DECIMA CUARTA: Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal que se condene al INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO RURAL - INCODER al pago de las costas y gastos del proceso, incluidas las agencias en derecho, en la cantidad que determine esa Honorable Corporación.

DECIMA QUINTA: Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable, en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

DECIMA SEXTA: Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal que en el caso en que el INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO RURAL - INCODER no diere cumplimiento inmediato a la sentencia, que ponga fin al proceso que se inicia, se condene al pago de los intereses sobre el monto de la condena líquida, señalados en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con lo dispuesto en la sentencia de la Honorable Corte Constitucional C-188 de 1999.

“PRETENSIONES CONSECUCIONALES A LAS DECLARATIVAS

PRIMERA. Como consecuencia de las anteriores declaraciones y para cada una de ellas en lo que resulte probado en el proceso y conforme al Contrato, se condene a [la] DEMANDADA al pago a favor de la DEMANDANTE de la totalidad de sumas, sobrecostos, inversiones, devoluciones y cualquier otra que a cualquier título y por cualquier concepto resultare probada en el proceso. Al igual que en razón de perjuicios de todo orden que a la DEMANDANTE le fueron causados en razón del incumplimiento contractual. En este sentido, debe ordenarse el pago, al igual que se condene y disponga las indemnizaciones por los perjuicios de todo orden que se le han causado con ocasión de las acciones u omisiones [de la] DEMANDADA y que resultaren probados en el proceso.

SEGUNDA. Se ordene, condene y disponga pagarle a la DEMANDANTE todas y cualquiera sumas que la DEMANDADA le hubiere retenido o compensado ilegalmente, o no compensado junto con los intereses a que haya lugar, de acuerdo con la ley y que resultaren probados en el proceso.

TERCERA. Se ordene, condene y disponga que la DEMANDADA debe pagarle a la DEMANDANTE de ser procedente y estar probado en el proceso el daño emergente y lucro cesante producido como consecuencia de los incumplimientos a que se refieren las pretensiones principales declarativas de esta demanda.

CUARTA. Se condene a la DEMANDADA a pagarle a la DEMANDANTE todos los costos y sobrecostos que se demuestren en el proceso, por cualquiera de las razones que se expresan en las diferentes pretensiones de esta demanda.

QUINTA. Que las anteriores sumas sean pagadas debidamente actualizadas e incluyan los intereses moratorios causados a que hubiere lugar, de conformidad con lo que disponga el correspondiente dictamen pericial que habrá de realizarse en el proceso.

SEXTA. Que se condene a la DEMANDADA al pago de las costas y gastos del proceso, incluidas las agencias en derecho, en la cantidad que determine esa Honorable Corporación.

SEPTIMA. Que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable, en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

OCTAVA. Que en el caso en que la DEMANDADA no diere cumplimiento inmediato a la sentencia, que ponga fin al proceso que se inicia, se le condene al pago de los intereses sobre el monto de la condena líquida, señalados en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con lo dispuesto en la Sentencia de la Honorable Corte Constitucional C-188 de 1999.”

1.3. La Cláusula Arbitral.

La convocatoria del Tribunal de Arbitramento se fundamentó en las siguientes cláusulas:

- Del Contrato ⁵:

“SEGUNDA: DOCUMENTOS DEL CONTRATO. Integran y precisan las condiciones de este contrato, los siguientes documentos: ... 2) Las solicitudes de oferta y sus adendas.

DECIMA NOVENA: INTERPRETACION UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato surgieren discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio que se pretende satisfacer con el objeto contratado [e]stos serán dirimidos por un tercero que en este caso será la Sociedad Colombiana de Ingenieros. Si no se logra un acuerdo, el INCODER interpretará mediante acto administrativo debidamente motivado las estipulaciones o cláusulas de la discrepancia,...”.

- De los pliegos de condiciones de la Licitación SI 1503 LP⁶:

“Sección IV - Condiciones Generales Del Contrato

A. Aspectos Generales

1. Definiciones e Interpretación

1.1. Para efectos del presente documento:

“Conciliador” es la persona designada en forma conjunta por el INCODER y el Contratista para resolver en primera instancia las controversias, según las disposiciones de la cláusula 44”.

44. Solución de Controversia

44.1 Solución de Controversia

44.1.1. Actuación del Interventor

(i) Si surge una controversia entre el INCODER o el Interventor y el Contratista, debido a reservas expresadas por el contratista a una orden de ejecución, o de cualquier otra índole, el contratista enviará al INCODER, a través del

⁵ Folio 34 cuaderno principal No. 1 del expediente arbitral.

⁶ Folio 29 cuaderno principal No. 1 del expediente arbitral. Se advierte que los pliegos de condiciones fueron aportados por la parte convocante en un cd –room anexo a la demanda, el cual fue incorporado como medio de prueba por el Tribunal de Arbitramento en auto No. 13 del 10 de marzo de 2008 –fls-180, 181-, sin que el contenido de tal documento hubiese sido en modo alguno cuestionado por la entidad pública convocada, la cual, por demás no atendió el requerimiento efectuado por el Tribunal en dicho auto para que allegara al proceso copia auténtica de los referidos pliegos de condiciones.

Interventor, un memorando de reclamación en la cual justificará sus reservas e indicará a los montos de las reclamaciones.

(ii) Una vez que dicho memorando haya sido enviado por el Interventor con su opinión, al INCODER, éste notificará o hará que se notifique su propuesta al contratista para el arreglo de la diferencia, dentro de un plazo de quince (15) días contados a partir de la fecha de recibo por el Interventor del memorando de reclamación.

En caso de no lograrse acuerdo entre la entidad y el contratista se procederá de acuerdo a la cláusula Décima novena de la minuta del contrato. (Se subraya)

44.1.2. Intervención del INCODER.

(i) Si el contratista no acepta la propuesta del INCODER, o el rechazo implícito de su reclamo, deberá notificarlo remitiéndole dentro de un plazo de tres (3) días un memorando complementario, en el cual implicará (sic) las razones de su negativa.

(ii) Si se produce una diferencia directamente entre el Interventor y el contratista, éste debe enviarle un memorando de reclamo para que sea transmitido al INCODER.

(iii) La decisión que se tomará sobre las diferencias indicadas en las Subcláusulas 44.1.2 (i) y 44.1.2. (ii) le corresponde al INCODER.

Si el contratista no está de acuerdo con la decisión así tomada, las modalidades determinadas por la decisión se aplicarán a título provisional en la espera de una determinación definitiva siguiendo los pasos indicados más adelante.

44.1.3. Solución por Conciliación

Si el contratista considera que el Interventor ha tomado una decisión que está fuera de las facultades que le confiere al contrato; o que no es acertada, la decisión se someterá a la consideración del conciliador dentro de los catorce (15) (sic) días de notificada la decisión del Interventor.

El conciliador debe informar su decisión por escrito dentro de los veintiocho (28) días de haber recibido la notificación de la controversia.

Cualquiera sea la decisión del conciliador, el costo será sufragado por partes iguales, por el INCODER y el contratista, cualquiera de las partes, o el INCODER podrá someter la

decisión del conciliador a arbitraje dentro de los veintiocho (28) días siguientes a la decisión por escrito del Conciliador.

El arbitraje deberá realizarse de acuerdo a lo establecido en la cláusula Décima - Novena de la minuta del contrato.

(...)

44.1.5. Procedimiento Contencioso.

(i) Si dentro de un plazo de tres (3) meses a partir de la fecha de recibo por la INCODER el memorando complementario mencionado en la Subcláusula 4[4].1.1. (ii) esta no ha notificado ninguna decisión al contratista o si éste no acepta la decisión que le haya sido notificada, la controversia será resuelta por medio del arbitraje. (Se subraya)

(a) La autoridad para nombramiento de los árbitros será la Sociedad Colombiana de Ingenieros.

(b) El número de los árbitros se fija en tres (3).

(c) En el procedimiento de arbitraje se utilizará el idioma español.

Sección V - Condiciones Especiales del Contrato

Las siguientes Condiciones Especiales del Contrato (CEC) complementan las Condiciones Generales del Contrato (CGC). En caso de conflicto, las disposiciones que aquí se indican prevalecerán sobre las de las CGC. El número de la cláusula correspondiente de las CGC está indicado entre paréntesis.

18. Solución de controversias (Cláusula 44 de las CGC)

Nombre de la autoridad encargada de realizar el arbitraje: Sociedad Colombiana de Ingenieros.

Los procedimientos de arbitraje serán los estipulados por la Sociedad Colombiana de ingenieros."

II. EL LAUDO RECURRIDO

Surtidos los trámites prearbitral y arbitral, el Tribunal de Arbitramento profirió LAUDO el día 12 de noviembre de 2008, mediante el cual resolvió lo siguiente⁷:

⁷ Folios 686 a 678 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

“Primero: Se declaran infundadas las objeciones por error grave promovidas por el INCODER contra los dictámenes técnico de ingeniería y económico financiero practicados en el proceso.

Segundo: En atención a las peticiones contenidas en las pretensiones primera y segunda del grupo de las principales declarativas y por las razones y con las precisiones y salvedades expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral, se declara que el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER incumplió con las obligaciones derivadas del Contrato de Obra Pública No. 072 de 2003 y su Adición No. 01 de 2004 por no haber entregado en forma adecuada y oportuna los diseños definitivos necesarios para iniciar los trabajos contratados, porque los que fueron entregados a los integrantes del Consorcio Porvenir no se ajustaban a la realidad del terreno donde habrían de adelantarse los trabajos contratados y por la falta de idoneidad y oportunidad en la entrega de los diseños definitivos para subsanar las deficiencias de los diseños originales, incumplimientos todos los anteriores que por versar sobre obligaciones esenciales de la entidad contratante le impidieron a los integrantes del Consorcio Porvenir la normal ejecución del Contrato.

Tercero: En atención a la tercera pretensión del grupo de las pretensiones principales declarativas y por las razones y con las precisiones y salvedades expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral, declárase responsable al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER por introducir modificaciones y supresiones unilaterales al Contrato de Obra Pública No. 072 de 2003 y su Adición No. 01 de 2004, conductas a consecuencia de las cuales se alteró, en perjuicio de los integrantes del Consorcio Porvenir, la normal ejecución de sus obligaciones bajo el citado contrato.

Cuarto: En relación con la pretensión cuarta parcial del grupo de las principales declarativas y por las razones y con las precisiones y salvedades expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral, se declara que el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER cometió irregularidades e incurrió en omisiones y provocó modificaciones de obra en desarrollo del Contrato de Obra Pública No. 072 de 2003 y su Adición No. 01 de 2004 y que por razón de tales hechos y omisiones generó retardos e indujo suspensiones en su ejecución, no imputables a los integrantes del Consorcio Porvenir.

Quinto.- En cuanto a los restantes aspectos de la pretensión cuarta del grupo de las principales declarativas de la convocatoria arbitral que dio origen al presente proceso, se niega en cuanto a la generación de costos adicionales para los integrantes del Consorcio Porvenir por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo arbitral.

Sexto.- En cuanto a la pretensión quinta y por las razones y con las precisiones y salvedades expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral, se declara que por razón y con ocasión del incumplimiento de algunas de sus obligaciones esenciales por parte del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, se presentaron hechos generadores del rompimiento de la ecuación

económico - financiera del Contrato de Obra Pública No. 072 de 2003 y su Adición No. 01 de 2004.

Séptimo.- Con arreglo a lo expuesto en la parte motiva del presente laudo arbitral, se niega la pretensión sexta del grupo de las principales declarativas por no encontrar el Tribunal que los silencios administrativos positivos contenidos en las Escrituras Públicas Nos. 852 y 1930 otorgadas en la Notaría Quinta de la ciudad de Cúcuta los días 27 de abril y 22 de agosto de 2005, respectivamente, sean idóneos para acceder a la solicitud de restablecimiento de equilibrio económico solicitado.

Octavo.- En relación con la pretensión séptima del grupo de las principales declarativas y por las razones y con las precisiones y salvedades expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral, habiéndose declarado precedentemente en la parte resolutive de este laudo el incumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato de Obra Pública No. 072 de 2003 y su Adición No. 01 de 2004 por parte del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, el Tribunal se abstiene de resolver sobre la pretensión séptima principal declarativa de la demanda del 29 de agosto de 2007.

Noveno.- En relación con la pretensión octava de las pretensiones principales declarativas y por las razones y con las precisiones y salvedades expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral y por encontrar el Tribunal que las peticiones a las cuales se contrae esta pretensión, ya ha sido atendida en materia de los costos en que el contratista reclama haber incurrido, conforme a las resoluciones precedentes y se encuentra que nada es necesario adicionar en esa materia. En relación con los gastos e inversiones demandados en esa pretensión, los mismos se niegan por no encontrarlos probados el Tribunal dentro del contexto y para los fines que se expresan en la mencionada pretensión octava de la demanda.

Décimo.- Según lo expresado por el Tribunal desde la oportunidad procesal en que se pronunció sobre su competencia, en el presente laudo no se hará pronunciamiento alguno sobre la pretensión novena de la convocatoria arbitral del 29 de agosto de 2007 formulada por los integrantes del Consorcio Porvenir en contra del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER.

Décimo primero.- En atención a la pretensión décima de la demanda y con las precisiones y salvedades expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral, se condena al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER a reconocer y pagar a favor de los integrantes del Consorcio Porvenir Inversiones Gabra S.A., José Alvaro Galvis Pinto y Dora Nahir Garay Gutiérrez, la suma de **\$165.312.122**, que comprende la actualización monetaria en los términos señalados en las consideraciones de este laudo, y que corresponde a retenciones practicadas injustificadamente a la parte convocante con ocasión del pago de las actas mensuales de entrega de obra en un valor equivalente al 20% del valor del ítem "Suministro, transporte e instalación de tubería PVC, incluye accesorios PVC" por la no realización de la prueba hidrostática de la tubería advirtiendo el

Tribunal que no encuentra que ninguna de esas retenciones se haya hecho en forma ilegal como se depreca en la demanda.

Décimo segundo.- De igual manera, según las precisiones y salvedades expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral y con fundamento en la pretensión décima principal de la demanda, se condena al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, al pago a favor de los integrantes del Consorcio Porvenir Inversiones Gabra S.A., José Alvaro Galvis Pinto y Dora Nahir Garay Gutiérrez, la suma de **\$235.491.461** que corresponde al valor de las obras ejecutadas por el contratista y que no le fueron pagadas por la entidad convocada.

También advierte el Tribunal que para imponer esta condena no implica visos de ilegalidad en la actividad contractual de la parte convocada y que esta condena se impone como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, declarado precedentemente.

Décimo tercero.- Como consecuencia de imponerse a la parte convocada la condena de que trata la resolutive anterior, se condena al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, al pago de la suma de **\$54.272.717** por concepto de intereses moratorios sobre la condena en el numeral décimo segundo anterior, en un todo de conformidad con lo expresado en la parte motiva de este laudo.

Décimo cuarto.- Como consecuencia de accederse a las respectivas pretensiones declarativas de incumplimiento incoadas por la parte convocante, por las razones y con las precisiones y salvedades expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral, se condena al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER a reconocer y pagar a los integrantes del Consorcio Porvenir Inversiones Gabra S.A., José Alvaro Galvis Pinto y Dora Nahir Garay Gutiérrez, las siguientes sumas por concepto de daño emergente, solicitadas en la pretensión décimo primera del grupo de las principales de la demanda:

Daño emergente por el retraso injustificado en el reconocimiento y pago de las actas mensuales de recibo de obra No. 1, 2, 3, 4 y 5 incluida la actualización, la suma de **\$7.739.604**.

Daño emergente por la imposibilidad de ejecutar la totalidad de la cuantía contratada incluida la actualización, la suma de **\$11.911.189**.

Décimo quinto.- Como consecuencia de accederse a las respectivas pretensiones declarativas de incumplimiento incoadas por la parte convocante, por las razones y con las precisiones y salvedades expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral, se condena al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER a reconocer y pagar a los integrantes del Consorcio Porvenir Inversiones Gabra S.A., José Alvaro Galvis Pinto y Dora Nahir Garay Gutiérrez, por concepto de lucro cesante, la suma de **\$11.911.189**, que comprende las actualizaciones, y que obedece al no pago del componente U de las sumas no ejecutadas del contrato.

Décimo sexto.- Por las razones y con las precisiones y salvedades expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral, se niega la pretensión décimo segunda de la demanda en cuanto a la indemnización solicitada por costos de oportunidad, por falta de prueba idónea sobre los mismos. Sobre las restantes peticiones contenidas en la pretensión aquí mencionada, el Tribunal se estará a lo ya resuelto en esta providencia.

Décimo séptimo.- En relación con las solicitudes contenidas en la pretensión décimo tercera de la demanda, el Tribunal se estará a lo resuelto en las resoluciones de condena en las cuales se ha considerado pertinente actualizar.

Décimo octavo.- Para atender lo solicitado en las pretensiones 15 y 16 principales de la convocatoria se advierte a la entidad que deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en los [artículos] 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

Décimo noveno.- Por encontrar que todas y cada una de las pretensiones contenidas en los numerales primero a octavo de las denominadas “Consecuenciales a las declarativas” de la demanda, están subsumidas o son idénticas a las contenidas en el grupo de las denominadas “Principales declarativas”, el Tribunal se estará respecto de estas a lo resuelto en los numerales precedentes.

Vigésimo.- Por las razones expuestas a lo largo de la parte motiva del presente laudo arbitral, se declara la improsperidad de todas y cada una de las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada en la contestación a la demanda, respectivamente denominadas “Falta de competencia del Tribunal Arbitral”, “Falta de presupuesto de la Acción de Indemnidad” y “Genérica”.

Vigésimo segundo.- Por secretaría, expídanse copias auténticas del presente laudo arbitral, con las constancias de ley, con destino a las partes del proceso y, de igual manera, expídanse copias simples del mismo con destino al Ministerio Público y a la Dirección del Centro de Arbitraje, Amigable Composición y Arbitraje de la Sociedad Colombiana de Ingenieros.

Vigésimo tercero.- En firme el presente laudo, el expediente que lo contiene será remitido, por secretaría, a la Dirección del Centro de Arbitraje, Amigable Composición y Arbitraje de la Sociedad Colombiana de Ingenieros para los fines previstos en la Ley y en el Reglamento que lo rige.”

Mediante laudo complementario proferido por el Tribunal de Arbitramento el 26 de noviembre de 2008⁸, se adicionó, de oficio, el artículo vigésimo primero de la parte resolutive del laudo, en los siguientes términos:

“Vigésimo primero.- Sin costas. Se condena al INCODER a cancelar con los restantes valores de condena la suma de setenta y

⁸ Folios 899 a 908 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

nueve millones cuatrocientos veinte mil pesos moneda corriente (\$79.420.000) correspondiente al 50% de los costos, gastos y honorarios del proceso que fueran cancelados en su lugar por la parte convocante y la suma de treinta millones seiscientos treinta y seis mil ochocientos setenta y cuatro pesos (\$30.636.874) por concepto de intereses moratorios causados sobre la anterior suma a la máxima tasa legal entre la fecha de pago por parte de la convocante 4 de octubre de 2007 y la fecha del presente laudo 12 de noviembre de 2008”

De igual manera, en laudo complementario que el Tribunal de Arbitramento dictó el 1 de diciembre de 2008, los numerales décimo segundo y décimo tercero de la parte resolutive del laudo fueron adicionados así⁹:

“Décimo segundo.- *De igual manera, según las precisiones y salvedades expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral y con fundamento en la pretensión décima principal de la demanda, se condena al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, al pago a favor de los integrantes del Consorcio Porvenir Inversiones Gabra S.A., José Alvaro Galvis Pinto y Dora Nahir Garay Gutiérrez, la suma de **\$264.056.383** que corresponde al valor de las obras ejecutadas por el contratista y que no le fueron pagadas por la entidad convocada con su correspondiente actualización monetaria. También advierte el Tribunal que para imponer esta condena no implica visos de ilegalidad en la actividad contractual de la parte convocada y que esta condena se impone como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, declarado precedentemente.*

Décimo tercero.- *Como consecuencia de imponerse a la parte convocada la condena de que trata la resolutive anterior, se condena al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, al pago de la suma de **\$57.844.660** por concepto de intereses moratorios sobre la condena actualizada en el numeral décimo segundo anterior, en un todo de conformidad con lo expresado en la parte motiva de este laudo.”*

Por escrito radicado el día 16 de diciembre de 2008, el Tribunal de Arbitramento remitió el expediente a la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁰. La Corporación avocó el conocimiento del recurso de anulación mediante auto del 6 de febrero de 2009, en el cual ordenó correr traslado al recurrente para que sustentara el recurso, así como a la parte demandada y al Ministerio Público para que presentaran alegatos y concepto, respectivamente¹¹.

⁹ Folios 913, 914 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

¹⁰ Folio 921 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

¹¹ Folio 926 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

III.- RECURSO DE ANULACIÓN.

El apoderado de la entidad convocada, INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL - INCODER-, presentó recurso extraordinario de anulación mediante escrito de 4 de diciembre de 2008 invocando como causales de anulación *“las previstas en los Numerales 3º, 4º y 5º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, que corresponden a las previstas en los numerales 1º, 8º y 9º del artículo 38 del decreto 2279 de 1989, ambos artículos compilados en los apartes pertinentes del Decreto 1818”*¹².

La sustentación de las causales se hizo en los siguientes términos:

3.1.1. “INEXISTENCIA DEL PACTO ARBITRAL POR LA FALLIDA CONDICIÓN SUSPENSIVA A LA QUE ESTABA SUPEDITADO, Y HABER RECAÍDO EL LAUDO SOBRE ASUNTOS NO DEFERIDOS A LA JUSTICIA ARBITRAL (causal 3ª del artículo 72 de la Ley 80 de 1993: haber recaído el laudo sobre asuntos no sujetos a la decisión de los árbitros)”

A juicio del recurrente la causal invocada se configura porque:

“De la lectura armónica de la cláusula de los pliegos que contiene el procedimiento de solución de controversias contenciosas, se debe concluir que para que la alegada cláusula compromisoria surtiera efectos y naciera a la vida jurídica, era necesario que el contratista hubiera enviado al INCODER, a través del interventor, un memorando de reclamación en el que indicara sus reservas y los montos de las reclamaciones en relación con una orden, de ejecución de obra o de cualquier otra índole (pero orden en todo caso), relacionada con el contrato.

No aparece en el expediente prueba de que ese memorando haya sido jamás remitido por el Contratista al INCODER, por intermedio del Interventor, siendo este un requisito sine qua non, esto, es condición a la cual se sujetaba la eficacia de la cláusula que preveía la convocatoria de un tribunal de arbitramento para la solución de las diferencias relativas a las reservas y la evaluación económica que las mismas tendrían sobre el contrato. No existiendo la prueba que sujetaba la entrada en vigor del efecto jurídico... condicionado por las partes, es decir, al fallar la condición suspensiva, debe entenderse que la prerrogativa de acudir a la justicia arbitral no nació, no produjo la cláusula suspendida ningún efecto jurídico.

¹² Folio 916 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

No habiéndose literalmente cumplido la condición suspensiva, el efecto jurídico querido por las partes de atribuir competencia a la justicia arbitral no entró en vigor, no produjo efectos jurídicos, y por tanto con base en tal cláusula no podía entenderse habilitado el Tribunal de arbitramento para estudiar las súplicas de la demanda.”

En tal sentido afirmó que la demanda arbitral se presentó cuando ya se encontraba finalizada la etapa de ejecución del contrato y que, en esa medida, la convocante ejerció de manera tardía y equivocada el contenido en el “capítulo de solución de controversias”, porque:

“la convocatoria del tribunal de arbitramento no guardaba relación con ninguna reclamación presentada en memorando al INCODER a través de su interventor (cláusula 44.1 de los pliegos), ni con omisión o retardo del INCODER para responder a dicha reclamación, ni con falta de aceptación de la decisión que le hubiera sido notificada (cláusula 44.1.5. de los pliegos) al Consorcio”.

Sostuvo igualmente que:

“La solución contenciosa de las controversias deferidas a los árbitros de manera precisa, delimitada y concreta en los pliegos, nada tenía que ver con las que le fueron sometidas por el Consorcio con la solicitud de convocatoria, ni nada tenían que ver con las que fueron conocidas y falladas por el tribunal que se conformó (...).

Siendo en este caso evidente que los árbitros ejercieron una competencia que las partes del contrato no le habían con anterioridad y expresamente delegado, debe entenderse que actuaron sin competencia y por tanto fallaron por fuera de los límites previstos en el pacto arbitral, abriéndose paso la conclusión que se deprecia del Consejo de Estado de infirmar el laudo en esta sede estudiado.”

3.1.2. “No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento o existir incongruencia entre lo pedido y lo resuelto.”

Respecto de esta causal, afirma la recurrente que

“El Tribunal... resolvió negativamente la pretensión declarativa Décima del escrito de convocatoria en relación con la ilegalidad de las retenciones efectuadas al Consorcio, y sin embargo despachó favorablemente la pretensión condenatoria sometida a esa solicitud de ilegalidad deprecada, generándose con claridad una incongruencia entre la causa de lo pedido y la razón de lo concedido, contraviniendo así el laudo la causal de anulación alegada en este escrito.”

La recurrente ahonda en tal señalamiento en los siguientes términos:

“El actor consideró que le habían ilegalmente retenido o compensado unas sumas de dinero, y por tanto solicitó que se condenara en el laudo al INCODER a devolverlas. Si no hubo retenciones o compensaciones ilegales, como lo dispone el tribunal de arbitramento en su laudo, nada había que “pagarle” al consorcio por este concepto. No se trataba de una pretensión declarativa, a la que se amarrase una posterior de condena (la declaratoria de ilegalidad de una compensación o retención, para que como consecuencia de tal declaración se ordenara su devolución como pretensión de condena),..., se trataba de una única pretensión de condena claramente esbozada por el demandante de ordenar, disponer y pagar (condenar) al INCODER a favor del Consorcio las sumas de dinero que aquel ilegalmente había compensado o retenido.”

Agregó que el laudo también es incongruente por extra petita porque

“en las páginas 170 y siguientes estudia el punto para concluir que no hay lugar al reconocimiento de intereses, sin embargo y por fuera de lo pedido por la parte, concluye que debe condenarse al INCODER a la indexación de esos dineros, pretensión que jamás se planteó al Tribunal, en aplicación de la ley 446 de 1998...”

Pero el laudo continuó endilgando condenas al INCODER con ocasión de la pretensión décima de la demanda (...) para condenar al INCODER a favor de las personas que conformaron el Consorcio Porvenir al pago del valor DE LAS OBRAS EJECUTADAS POR EL CONTRATISTA Y QUE NO LE FUERON PAGADAS.

Si se ejecutaron obras sin cancelar y algún derecho a recuperar este dinero por este concepto le cupiera al Consorcio, ha debido pedirlo pues solo el Consorcio era el dueño de su pretensión, por ser el dueño del perjuicio recibido (...)

Pero el Tribunal ahondó aun mas en el ejercicio de competencias que no tenía en el laudo con la condena décimo tercera, que condena a intereses de mora sobre las sumas de dinero concedidas al Consorcio y a cargo del INCODER relacionadas con las obras ejecutadas y no pagadas (que jamás fueron solicitadas por el Consorcio en la demanda,...), condena que no guarda relación con ninguna de las pretensiones de la demanda.

Ya en este último punto el Tribunal ni siquiera hizo un esfuerzo en la parte de considerandos para ubicar la pretensión con base en la cual ofrecer la condena. Directamente la consideró, encontró probada y despachó favorablemente sin que jamás el INCODER hubiera tenido oportunidad de defenderse de ella, pues no se encontraba dentro de las pretensiones de la demanda y ni siquiera había sido mencionada como hecho de la misma, vulnerando el principio de congruencia y de esta manera el derecho fundamental al debido proceso de mi representada.”

3.1.3. “Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.”

Se fundamentó esta causal en el hecho de que la controversia sometida a consideración de los árbitros versaba *“sobre actos administrativos en firme”* y que el Tribunal, sin tener competencia para ello, la conoció y resolvió, pese a que, según el recurrente, tal circunstancia *“fue alegada por el INCODER desde los albores de este proceso, reiterada mediante excepción expresa al momento de contestar la demanda no habiendo sido considerada la reposición por supuesta extemporaneidad, enfáticamente defendida en la primera audiencia de trámite y sustentada in extenso en los alegatos de conclusión.”*

Los actos administrativos que al respecto refiere el recurrente corresponden a las Resoluciones 683 del 11 de abril de 2005, por la cual se declaró la ocurrencia del riesgo de incumplimiento parcial del contrato 072 de 2003 y se impone una multa como sanción al Consorcio; 1543 del 10 de agosto de 2005, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la citada resolución 683; y 2745 del 12 de diciembre de 2006, por la cual se liquidó unilateralmente el contrato.

Adujo el recurrente que *“todos los actos administrativos emanados del INCODER se dictaron y quedaron en firme antes de la conformación de la litis contestatio, luego debe afirmarse que la causal de incompetencia era anterior a ese importante momento...”*. Así mismo, señaló que tales decisiones fueron *“dictadas al amparo de normas legales que le otorgan esa competencia especial emanada de la propia naturaleza del estado, que por ser actividad del imperium no son transigibles, y cuyo juzgamiento está reservado por el constituyente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”*.

Al respecto el recurrente hace referencia a distintos pronunciamientos jurisprudenciales que, en su criterio, permiten concluir que en el laudo impugnado no se respetaron las competencias señaladas *“para el juzgamiento de las controversias contractuales públicas”*.

Finalmente, formuló la que denominó “Solicitud especial” a efectos de que esta Corporación se pronuncie “sobre la pertinencia” de las “expresiones, juicios y conclusiones” contenidas en el laudo y que “no guardan relación con el que por ley debe ser el contenido de una sentencia judicial... y que podrían afectar la órbita de deberes, derechos y obligaciones de funcionarios del INCODER y del suscrito apoderado” y, “de encontrarlo procedente en tutela de derechos fundamentales, que se ordene la anulación de los mencionados párrafos”.

IV.- INTERVENCIÓN DE LA PARTE CONVOCANTE.

Dentro del término de traslado para alegar en el presente trámite de anulación de laudo arbitral, la Convocante presentó los argumentos que se resumen a continuación¹³:

“La cláusula compromisoria sí existe y no está sometida a condición alguna en la medida en que la remisión en ella contenida no tiene existencia normativa en el pliego. Desde esta perspectiva la intención de las partes entonces fue la de someterse a un procedimiento de solución de conflictos cuando el mismo se suscitara en la relación contractual. Tan evidente resulta esto, que esta intención es confirmada a través de la manifestación hecha por el entonces apoderado de la parte convocada dentro de la audiencia de conciliación llevada a cabo el 16 de junio de 2006 en la que advirtió la intención de acudir a Tribunal de Arbitramento para dirimir los conflictos suscitados entre el INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL y el CONSORCIO PORVENIR. Dicha acta del 16 de junio de 2006, está suscrita por el apoderado del INCODER, representante de los intereses de la convocada, el procurador Judicial y el... apoderado para al época de los hechos de la hoy convocante. Las partes por lo tanto, habilitaron la iniciación del denominado “procedimiento contencioso” de los pliegos y que hace alusión a la cláusula compromisoria que hoy nos ocupa dentro de este proceso arbitral.

(...)

Ahora bien, en aras de discusión y si se reconociera la existencia de un procedimiento previo para el adelantamiento de un mecanismo de solución de conflicto como el arbitraje, reconstruyendo el supuesto procedimental previo, ..., se advierte que a folio 8 numerales 34 y 36 del documento de contestación, reconoce el apoderado de la convocada que mi poderdante en múltiples ocasiones se comunicó con el interventor, por lo que puede el Tribunal establecer que la supuesta condición alegada por la parte estaba cumplida. Se contradice por lo tanto la convocada, cuando abiertamente confiesa la inexistencia de dicho supuesto procedimiento previo, y ... lo invoca

¹³ Folios 945 a 949 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

como supuesto fáctico en el escrito de contestación de demanda, en la formulación de excepción y ahora en el recurso de anulación. Tan cierto es todo lo antes mencionado, en relación con las múltiples insistencias y solicitudes y comunicaciones al interventor sobre la petición de restablecimiento económico, pilar de las pretensiones de la demanda, que obra en el expediente copia de la protocolización de dos silencios administrativos positivos, producto del no pronunciamiento por parte de la administración a las solicitudes de reclamación.”

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Mediante concepto radicado el 9 de marzo de 2009¹⁴, el Ministerio Público intervino en los siguientes términos:

En cuanto a la causal primera de anulación señaló que

“los argumentos expuestos por el recurrente al amparo de la causal 1ª del [decreto] 2279 de 1989, carecen de técnica procesal en tanto no sustentan adecuadamente la alegada causal de nulidad y porque si lo que pretendía el recurrente era cuestionar la competencia del Juez Arbitral, bien sea porque el asunto a decidir no era objeto de transacción o porque estuviere fuera de las expresas facultades otorgadas por las parte en el pacto arbitral, tal situación debió someterse a la decisión de esta jurisdicción pero a la luz de la causal infra o extra petita y no como erradamente lo propuso, de suerte que tal planteamiento no puede ser objeto de pronunciamiento en esta instancia judicial porque la incompetencia del tribunal no es fundamento fáctico de la nulidad del pacto arbitral o del trámite arbitral; siendo dable precisar que el debate sobre la competencia del Tribunal expuesto ahora por el recurrente fue objeto de estudio y decisión en la oportunidad procesal pertinente durante el trámite arbitral, tal y como se evidencia del contenido del auto por medio del cual se declaró competente para impulsar dicho procedimiento.”

Respecto de las causales 8ª y 9ª del Decreto 2279 de 1989, el Delegado del Ministerio Público también conceptuó que las mismas

“no tienen visos de prosperidad, por cuanto la providencia arbitral estudió minuciosa y juiciosamente todas las aspiraciones de las partes para concluir la prosperidad de las pretensiones del Consorcio Porvenir y la improsperidad de las excepciones propuestas por el INCODER, sin que pueda predicarse que tal decisión haya obedecido a un pronunciamiento extra o ultra petita o la falta de decisión sobre alguno de los extremos de la litis, como pretende hacerlo ver el recurrente.

(...)

¹⁴ Folios 950 a 962 cuaderno principal Consejo de Estado.

Si bien, como ya se precisó, al amparo de esta causal puede argumentarse la falta de competencia de la justicia arbitral, lo cierto es que el argumento esgrimido por el recurrente no se ajusta a la realidad procesal, dado que la legalidad del acto administrativo por medio del cual se liquidó unilateralmente el contrato No. 072 de 2004 no fue objeto de cuestionamiento por la convocante, ni de estudio o decisión alguna por parte de los árbitros (...).

Ahora bien, en relación con la causal de “no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento o existir incongruencia entre lo pedido y lo resuelto” que, a juicio del impugnante, se evidencia porque el Tribunal, a pesar de la negativa a declarar la ilegalidad de las retenciones efectuadas al Consorcio, despachó favorablemente la pretensión económica basada en esa misma denegatoria, argumentos que no permiten inferir con claridad cuál fue el punto respecto del que el Tribunal se abstuvo de pronunciarse sino que plantean una presunta contradicción entre las disposiciones de la parte resolutive del laudo, argumentos que si bien podrían servir de base para sustentar la causal 7ª de anulación, no son de recibo como soporte de la citra o minus petita que aduce el INCODER en su extraordinaria impugnación.”

En consecuencia, para el Ministerio Público el recurso de anulación presentado “carece de fundamentos que conduzcan a desvirtuar su legalidad, por lo cual deberá declararse infundado y, en consecuencia, imponer condena en costas al recurrente...”.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia del Consejo de Estado.

Para efectos de realizar el análisis de competencia y de pertinencia de las causales de anulación invocadas, corresponde señalar que en el presente caso la entidad convocada, INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL - INCODER es un establecimiento público del orden nacional¹⁵, con lo cual se cumplen los requisitos previstos por el artículo 82 del C.C.A., modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006, por el numeral 5º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo modificado por el numeral 5º del artículo 36 de la Ley 446 de 1998 y por el artículo 162 del Decreto 1818 de 1998, para que esta Corporación conozca, en única instancia, del recurso de anulación interpuesto.

¹⁵ Artículo 1º del Decreto 1300 del año 2003, por el cual se crea el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder y se determina su estructura.

2. Análisis de las causales de anulación invocadas.-

Como lo tiene estudiado la jurisprudencia de esta Sala, el recurso de anulación se funda en el principio cardinal de preservar la legalidad del procedimiento, de forma que la decisión arbitral se revise únicamente por errores *in procedendo* y no por errores *in iudicando*, lo cual denota su carácter excepcional; en consecuencia, el juez de la anulación solo podría modificar o adicionar el laudo en caso de que llegare a prosperar la causal de incongruencia por no haberse decidido algunas o todas las cuestiones sometidas a arbitramento¹⁶ o por haber decidido sobre puntos no sujetos a la decisión de árbitros o cuando se hubiere concedido más de lo pedido; se trata entonces de un recurso de naturaleza extraordinaria y por lo mismo no constituye una instancia más dentro del respectivo proceso arbitral¹⁷.

En este orden de ideas, la Sala acudirá al examen del recurso con fundamento en las causales previstas en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, por cuanto que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150, proferida en el año de 2007¹⁸, mediante la cual se modificó el artículo 72 de la Ley 80 expedida en 1993, las causales de anulación de los laudos arbitrales correspondientes a controversias generadas en relación con contratos estatales se unificaron con las que se encuentran previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, cuyo contenido coincide con el del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que son las siguientes:

“1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.

2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.

...

4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones

¹⁶ Sentencia de 8 de junio de 2006 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Expediente 32.398.

¹⁷ Sentencia de 4 de diciembre de 2006 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Expediente 32871.

¹⁸ La Ley 1150 empezó a regir el 17 de enero de 2008. En el presente caso el laudo fue proferido cuando ya se encontraba vigente dicha Ley, al igual que lo fue la interposición del respectivo recurso de anulación.

tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.

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

7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y

9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.”

Ahora bien, conviene precisar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 161 y 164 del Decreto 1818 de 1998, así como en los términos del artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 –modificatorio del artículo 72 de la Ley 80 de 1993–, para la interposición, la admisibilidad y el estudio del recurso extraordinario de anulación deben cumplirse los siguientes requisitos: a) Que su presentación sea oportuna, b) Que se haga por escrito ante el Tribunal, c) Que se ciña a las causales de anulación legalmente previstas, y d), **So pena de que el recurso sea declarado desierto**, que las causales sean sustentadas.

Se tiene entonces que es la sustentación el acto procesal que resulta determinante para que el juez del recurso extraordinario de anulación pueda, de manera efectiva, acometer su estudio y decisión, en tanto que allí se encuentran los fundamentos de la impugnación que a su vez fijan el alcance del recurso interpuesto, y dan contenido, *stricto sensu*, a las causales que darían lugar a la anulación del respectivo laudo arbitral y delimitan la competencia del juez del recurso extraordinario en cuanto se refiere a la materia que se somete a su estudio y decisión.

Por manera que con independencia de la invocación o indicación normativa de las causales que realice el recurrente al momento de interponer el respectivo recurso, lo cierto es que el ámbito material de competencia de la Sala se encuentra circunscrito al estudio de las causales de anulación del laudo que hayan sido objeto de argumentación y fundamentación en el correspondiente escrito de sustentación.

Precisado lo anterior, en el caso presente la Sala advierte que el recurrente, al interponer el recurso, invocó como causales de anulación las previstas en los numerales 3º, 4º y 5º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993; seguidamente afirmó en su escrito que las mencionadas causales invocadas correspondían a las previstas en los numerales 1º, 8º y 9º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, “*compiladas*” por el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 y, finalmente, en el escrito de sustentación del recurso, según quedó consignado en el acápite pertinente de este proveído, el recurrente hizo expresa referencia al numeral 3º del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, que tituló “*haber recaído el laudo sobre asuntos no sujetos a la decisión de los árbitros*”, el cual circunscribió a los siguientes aspectos: “*INEXISTENCIA DEL PACTO ARBITRAL POR LA FALLIDA CONDICIÓN SUSPENSIVA A LA QUE ESTABA SUPEDITADO Y HABER RECAIDO EL LAUDO SOBRE ASUNTOS NO DEFERIDOS A LA JUSTICIA ARBITRAL*”.

Ahora bien, por la manera en la cual dicha ‘causal’ fue desarrollada a lo largo del correspondiente escrito de sustentación, se encuentra que los cuestionamientos allí formulados guardan relación con el contenido de la causal 4ª –no así a la tercera- del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, la cual, en estricto rigor corresponde a la causal prevista en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, invocadas por el recurrente como fundamento de la impugnación presentada.

De igual manera, al revisar el contenido de los demás argumentos esgrimidos por el recurrente en su escrito de sustentación, se advierte que éstos también corresponden a los supuestos de aplicación de la mencionada causal 8ª del Decreto 1818 de 1998. En esta medida, los cargos así formulados serán estudiados por la vía de ésta precisa causal.

No se presentó, en cambio, argumento alguno que sustente las causales previstas en los numerales 1º y 9º de la precitada norma y que también fueron invocadas por la recurrente.

Hechas estas precisiones, procederá la Sala a resolver lo pertinente.

2.1. Consideraciones respecto de la causal 8ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998: “*Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido*”.

La Sala ha delimitado en su contenido y alcance ésta modalidad de la causal en comento, y al efecto ha dicho que:

“...la competencia de los árbitros está atribuida por el pacto arbitral y enmarcada en los precisos límites fijados en la Constitución y la ley, competencia que se traduce en la facultad para conocer y pronunciarse en relación con la materia que voluntariamente las partes le han conferido a los árbitros que son investidos temporalmente de la calidad de jueces para administrar justicia en el caso concreto; también, es dable manifestar que el quebranto a esa regla de atribución por exceso, se encuentra tipificado como hecho pasible para la invocación de la causal prevista en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998¹⁹, dado que implica que la materia transigible sobre la cual decidieron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, con lo cual se presenta, un fallo incongruente o una decisión extrapetita.²⁰”

El aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, se relaciona con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión. En tal virtud, se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración:

- i.) El laudo recayó sobre materias que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento, por tratarse de asuntos que no eran de carácter transigible de acuerdo con la Constitución Política y la ley.*
- ii.) El laudo recayó sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral, de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o del compromiso.*
- iii.) El laudo recayó sobre puntos no pedidos en la demanda o en su respuesta, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónico con los extremos del proceso*

¹⁹ En Sentencia de 23 de agosto de 2001, Exp. 19090, C.P. María Elena Giraldo Gómez, la Sección se pronunció sobre el supuesto de hecho del numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993, el cual como se señaló es idéntico al establecido en el numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

²⁰ Sentencia de 4 de abril de 2002, Exp. 20356, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Igualmente, en Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326, C.P. Daniel Suárez Hernández, se dijo: “En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes quienes habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de congruencia, puesto que estarán decidiendo por fuera de concreto tema arbitral.”

*y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.”²¹
(Se resalta).*

De los argumentos esgrimidos en el escrito de sustentación se desprende que, con apoyo en esta causal, el recurrente pretende la anulación del laudo por virtud de los siguientes cargos: **A)** Por considerar que el laudo recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, y **B)** Por estimar que el laudo concedió más de lo pedido.

A) El laudo recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.

A juicio del recurrente, el Tribunal no estaba habilitado para conocer y pronunciarse sobre la demanda arbitral por las siguientes razones:

- (i) *El pacto arbitral estaba supeditado a una condición suspensiva que, al no cumplirse, impedía a las partes atribuir competencia a la justicia arbitral.*

Para el recurrente la cláusula compromisoria solo entraba a regir si, como trámite previo, “*el contratista hubiera enviado al INCODER, a través del interventor un memorando de reclamación en el que indicara sus reservas y los montos de las reclamaciones en relación con una orden, de ejecución de obra o de cualquier otra índole... relacionada con el contrato*”, y que como en el presente caso no existe prueba que acredite el cumplimiento de tal condición, la habilitación del Tribunal no podía fundarse en dicha cláusula.

Frente a lo sostenido por el recurrente conviene precisar la distinción que existe entre el sometimiento de una estipulación contractual –como lo es la cláusula compromisoria– a una condición suspensiva, cuestión perfectamente lícita, posible y viable desde el punto de vista jurídico en oposición a la inclusión, en dicha cláusula, de requisitos de procedibilidad condicionantes para hacer efectivo el acceso a la justicia arbitral, los cuales serían exigibles a los árbitros y no a las partes mismas.

En cuanto al primero de los aspectos señalados se tiene que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1530 del Código Civil, “*Es obligación condicional*

²¹ Sentencia del 8 de junio de 2006; expediente número 29.476; actor: Telecom en Liquidación. Consejero Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no"; así mismo, que la condición es suspensiva "si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho" (art. 1536 del C.C.), todo lo cual trae como consecuencia, a veces del artículo 1542 de dicho Código, la imposibilidad de "exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente".

Y como se precisa en la doctrina,

"no puede calificarse de "condición" lo que simplemente es el lleno o cumplimiento de los requisitos legales para que un determinado acto sea válido. Tampoco, la dependencia de un derecho a un suceso futuro e incierto señalado por la ley o una mera subordinación por causa de una necesidad material, que serían constitutivos, no de un derecho condicional, sino eventual" ²² (Se resalta)

Siguiendo estas premisas no es posible concluir, como lo pretende el recurrente, que en el presente caso la cláusula compromisoria haya sido sometida a condición suspensiva y menos aún que ésta consista en el hecho de haberse enviado al INCODER un memorando contentivo de alguna reclamación relacionada con el contrato.

Lo anterior teniendo en cuenta, en primer lugar, que esa supuesta "condición" no alude en modo alguno a un hecho futuro, presupuesto legal esencial en esta clase de obligaciones, sino a la constatación de una circunstancia preexistente –que "el contratista hubiera enviado al INCODER, a través del interventor un memorando de reclamación en el que indicara sus reservas y los montos de las reclamaciones en relación con una orden, de ejecución de obra o de cualquier otra índole... relacionada con el contrato"–. Y en segundo término, porque tal suceso fue previsto en la cláusula 44 del Pliego de Condiciones –acápites alusivos a la Solución de Controversias– pero **a efectos de indicar la actuación o trámite que el Interventor debía darle al respectivo memorado:**

44. Solución de Controversia

44.2 Solución de Controversia

44.1.1. Actuación del Interventor

²² PEREZ VIVES, Alvaro. "Teoría General de las Obligaciones". Volumen III Parte 2. Segunda Edición. Universidad Nacional de Colombia. 1857. Páginas 37, 38.

(i) Si surge una controversia entre el INCODER o el Interventor y el Contratista, debido a reservas expresadas por el contratista a una orden de ejecución, o de cualquier otra índole, el contratista enviará al INCODER, a través del Interventor, un memorando de reclamación en la cual justificará sus reservas e indicará a los montos de las reclamaciones.

(ii) Una vez que dicho memorando haya sido enviado por el Interventor con su opinión, al INCODER, éste notificará o hará que se notifique su propuesta al contratista para el arreglo de la diferencia, dentro de un plazo de quince (15) días contados a partir de la fecha de recibo por el Interventor del memorando de reclamación.

En caso de no lograrse acuerdo entre la entidad y el contratista se procederá de acuerdo a la cláusula Décima novena de la minuta del contrato. (Se subraya)

Los apartes transcritos evidencian, además, que no era la existencia de un memorando de reclamación el que daba paso a la justicia arbitral, evento que, a juicio del recurrente, se constituía en la condición suspensiva de la cláusula arbitral, sino la falta de respuesta al mismo o la inconformidad con la decisión allí contenida, según quedó señalado en la cláusula 44.1.5:

44.1.5. Procedimiento Contencioso.

(i) Si dentro de un plazo de tres (3) meses a partir de la fecha de recibo por la INCODER el memorando complementario mencionado en la Subcláusula 4[4].1.1. (ii) esta no ha notificado ninguna decisión al contratista o si éste no acepta la decisión que le haya sido notificada, la controversia será resuelta por medio del arbitraje.

De cualquier modo, los eventos indicados en la precitada cláusula tampoco dan lugar a entender la existencia de la aludida condición, en tanto que no aluden a eventos futuros de incierta ocurrencia, sino a simples requisitos o presupuestos, los cuales, como pasa a verse, no tienen la virtud de limitar o restringir el ejercicio de la competencia arbitral.

En efecto, en punto de los requisitos de procedibilidad condicionantes del acceso a la justicia arbitral²³, conviene recordar que las partes no pueden exigir

²³ Expediente No. 33.644

el agotamiento de requisitos o instancias previas, con carácter de presupuestos procesales; así lo ha señalado la Sala en los siguientes términos:

“Sobre el contenido de esta parte inicial del pacto arbitral, en el cual, las partes convinieron que antes de acudir al tribunal de arbitramento intentarían solucionar el conflicto mediante arreglo directo, resulta pertinente precisar que tales estipulaciones, fijadas como requisito previo a la convocatoria del tribunal de arbitramento, en manera alguna pueden convertirse en requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral; en otras palabras y sin perjuicio de que las partes puedan acordar, de manera válida y lícita, la realización de diversas actuaciones encaminadas a solucionar directamente las diferencias que surjan entre ellas o el transcurso de unos plazos determinados, lo cierto es que esas estipulaciones no están llamadas a generar efectos procesales frente al juez arbitral, puesto que las partes no se encuentran facultadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad que sólo pueden establecerse por vía legislativa²⁴, máxime si se tiene presente que las normas procesales son de orden público, de derecho público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, de conformidad con los dictados del artículo 6 del C. de P. C.

“Así pues, la inobservancia de esos requisitos convencionales, en manera alguna pueden tener efectos procesales frente a los árbitros, para impedirles que asuman conocimiento del asunto, ni tienen entidad para afectar la validez de sus decisiones.

“La imposibilidad en que se encuentran las partes para convenir requisitos de procedibilidad que obligatoriamente debieren agotarse antes de ejercer las acciones correspondientes ante el respectivo juez arbitral –cuestión que incluye la convocatoria misma del correspondiente tribunal-, encuentra reafirmación clara en el hecho evidente de que a las partes no les es dado negociar la suspensión o la interrupción del término de caducidad consagrado en la ley para determinadas acciones judiciales; nótese que si las partes pudieren convenir o acordar determinados requisitos de procedibilidad, con efectos vinculantes para el juez arbitral, como por ejemplo definir el transcurso de un tiempo mínimo o el agotamiento de ciertas formas de solución alternativa de conflictos como la conciliación, antes de que puedan presentar su correspondiente demanda o convocatoria, naturalmente deberían poder acordar también que mientras se agotan esos requisitos no transcurrirá el término de caducidad de la acción o que el mismo se tendría por suspendido, materia sobre la cual, se insiste en ello, en modo alguno pueden disponer convencionalmente las partes”.

“...”

“... en relación con el trámite previo a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, se advierte que de conformidad con lo pactado en la cláusula compromisoria, las partes previeron que antes de acudir a la justicia arbitral podían optar por resolver sus diferencias mediante

²⁴ Tal como, por ejemplo, la Ley 640 estableció la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en algunos casos específicos.

arreglo directo; sin embargo, como ya se indicó, dicha posibilidad tenía carácter genérico y abstracto, en la medida en que no se determinó cuál de los mecanismos de solución directa de conflictos sería el aplicable: si la conciliación, la amigable composición o la transacción; a esto se agrega que tales mecanismos se pactaron como optativos y no obligatorios, razones por las cuales dicha estipulación no contenía elementos vinculantes para las partes ni constituía requisito de procedibilidad para la convocatoria del tribunal arbitral.

*Pero es más, incluso si las partes hubieren convenido de manera obligatoria la necesidad de agotar previamente una determinada etapa de arreglo directo o el transcurso de un plazo antes de que alguna de ellas pudiese proceder a formular la correspondiente demanda (convocatoria), en ese evento, como ya se indicó, **esa exigencia no podría generar efectos procesales para los árbitros, puesto que ello no sería más que la consignación de un requisito o presupuesto de procedibilidad no previsto en las normas procesales, para cuyo efecto no se encuentran facultadas las partes**, requisito que además de alterar indebidamente el referido ordenamiento procesal, constituiría un obstáculo inadmisibles para que cada parte pudiese ejercer su correspondiente derecho fundamental de Acceso a la Administración de Justicia, consagrado en el artículo 229 constitucional”²⁵ (Se deja resaltado).*

También ha precisado la Sala que

“si por expresa disposición constitucional –artículo 116- los particulares pueden ser investidos transitoriamente de facultades jurisdiccionales, una vez las partes interesadas solicitan la convocatoria de un tribunal de arbitramento, la entrada en funcionamiento de esa justicia arbitral queda per se cobijada por las mismas condiciones que rigen la jurisdicción ordinaria, dentro de las cuales se encuentra precisamente la imposibilidad de exigir requisitos de procedibilidad para su ejercicio, salvo por expresa disposición legal.”²⁶

En este orden de ideas se concluye que en el asunto que en este proceso ocupa la atención de la Sala, el Tribunal de Arbitramento sí contaba con habilitación para conocer de la controversia sometida a su consideración en la demanda arbitral, toda vez que la efectividad de la cláusula arbitral no pendía del acaecimiento de condición suspensiva alguna y, de otro lado, los requisitos señalados y acordados por las partes como trámites previos para acceder a la justicia arbitral en modo alguno pueden tener la virtualidad de restringir, limitar o afectar el ejercicio de dicha competencia.

²⁵ Sentencia del 4 de diciembre de 2006; expediente número 32.871; actor: Consorcio LAR.

²⁶ Sentencia del 27 de marzo de 2008. Expediente No. 33.644. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A. E.S.P.

Por consiguiente, los señalamientos formulados en sentido contrario por el recurrente quedan categóricamente desvirtuados.

(ii) *Los árbitros fallaron por fuera de los límites previstos en el pacto arbitral.*

Según la recurrente, la convocante ejerció de manera tardía y equivocada el contenido del capítulo de solución de controversias, porque presentó la demanda arbitral cuando ya se encontraba finalizada la ejecución del contrato y defirió al tribunal la solución de controversias distintas de aquellas previstas en los pliegos de manera concreta, en tanto que la convocatoria del Tribunal “*no guardaba relación con ninguna reclamación presentada en memorando al INCODER a través del interventor (cláusula 44.1 de los pliegos)*”, como tampoco “*con omisión o retardo del INCODER para responder a dicha reclamación, ni con falta de aceptación de la decisión que le hubiere sido notificada (cláusula 44.1.5. de los pliegos) al Consorcio*”.

Frente a tales señalamientos conviene recordar que, en efecto, en la habilitación de los árbitros bien puede tener incidencia la delimitación material que las partes impongan al ámbito de competencia del Tribunal de Arbitramento, en el sentido de circunscribir su actuación a específicos y determinados asuntos o controversias²⁷. Sin embargo, en el presente caso la Sala encuentra que el cuestionamiento formulado en este punto por el recurrente no hace referencia a dicho aspecto, sino que, en estricto rigor se basa en el mismo supuesto de incompetencia que acaba de estudiarse en el aparte inmediatamente anterior de este proveído, esto es, en el hecho de que de conformidad con lo dispuesto en los pliegos de condiciones, la solución contenciosa de las controversias judiciales únicamente tendría lugar en caso de que frente al memorando de reclamación que el contratista, por conducto del interventor, enviara a la entidad “*debido a reservas expresadas por el contratista a una orden de ejecución o de cualquier otra índole*”, no se llegara a un acuerdo entre la entidad y el contratista (cláusula 44.1.1.), o, transcurrieran 3 meses sin que la entidad notificara alguna decisión al contratista o éste no aceptara la decisión notificada (cláusula 44.1.5.).

²⁷ Expediente No. 33.644

Como bien puede advertirse, el recurrente en este punto nuevamente cuestiona la competencia del Tribunal acudiendo al argumento, ya refutado, de la existencia de requisitos de procedibilidad condicionantes de la operancia de la justicia arbitral, el cual, como quedó dicho, resulta inadmisibile.

(iii) *La controversia sometida por la convocante al conocimiento de los árbitros versaba sobre actos administrativos en firme, que no son transigibles y cuyo juzgamiento está reservado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*

Acerca de la materia relacionada con las facultades de los tribunales de arbitramento para pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos y, en particular, de aquellos expedidos con ocasión de la celebración de los contratos estatales, la Sala considera oportunas las siguientes reflexiones y precisiones:

1.- Breve recuento de los criterios jurisprudenciales que han orientado las decisiones de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre dicha materia.

Si bien la Sala se ha ocupado en varias ocasiones del preciso asunto que en esta oportunidad se pretende revisar, sin duda alguna del sinnúmero de pronunciamientos que al respecto se han efectuado resultan de gran importancia y relevancia los criterios y motivaciones contenidos en los fallos que a continuación se reseñan:

- En sentencia del 23 de febrero de 2000²⁸ se precisó que *“la jurisdicción contencioso administrativa está instituida, entre otras cosas, para el juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, aspecto este en el cual, sin duda, se encuentra comprometido el ejercicio del poder público, que no resulta transigible ni puede estar sujeto a la voluntad de las partes en un contrato”*; así mismo se dijo que los antecedentes jurisprudenciales existentes permitían:

“... resaltar el criterio constante de entender excluidas de la competencia de los jueces arbitrales, el control de los actos

²⁸ Expediente No. 16.394. Actor: Consorcio Hispano-Alemán. Consejero Ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

administrativos atinentes a la declaratoria de caducidad y sus efectos, incluido el incumplimiento del contratista, por cuanto este aspecto constituye causal para declarar la caducidad de contrato. Es más, **igual deducción podía hacerse válidamente, como en efecto se hizo, con relación a los demás actos en que la administración hiciera uso de las facultades excepcionales de que se halla revestida** (v. gr. terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato; imposición de multas; declaración del incumplimiento del contratista; liquidación unilateral del contrato, etc.), **en orden a procurar y garantizar el buen servicio público y la preservación del interés público.**

(...)

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.**" (Se resalta)

- En sentencia del 8 de junio de 2000²⁹ la Sala reiteró las conclusiones expresadas en la citada sentencia del 23 de febrero de 2000, al paso que negó, de manera general, la competencia de los árbitros respecto de los actos administrativos. En efecto, allí se precisó que el examen de dicho asunto "con antelación a la vigencia de la Ley 80 de 1993", permitía arribar a las siguientes conclusiones:

"() 1° 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.

2° **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.**

²⁹ Expediente No. 16.973. Actor: Consorcio Amaya – Salazar. Consejero Ponente Dr. Alier E. Hernández Enríquez.

3° 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).

4° 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 (...). (Se resalta)

- Seguidamente, frente a los “alcances y límites de la justicia arbitral en la Ley 80 de 1993”, se mantuvo en esencia ese mismo criterio considerando que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, la justicia arbitral debe operar en los términos que determine la ley y que

“en ningún momento el estatuto de contratación estatal haciendo referencia a los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993] 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.

(...)

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.”

Se consideró igualmente que **el control de 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**". (Se resalta)

Por consiguiente, se concluyó que

"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 legalidad." (Se resalta y subraya)

- En la sentencia del 23 de agosto de 2001³⁰ se mantuvo el criterio reseñado, esta vez con apoyo en lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, para señalar que ya con anterioridad a dicho pronunciamiento constitucional la Sala había advertido **"sobre la incompetencia de la justicia arbitral para conocer sobre los actos administrativos que se expiden en desarrollo de la actividad contractual"**; al efecto hizo mención de los siguientes fallos:

"A partir de la sentencia del 15 de mayo de 1992 (31) sostuvo que si bien el juzgamiento sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales estaba reservado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo "() las partes podían válidamente atribuir competencia a los jueces arbitrales para conocer de las consecuencias económicas de dichos efectos ()".

Posteriormente en sentencia de 16 de junio de 1997 precisó que no era posible que tanto la justicia arbitral como la contenciosa administrativa pudieran conocer y decidir sobre la misma materia (...).

La posición anterior, ha sido reiterada por esta Sección, entre otros, en sentencias proferidas dentro de los juicios 16.394 del 23 de febrero de 2000 y 16.973 del 8 de junio de 2000."

- En idénticos términos se pronunció la Sala dentro del expediente 21.704³² mediante providencia en la cual también fueron acogidos los señalamientos efectuados en la sentencia de 23 de febrero de 2000.

³⁰ Expediente No. 19.090. Actor: Instituto de Desarrollo Urbano. Consejero Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.

³¹ Nota original de la sentencia citada: "Expediente No. 5326".

³² Sentencia del 7 de febrero de 2002. Actor: Coodeter Ltda. Consejero Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

- A su turno, en el fallo del 27 de junio de 2002³³, la Sala sostuvo que

*“La Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de dicho artículo y del 70 de la ley 80 de 1993, en fallo proferido el día 25 de octubre de 2000 aclaró que la facultad dada a los árbitros para resolver conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, desarrollo, terminación y liquidación de los contratos estatales **no se extiende a los actos administrativos expedidos en desarrollo de dicho proceso ...”***

Al aplicar ese criterio en el caso objeto de su decisión, concluyó que las controversias expuestas por la convocante *“sí podían ser sometidos al conocimiento de la justicia arbitral, ya que no se encuentra tal controversia **dentro de la zona vedada a la justicia arbitral como es la de conocer o pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos”***.

- El criterio al cual se viene haciendo mención fue nuevamente acogido por la Sala el 4 de julio de 2002³⁴, en los siguientes términos:

*“La Corporación ha considerado que **las controversias relativas a la validez de los actos administrativos son de competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa, en la medida en que, como consecuencia del principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, no le es dable al Estado despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas, y por lo tanto, no le es dable transigir sobre la legalidad de los actos expedidos en su ejercicio.**”* (Se resalta)

- En esa misma fecha, dentro del expediente No. 19.333³⁵, se afirmó igualmente que *“no es posible someter a la decisión de árbitros el juzgamiento de actos administrativos”*, entendiendo por tales las *“expresiones de la administración”* que *“constituyen o contienen el uso de poderes y prerrogativas propias del Estado y, por tanto, exorbitantes de las facultades y derechos que se predicán respecto de las relaciones contractuales de los particulares”*. Este criterio fue acogido por la Sala en sentencias del 9 de octubre de 2003³⁶ y 11 de marzo de 2004³⁷.

³³ Expediente No. 21.040. Actor: INVIAS. Consejero Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.

³⁴ Sentencia proferida dentro del expediente No. 21.217. Consejero Ponente Dr. Alier E. Hernández Enríquez.

³⁵ Sentencia del 4 de julio de 2002. Actor: Consorcio Carlos Julio Rivera-José Fernando Peñalosa Rengifo. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar

³⁶ Expediente No. 16.718. Actor: Departamento de Casanare. Consejero Ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

³⁷ Expediente No. 25.021. Actor: CISA. Consejero Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.

- Así mismo, en providencia del 20 de mayo de 2004³⁸ la Sala sostuvo que

*“En relación con los conflictos derivados de los contratos estatales la ley facultó a las partes para someterlos al ámbito de competencia de la justicia arbitral, **salvo en lo relacionado con el control jurídico de los actos administrativos**, el cual no fue incluido en forma expresa dentro de las diferencias que pueden ser sometidas a su conocimiento”. (Se resalta)*

En apoyo de lo dicho se hizo referencia al artículo 70 de la Ley 80 de 1993, así como a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, para finalmente concluir que:

*“De lo estudiado, para la Sala se desprende la primera conclusión atinente a que por virtud de la ley, las controversias presentadas en la celebración, ejecución y **liquidación de los contratos estatales pueden** ser sometidas al conocimiento de la justicia arbitral siempre y cuando no tengan que ver con aspectos de legalidad **de los actos dictados por la Administración en desarrollo de los poderes excepcionales ...**” (negritas del texto original)*

- Seguidamente, en la sentencia del 10 de marzo de 2005³⁹ la restricción al ejercicio de la competencia arbitral frente a los actos administrativos contractuales se estableció en los siguientes términos:

*“... las controversias presentadas en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos administrativos **pueden** ser sometidas al conocimiento de la justicia arbitral **siempre y cuando no tengan que ver con los aspectos de legalidad de los actos administrativos materiales.**”*

- En el fallo del 14 de abril de 2005⁴⁰, la Sala nuevamente hizo referencia a los actos administrativos proferidos en ejercicio de las potestades excepcionales:

*“La causal fundada en la imposibilidad que tienen los árbitros de juzgar actos administrativos no se configura, en tanto la jurisprudencia mayoritaria de esta sección⁴¹ y de la Corte Constitucional⁴² que se ha desarrollado sobre el tema, señalan que **lo vedado a los árbitros es***

³⁸ Expediente No. 25.154. Actor: Municipio de Recetor. Consejero Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.

³⁹ Expediente No. 27.946. Actor: AEROCIVIL. Consejero Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

⁴⁰ Expediente 25.489. Actor: Electrohidráulica S.A. Consejero Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴¹ Nota original de la sentencia citada: “Sentencia de 11 de junio de 2000. Exp. 16.973.”

⁴² Nota original de la sentencia citada: “Mediante sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000 se declaró la exequibilidad condicionada de los arts. 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”.

asumir el juzgamiento de los actos administrativos expedidos por la entidad pública en ejercicio de sus potestades exorbitantes, actos inseparables que inciden en la relación negocial misma y que mantienen su naturaleza contractual.” (Se resalta)

- Y en providencia del 28 de abril siguiente⁴³ puntualizó lo siguiente:

“En ese sentido el juez arbitral no se pronunció sobre puntos no sujetos a su conocimiento, ni sobre aquellos frente a los cuales están vedadas sus competencias, como cuando dicha cláusula permitiría el juzgamiento de aspectos que comprometen el orden público, el régimen constitucional, o cuando implican un menoscabo de la autoridad del Estado.” (Se resalta)

- Al proferir la sentencia de agosto 29 de 2007⁴⁴ se insistió en que **“el control de legalidad de los actos administrativos escapa al conocimiento de la justicia arbitral”**. Al efecto se hizo mención de lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, así como de lo dicho por la Sala en pronunciamientos anteriores a propósito de lo cual se transcribieron algunos apartes del proveído de junio 8 de 2000 en el cual se hace expresa alusión a los actos administrativos expedidos en ejercicio de los poderes exorbitantes.

- En sentencia del 27 de marzo de 2008⁴⁵ la Sala dijo reiterar su posición en el sentido de que

“no es posible que la justicia arbitral conociera y determinara la legalidad de actos administrativos generales y aquellos actos particulares contractuales que involucren el ejercicio de potestades exorbitantes, cuya competencia en cuanto a determinar su validez corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”

- En esa misma fecha, dentro del expediente 36.644⁴⁶, con apoyo en la normatividad vigente, así como en los lineamientos expuestos por la Corte Constitucional sobre la materia, la Sala efectuó las siguientes precisiones respecto de la competencia de los jueces arbitrales para pronunciarse acerca de la legalidad de actos administrativos lo cual obviamente comportó una modulación significativa en relación con la postura uniforme y reiterada que hasta entonces se había sostenido, al señalar que:

⁴³ Expediente 25.811. Actor: Rafael Tono Lemaitre. Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁴ Expediente No. 15.469. Actor: Mario Eduardo Rosasco.

⁴⁵ Expediente No. 33.645. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. Consejero Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio

⁴⁶ Demandante: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

“En materia contractual se encuentran excluidos de la competencia de los árbitros i) los actos administrativos de contenido particular y concreto que se expidan en ejercicio de potestades o facultades excepcionales en los términos previstos por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-1436 de 2000 y ii) los actos administrativos de carácter general proferidos en desarrollo de la actividad contractual de la Administración. Podrán, en cambio, ponerse en conocimiento de los árbitros los actos administrativos contractuales de contenido particular que no provengan del ejercicio de facultades excepcionales, dado que respecto de tales actos se reconoce la capacidad dispositiva de las partes, según se desprende de la misma sentencia C-1436 de 2000 en consonancia con los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998.

En asuntos de otra naturaleza, queda también proscrito para los árbitros adelantar juicios de legalidad referidos a i) actos administrativos generales, así como respecto de ii) actos administrativos de contenido particular y concreto que por expresa disposición legal deban someterse a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En cambio, tal competencia sí se advierte respecto de los actos administrativos de contenido particular, ya que el hecho de su transigibilidad, fundado en los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998, hace operante el enunciado normativo del artículo 115 del Decreto 1818 de 1998.”

- Finalmente, las sentencias de octubre 15⁴⁷ y diciembre 3 de 2008⁴⁸ reiteraron *in extenso* los pronunciamientos efectuados por la Sala en las sentencias de 23 de febrero de 2000 y 23 de agosto de 2001, limitando, en consecuencia, la competencia de la justicia arbitral al conocimiento de las controversias contractuales transigibles, criterio bajo el cual se excluye de ese ámbito el control jurídico de los actos administrativos expedidos por la Administración en ejercicio de las potestades exorbitantes que en materia de contratación le confiere la ley.

Tal ha sido y es, entonces, el estado de la cuestión en la jurisprudencia de esta Corporación.

2.- Decisiones de la Corte Constitucional respecto de la competencia de la justicia arbitral para pronunciarse sobre los actos administrativos expedidos con ocasión del contrato estatal.

En cuanto atañe a las controversias que pueden suscitar los contratos estatales, la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, al resolver la

⁴⁷ Expediente No. 35.483. Actor: Electroatlántico Ltda. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁸ Expediente No. 34.302. Actor: Lotería de Santander. Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

demanda de inconstitucionalidad formulada contra los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993⁴⁹, declaró la exequibilidad de tales disposiciones pero la condicionó en los siguientes y precisos términos:

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

De la mayor importancia resulta tener presente que al momento de proferir la aludida declaratoria de exequibilidad condicionada de los mencionados artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional se apoyó en los razonamientos y en las argumentaciones que se transcriben a continuación:

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

La pregunta que surge, entonces, es si los árbitros, en estos casos, pueden pronunciarse también, frente a las divergencias que surjan entre las partes en relación con los actos administrativos que dicta la administración con ocasión de la celebración, el desarrollo, la

⁴⁹ **“Artículo 70.-** DE LA CLAUSULA 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.”

terminación y la liquidación del contrato, teniendo en cuenta que si bien el Estado en materia contractual se rige por los principios de la contratación entre particulares, con preeminencia de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes contratantes, también se rige por disposiciones extrañas a la contratación particular, las cuales buscan la conservación y prevalencia del interés general, como la satisfacción de las necesidades de la comunidad, implícitas en los contratos estatales.

(...)

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

(...)

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

el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del **ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista**. Este análisis, entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces.

Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, **el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares.**

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.” (Se ha resaltado y subrayado)

En tanto dicha decisión se encuentra acompañada de los efectos propios de la cosa juzgada constitucional, naturalmente resulta de obligatorio acatamiento para esta Corporación, en razón a lo dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política.

Sin embargo, advierte la Sala que el condicionamiento al cual sujetó la Corte Constitucional la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, esto es en cuanto se entienda que esas normas legales no facultan a los árbitros “*para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales*”, estuvo fundado en y limitado a la precisa comprensión que al momento de adoptar tal decisión tuvo la Corte respecto de los aludidos “*poderes excepcionales*” que en materia de contratación le han sido atribuidos a las Entidades del Estado, asunto que integra la *ratio decidendi* del fallo⁵⁰.

⁵⁰ En este sentido, ver Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 3 de diciembre de 2008. Expediente No. 34.745. Demandante: Móvil Tech S.A.

En efecto, la *ratio decidendi*, “entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica”⁵¹, tal como lo ha señalado la propia Corte Constitucional, debe ser identificada y precisada en sus alcances por “los jueces posteriores, o el mismo juez, en casos ulteriores ... de suerte que la doctrina vinculante de un precedente ‘puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido **sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores**’ ”⁵². (Se resalta)

A ésta particular condición de la *ratio decidendi* se ha referido la doctrina en los siguientes términos:

*“... sólo con base en un análisis ulterior de los hechos, pretensiones, disposiciones constitucionales relevantes y los criterios determinantes de la decisión puede el juez posterior determinar cuál fue la *ratio decidendi* de un caso anterior y, de esta manera, aplicarla a un caso actual.*

*(...) A pesar de que en una determinada sentencia la Corte singularizara una *ratio decidendi*, en un caso posterior la propia Corte podría identificar una *ratio decidendi* distinta en una sentencia anterior, para comenzar desde allí una nueva línea jurisprudencial.*

*Por todo esto debe decirse que la determinación de la *ratio decidendi* es una tarea que le compete sólo al juez del caso posterior. Es únicamente este juez el autorizado para interpretar las sentencias anteriores, identificar en ellas los precedentes y, hacia el futuro, aplicarlos o modificarlos.”*⁵³

De igual manera ha precisado la Corte Constitucional que para la identificación de la *ratio decidendi* “es necesario tener en cuenta tres elementos: (i) la norma objeto de la decisión de la Corte, (ii) el referente constitucional que sirvió de base a la decisión y (iii) el criterio determinante de la decisión.”⁵⁴

Pues bien, al examinar la referida sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, a la luz de tales criterios, encuentra la Sala –como ya se ha indicado– que (i) las disposiciones normativas objeto de dicho pronunciamiento fueron los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 relativos a la autorización que la ley impartió a las entidades estatales contratantes para pactar la cláusula

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-1300 de 6 de diciembre 2001. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia SU- 047 de 29 de enero de 1999.

⁵³ BERNAL PULIDO, Carlos. “El Derecho de los Derechos”. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá. 2005. Págs. 179, 180.

⁵⁴ Sentencia C- 039 de 28 de enero de 2003. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda.

compromisoria en sus contratos; (ii) los referentes constitucionales que sirvieron de base a la decisión fueron los artículos 116 –ejercicio de la función jurisdiccional– y 238 –atribuciones y competencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo– de la Constitución Política; finalmente, (iii) el criterio determinante al cual acudió la Corte Constitucional para proferir su decisión, como ya quedó resaltado, consistió en puntualizar que los **actos administrativos contractuales derivados del ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales** al derecho común comportan la expresión de la autoridad del Estado, materia que, para efectos de su control judicial, constitucionalmente se encuentra reservada a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Ese mismo entendimiento aparece ratificado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-174⁵⁵, en la cual dijo reiterar la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-1436 de 2000, en cuanto allí *“concluyó que el análisis sobre la validez de los actos exorbitantes que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de los árbitros”*.

Con base en tales presupuestos concluye la Sala que la *ratio decidendi* del pronunciamiento de exequibilidad condicionada contenido en la sentencia C-1436 de 2000 se encuentra en la precisión que hizo el máximo Tribunal Constitucional al señalar **que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado**.

Ahora bien, para lograr la mejor comprensión acerca del condicionamiento que la Corte Constitucional impuso a la exequibilidad de los referidos artículos 70 y 71 de la Ley 80 y con el fin de cumplir, acatar y respetar la mencionada sentencia de constitucionalidad C-1436 de 2000 en sus verdaderos sentido y alcance, se impone indagar y clarificar qué fue exactamente lo que la Corte Constitucional entendió por tales *“actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”*.

⁵⁵ Proferida el 14 de marzo de 2007. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Y al efectuar el examen detallado y cuidadoso de la Sentencia C-1436 de 2000, la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos *actos administrativos* –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993⁵⁶, es decir: **a)** interpretación unilateral del contrato; **b)** modificación unilateral del contrato; **c)** terminación unilateral del contrato; **d)** sometimiento a las leyes nacionales; **e)** caducidad y **f)** reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión.

Dilucidados y limitados así tanto el sentido como el alcance del condicionamiento al cual la Corte Constitucional supeditó la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, todo en íntima conexión y con estricto apego a la *ratio decidendi* que le sirvió de fundamento, se impone concluir que los demás actos administrativos contractuales –es decir aquellos que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa

⁵⁶ “**ARTICULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. 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 ejercite 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.

2o. 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 de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

(...).” (Subrayas fuera del texto)

recoge el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, conjunto al cual la Corte Constitucional circunscribió en esa ocasión la noción de “*poderes excepcionales*”–, los demás actos administrativos contractuales –se repite– sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto.

Sin perjuicio de las conclusiones que se dejan expuestas, importa destacar que el alcance del concepto de los “*poderes excepcionales*” al cual se refirió la Corte Constitucional en su Sentencia C-1436 de 2000 para efectos de establecer el condicionamiento al cual sometió la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80, no coincide con el sentido y el alcance que la mayoría⁵⁷ de la Sala le atribuye a la noción de “*poderes excepcionales*”, expresiones que, por tanto, resultan iguales en sus aspectos lingüístico, fonético y gramatical pero difieren en cuanto a su contenido o aspecto material.

⁵⁷ Se alude a la “*mayoría*” de la Sala y no a la totalidad de la misma, puesto que quien ha actuado como ponente de este fallo, en criterio individual que coincide con el alcance que a la noción de los “*poderes excepcionales*” le atribuye la Corte Constitucional en su sentencia C-1436 de 2000, estima que el carácter de “*excepcional*”, que por su propia naturaleza debe interpretarse de manera estricta y restringida –sin que sea susceptible entonces de interpretación amplia o extensiva y menos de aplicación por vía de analogía–, únicamente puede predicarse en relación con las precisas y específicas facultades o poderes a los cuales la propia Ley 80 de 1993, de manera expresa y precisa, identificó y calificó en su artículo 14 como “... cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad ...”, por manera que no le es dable al intérprete desatender el tenor de la norma legal para extenderle el carácter de cláusulas o poderes excepcionales a facultades diferentes, como las de imposición de multas, liquidación unilateral, exigibilidad de las garantías, etc. Además, si se identifican como excepcionales TODOS los poderes que las entidades estatales contratantes ejerzan o pueden ejercer de manera unilateral en desarrollo de los contratos de los cuales sean parte, es claro que los mismos dejarán de ser excepcionales para pasar a ser la generalidad de tales prerrogativas. Este criterio, según el cual únicamente pueden tenerse como cláusulas excepcionales aquellas que de manera expresa y taxativa así fueron calificadas por el artículo 14 de la Ley 80 y que, por tanto, le niega el carácter de cláusula o poder excepcional a otras facultades como la de liquidación unilateral, la de imposición de multas, etc., encuentra apoyo en diversos pronunciamientos efectuados por el propio Consejo, como los que a título ilustrativo se relacionan a continuación: **(1)** Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza. Diciembre 14 de 2000, radicación número: 1293; **(2)** Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Mayo 25 de 2006, radicación número: 11001-03-06-000-2006-00050-00 (1748). **(3)** Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 30832. Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez. **(4)** Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 11 de diciembre de 1989, expediente 5.334. **(5)** Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de Junio 22 de 2000, expediente 12.723. Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez. **(6)** Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de Agosto 31 de 2006, expediente 14.287.

En efecto, según se desarrolló anteriormente, de conformidad con la *ratio decidendi* de la Sentencia C-1436 de 2000, en esa ocasión la Corte Constitucional –bueno es reiterarlo– asimiló o identificó los “*poderes excepcionales*” que en materia de contratación se encuentran consagrados a favor de las entidades estatales, con el conjunto de facultades –y exclusivamente esas– que la Ley 80 de 1993 consagra en su artículo 14.

Por el contrario, para la mayoría de la Sala los *poderes excepcionales* o tradicionalmente conocidos también como *exorbitantes* –en cuanto exceden la órbita que integra el marco dentro del cual se desarrollan los contratos que, en pie de igualdad jurídica, celebran los particulares entre sí, de conformidad con la teoría general de los contratos–, corresponden a la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes –en la esfera de los contratos de derecho público– para adoptar decisiones unilaterales que resultan vinculantes para los particulares contratistas quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de subordinación jurídica respecto de su contratante la Administración Pública, a la cual le corresponde velar por el interés general cuya satisfacción se encuentra inmersa en la celebración y consiguiente ejecución de cada contrato estatal.

Desde esa perspectiva cabe precisar entonces que la diferencia que existe en cuanto al contenido o el alcance de las dos clases o especies de la noción de *poderes excepcionales* que aquí se han descrito, esto es aquella a la cual hace referencia la Corte Constitucional en su sentencia C-1436 de 2000, por un lado y, por el otro, el concepto al cual de ordinario alude en asuntos de contratación pública la mayoría de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radica en que mientras el Tribunal Constitucional identificó en su condicionamiento de exequibilidad los “*poderes excepcionales*” con aquellos que consagra exclusivamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esta Sala, por el contrario, considera que forman parte del género de los “*poderes excepcionales*” todas aquellas facultades, atribuciones o prerrogativas que autorizan o permiten a las entidades estatales contratantes la adopción de actos administrativos contractuales, incluidos aquellos a los que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 pero sin limitarse a ellos, por manera que además de las referidas competencias para adoptar decisiones unilaterales vinculantes en virtud de a) la interpretación unilateral; b) la modificación unilateral; c) la terminación unilateral; d) la caducidad administrativa; e) el

sometimiento a las leyes nacionales, y f) la reversión, también deben entenderse como parte de los “*poderes excepcionales o exorbitantes*” –pero no para efectos del entendimiento y aplicación de la sentencia C-1436 de 2000–, los demás actos administrativos contractuales como son, por ejemplo, los que imponen multas, de conformidad con las previsiones del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; los que declaran la terminación unilateral del contrato por la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en alguno de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, según los dictados del artículo 45 del mismo Estatuto de Contratación Estatal; los que corresponden a la liquidación unilateral de los contratos, de conformidad con las previsiones del artículo 61 de la misma Ley 80; los que determinan u ordenan la exigibilidad de las garantías constituidas para amparar diversos riesgos de naturaleza contractual; etc.

3.- Condiciones para el ejercicio de la justicia arbitral. La transigibilidad como exigencia legal, que no constitucional.

Según lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-294 de 1995, la justicia impartida por los árbitros se encuentra limitada de manera general así:

*“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.**”* (Se destaca y subraya)

Se tiene que desde el punto de vista constitucional para que los árbitros – jueces privados– puedan administrar justicia se requiere que sean

expresamente habilitados por las partes; que su competencia sea temporal y que proceda de conformidad con la ley.

Corresponde entonces al legislador la definición de las competencias de la justicia arbitral y según se verifica, la ley no ha impuesto restricción alguna para su ejercicio, distinta al carácter transigible que deben caracterizar los asuntos sometidos a su conocimiento, así como la sujeción de sus actuaciones al procedimiento señalado para tal efecto.

Ciertamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, el arbitramento es un mecanismo para la solución de conflictos **“de carácter transigible”**, esto es aquellos frente a los cuales las partes **“cuenten con capacidad dispositiva”**⁵⁸.

En punto de este requisito, la Corte Constitucional en su referida sentencia C-1436 de 2000, tal como ya se había indicado, puntualizó:

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

Y en su sentencia C-330 del mismo año 2000, el referido Tribunal Constitucional sostuvo:

“El arbitramento es excepcional. La habilitación de particulares para solucionar conflictos por medio del arbitramento cuenta también con claras limitaciones materiales, pues no todo problema jurídico puede ser objeto de un laudo. El legislador ha sido consciente de que la equiparación funcional que se hace entre los funcionarios del Estado y ciertos ciudadanos, temporalmente investidos de poder jurisdiccional, no puede extenderse a todas las materias, pues es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas.

Principios como el de la seguridad jurídica hacen necesario que ciertos asuntos sean ventilados a través de la jurisdicción ordinaria, pues se trata de eventos que se relacionan con la garantía de derechos constitucionales fundamentales, con el reconocimiento de facultades legalmente reconocidas a favor de ciertos ciudadanos -v.g. derechos mínimos de los trabajadores-, o con el ejercicio del control estatal sobre ciertas circunstancias jurídicamente relevantes como “la

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU -174 de 2007.

fijación del estado civil, las cuestiones que tengan que ver con derechos de incapaces o derechos sobre los cuales la ley prohíbe a su titular disponer"⁵⁹. Sobre el particular, ha dicho este Tribunal:

*"La colaboración prestada por los particulares en la administración de justicia tiene claro fundamento en la Constitución. Sin embargo, dicha colaboración, en el ámbito jurisdiccional, tiene carácter transitorio y excepcional. En primer término, [...] el arbitraje sólo puede tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite, y es evidente que no todos lo son. No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral"*⁶⁰.⁶¹

Ahora bien, comoquiera que la transigibilidad constituye un supuesto inherente al carácter conciliable de ciertos asuntos, bueno es precisar que en materia de conciliación, la Ley 446 de 1998 preceptúa lo siguiente:

“Art. 70.- Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

*“Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, **sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.** (...)”* (Se resalta)

Art. 71.- Revocatoria Directa. El artículo 62 de la Ley 23 de 1991 quedará así:

*“Artículo 62. **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 sustituido por el acuerdo logrado.**”*

A su turno, el artículo 2º del Decreto 1818 de 1998 dispuso que *“Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley”*.

Como bien se observa, es la misma ley la que de manera expresa atribuye a los actos administrativos de contenido particular el carácter de asuntos

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-057 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-330 de marzo 22 de 2000. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

transigibles, disponibles si se quiere, pues no de otra manera se podría explicar la procedibilidad del mecanismo de la conciliación respecto de las cuestiones que jurisdiccionalmente estarían llamadas a tramitarse tanto por la vía de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho –artículo 85 del C. C. A.-, como por la misma Acción Contractual -artículo 87 del C.C.A.-, previendo incluso que el acuerdo que sobre tales asuntos se logre determine para la entidad pública correspondiente la revocatoria directa, la cual como claramente se desprende del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, presupone la invalidez del respectivo acto.

Por lo tanto, comoquiera que por expresa previsión legal los actos administrativos que se adopten en materia contractual son de carácter particular y de contenido económico, sin duda alguna se constituyen en asuntos transigibles.

4.- Conclusión

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).

5.- El cargo de anulación propuesto por la recurrente.

Visto lo anterior y en cuanto corresponde al cargo de anulación en estudio, advierte la Sala que no será entonces necesario precisar si las Resoluciones Nos. 00683 del 11 de abril de 2005, 1543 del 10 de agosto de 2005 y 2745 del 12 de diciembre de 2006 comportan o no el ejercicio de facultades excepcionales de la Administración contratista, pues lo cierto es que el criterio definido para determinar si en un preciso evento el asunto se encuentra o no proscrito para la justicia arbitral lo constituye el hecho de que se trate de un acto administrativo por virtud del cual se hayan ejercido alguna de las cláusulas excepcionales al derecho común previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Basta entonces con señalar que revisado el expediente se encuentra que mediante la Resolución No. 00683 del 11 de abril de 2005, el INCODER impuso una multa al contratista Consorcio Porvenir; así mismo, que mediante la Resolución No. 1543 del 10 de agosto del mismo año el INCODER resolvió el recurso de reposición interpuesto por el contratista contra la precitada decisión y que en esa medida, comoquiera que las decisiones relativas a la liquidación unilateral del contrato así como a la imposición de multas al contratista, no corresponden a alguna de las cláusulas excepcionales previstas en la precitada norma de la Ley 80 de 1993, forzoso es concluir que en el presente caso ninguna restricción había para que la demanda arbitral contuviera pretensiones relativas a tales decisiones y menos aún para que el Tribunal de Arbitramento se pronunciara expresamente sobre aquellas.

Dado que el fundamento legal para la imposición de multas al contratista, por parte de la correspondiente entidad pública contratante, ha radicado en la competencia que sobre esa precisa materia consagraba el entonces vigente artículo 71 del Decreto-ley 222 de 1983 y ahora así lo recoge el artículo 17 de

la Ley 1150, sin que, en cualquier caso, se trate de uno de los **poderes excepcionales** consagrados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 a los cuales se refirió de manera puntual en el condicionamiento de exequibilidad la Corte Constitucional en su sentencia C-1436 de 2000, ha de concluirse entonces que el acto administrativo por el cual la entidad pública contratante ejerce esa precisa facultad de imposición de multas corresponde a un acto administrativo contractual de carácter transigible.

Similares consideraciones resultan predicables en relación con el acto de liquidación unilateral, que para el presente caso lo constituye la Resolución No. 2745 del 12 de diciembre de 2006, mediante el cual el INCODER procedió a liquidar unilateralmente el contrato de obra pública número 072 de 2003, suscrito con el Consorcio Porvenir, toda vez que la liquidación unilateral del contrato tiene lugar *“cuando muere la etapa de liquidación bilateral - entre administración y contratista -, por falta de acuerdo”*⁶² y en esa medida también podrá ser sometido al conocimiento y decisión de los árbitros, aun en lo que a su validez respecta.

En este contexto, la Sala destaca que no le asiste razón al recurrente cuando afirma que el Tribunal de Arbitramento no tenía competencia para juzgar la legalidad de las resoluciones mediante las cuales el INCODER impuso y confirmó una multa al contratista y liquidó unilateralmente el respectivo contrato de obra.

Aun cuando lo dicho resulta suficiente para desvirtuar el cargo formulado por el recurrente, en todo caso la Sala advierte que en la demanda arbitral no se formuló pretensión alguna encaminada a que el Tribunal de Arbitramento se pronunciara sobre las multas que le fueron impuestas por la convocada mediante las Resoluciones No. 00683 del 11 de abril de 2005 y No. 1543 del 10 de agosto del mismo año y el laudo tampoco contiene manifestación alguna, expresa ni tácita, frente a los citados actos administrativos.

De otra parte, advierte la Sala que en la demanda sí se pretendió la revisión de la liquidación unilateral efectuada por el INCODER, en tanto que la pretensión novena principal declarativa de la demanda arbitral estuvo dirigida a que el Tribunal *“liquide nuevamente el contrato de Obra Pública SI-15-03 LP No. 072”*.

⁶² Sentencia del 22 de junio de 2000. Expediente No. 12.723. Consejero Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.

Sin embargo, lo cierto es que el Tribunal en el artículo décimo de la parte resolutive del laudo se abstuvo de pronunciarse sobre tal pretensión, señalando explícitamente que *“Según lo expresado por el Tribunal desde la oportunidad procesal en que se pronunció sobre su competencia, en el presente laudo no se hará pronunciamiento alguno sobre la pretensión novena de la convocatoria arbitral”*.

Al respecto también se constató que en la parte motiva el laudo hizo referencia a dicho aspecto, al señalar que:

*“Mediante auto dictado con presencia de las partes y sus apoderados y previas las correspondientes consideraciones, el Tribunal procedió a pronunciarse sobre su propia competencia en el sentido de declararse apto para conocer de las controversias planteadas absteniéndose de conocer la pretensión novena del capítulo de la convocatoria denominado “Pretensiones principales declarativas”. El apoderado de la convocada interpuso recurso de reposición contra el auto mediante el cual se asumió competencia. Se corrió traslado al apoderado de la parte convocante quien se opuso a la prosperidad del recurso. ... Previas las consideraciones correspondientes, se denegó el recurso interpuesto y se mantuvo en todas sus partes el auto de asunción de competencia.” (Página 18 del laudo)*⁶³

El auto a que se refiere el Tribunal es el No. 11, proferido el 10 de marzo de 2008, confirmado mediante el auto No. 12 de la misma fecha.⁶⁴ En la primera de las citadas providencias, consideró el Tribunal de Arbitramento lo siguiente:

“La única excepción que el Tribunal encuentra y así lo declarará en la parte resolutive de esta providencia, es la pretensión novena de las denominadas “PRETENSIONES PRINCIPALES DECLARATIVAS”, que a su juicio supondría el juzgamiento sobre el ejercicio de las potestades excepcionales de la administración. Sobre ella el Tribunal se declarará sin competencia para conocer y fallar.

*Las que penden de la prosperidad de la citada pretensión novena del primer grupo de las que componen en respectivo capítulo de la demanda, décima y undécima del mismo y segunda del siguiente grupo, serán analizadas y resueltas por el Tribunal, bajo el claro entendimiento conforme al cual la órbita de competencia de este juez especial está delimitada por los efectos económicos derivados del ejercicio de poderes excepcionales, por parte del INCODER, en el caso de autos”*⁶⁵

⁶³ Folio 70 cuaderno principal del Consejo de Estado.

⁶⁴ Folios 169 a 180 cuaderno principal No. 2 del expediente arbitral.

⁶⁵ Folio 176, cuaderno principal No. 2 del expediente arbitral.

Sobre el mismo aspecto el Tribunal de Arbitramento, en el laudo, nuevamente hizo alusión a tales decisiones, señalando que la pretensión novena de la demanda arbitral supondría para el Tribunal

“un nuevo ejercicio de la potestad exorbitante de liquidación unilateral, no solo al apropiarse de una facultad exclusiva de la administración que no le es dada al juez eventual, sino, de facto, implicaba un pronunciamiento respecto de la idoneidad del proceder de la entidad en la liquidación unilateral efectuada en su momento por la administración, solicitud en un todo asimilable a un examen de legalidad a todas luces y sin discusión vedado para el juez arbitral.

Por ello, el Tribunal excluyó de su conocimiento la mencionada pretensión novena principal declarativa y en lo que dependiera de la misma condicionó su conocimiento de las pretensiones décima y undécima principales declarativas y segunda de las denominadas consecuenciales declarativas, en la medida en que dependieran de lo pedido en la pretensión novena principal declarativa.” (Página 42 del laudo)⁶⁶

Además, el Tribunal incluyó en el laudo un acápite denominado “*Delimitación jurisprudencial del alcance del arbitramento en la controversia el contrato estatal*”, y al respecto precisó que el Tribunal “*deberá mantenerse al margen del debate de legalidad de los actos administrativos que hayan sido proferidos por la entidad, pudiendo considerarlos de manera tangencial en sus argumentaciones, pero no pudiendo desconocerlos y debiendo respetar su legalidad*”, al tiempo que refirió algunos antecedentes jurisprudenciales en la materia -página 58 del laudo-.⁶⁷

No obstante que el Tribunal de Arbitramento se abstuvo, de manera expresa, de efectuar pronunciamientos en relación con las pretensiones que le pudieran llevar a avocar el conocimiento de las decisiones que adoptó el INCODER al liquidar unilateralmente el contrato, lo cierto es que cuando en el laudo se efectuaron los reconocimientos económicos de que da cuenta la parte resolutive del mismo, dentro de los cuales se encuentran unos reintegros que en definitiva alteran el corte final de cuentas contenido en la respectiva liquidación, de manera tácita la respectiva liquidación resultó materialmente alterada y en últimas se modificó, sin embargo tal proceder de los árbitros en modo alguno puede ser objeto de reproche en tanto que, se reitera, según el criterio expuesto anteriormente por esta Sala dentro de esta misma

⁶⁶ Folio 727, cuaderno principal del Consejo de Estado.

⁶⁷ Folio 743, cuaderno principal del Consejo de Estado.

providencia, el Tribunal de Arbitramento sí podía conocer válidamente de cualquier pretensión relativa a dicha liquidación, puesto que no se estaba frente al ejercicio de una de las precisas potestades excepcionales previstas expresamente en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, las cuales –bueno es reiterarlo– son las únicas de esa estirpe que quedaron excluidas del conocimiento de la justicia arbitral por virtud del condicionamiento al cual la Corte Constitucional sujetó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 del Estatuto de Contratación Estatal en la referida sentencia C-1436 de 2000, más allá de que la mayoría de la Sala considere que la facultad de liquidación unilateral del contrato forme parte del género de los *poderes excepcionales* que en materia de contratación tienen a su disposición las entidades estatales contratantes.

Visto lo anterior, se concluye que el cargo no está llamado a prosperar.

B) El laudo concedió más de lo pedido.

En relación con este supuesto de configuración de la casual 8ª en estudio, se ha destacado que en virtud del principio de congruencia, previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, “*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley*”⁶⁸, lo cual “*constituye un límite en la actividad del juzgador*”⁶⁹.

En el presente caso el recurrente afirma que el laudo es incongruente por *extra petita* en tanto que el Tribunal impuso las siguientes condenas a la convocada, sin que las mismas hubiesen sido pretendidas por la convocante en la demanda arbitral:

a) Pagar a la convocante las sumas ilegalmente retenidas o compensadas por la convocada.

⁶⁸ Señala a este propósito la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 042 de fecha 26 de marzo de 2001, Exp. 5562. “...*El precepto citado fija los límites dentro de los cuales debe el juzgador desarrollar su actividad decisoria, en forma tal que si los desborda, bien porque concede más de lo pedido por los litigantes, o provee sobre pretensiones no deducidas por ellos, u omite la decisión que corresponda sobre alguna de las pretensiones o excepciones en los términos fijados por la norma, incurre en un error de procedimiento, originado en la violación de la regla mencionada, que le impone el deber de asumir un específico comportamiento al momento de fallar, yerro para cuya enmienda está instituida la causal segunda de casación...*”.

⁶⁹ Expediente 29.476

En este punto señala que a pesar de que el Tribunal negó la pretensión décima de la demanda arbitral, mediante la cual la convocante pretendía que se declararan ilegales las retenciones y compensaciones efectuadas al Consorcio, en todo caso condenó a la convocada a pagar dichas sumas.

Al respecto encuentra la Sala que en la demanda arbitral la convocante formuló las respectivas pretensiones en los siguientes términos:

PRETENSION DÉCIMA –Principal declarativa–

Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal se ordene, condene y disponga pagarle al Consorcio Porvenir todas y cualquiera suma que las autoridades del INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO RURAL - INCODER le hubieren retenido o compensado ilegalmente, junto con los intereses a que haya lugar, de acuerdo con la ley, en lo que resultare probado en el proceso.

PRETENSION SEGUNDA CONSECUCIONAL

Se ordene, condene y disponga pagarle a la DEMANDANTE todas y cualquiera sumas que la DEMANDADA le hubiere retenido o compensado ilegalmente, o no compensado junto con los intereses a que haya lugar, de acuerdo con la ley y que resultaren probados en el proceso.

De igual manera, se tiene que frente a tales pretensiones el Tribunal decidió lo siguiente:

Décimo primero.- En atención a la pretensión décima de la demanda y con las precisiones y salvedades expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral, se condena al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER a reconocer y pagar a favor de los integrantes del Consorcio Porvenir Inversiones Gabra S.A., José Alvaro Galvis Pinto y Dora Nahir Garay Gutiérrez, la suma de \$165.312.122, que comprende la actualización monetaria en los términos señalados en las consideraciones de este laudo, y que corresponde a retenciones practicadas injustificadamente a la parte convocante con ocasión del pago de las actas mensuales de entrega de obra en un valor equivalente al 20% del valor del ítem “Suministro, transporte e instalación de tubería PVC, incluye accesorios PVC” por la no realización de la prueba hidrostática de la tubería advirtiendo el Tribunal que no encuentra que ninguna de esas retenciones se haya hecho en forma ilegal como se depreca en la demanda.

Ahora bien, las precisiones y salvedades señaladas en la parte motiva del laudo y a las cuales alude el Tribunal respecto de esta específica condena, fueron del siguiente orden:

“Centra su análisis el Tribunal en el primer ítem de retención que encuentra evidenciado en el recuento de la ejecución del contrato sobre el que versa el acervo probatorio, a saber las sumas equivalentes al 20% del alcance contractual relativo al suministro, transporte e instalación de tuberías en PVC y accesorios.

(...)

... encuentra el Tribunal que la presunción de una posible falla en la calidad de la tubería y sus accesorios suministrados o en su instalación, que se refleja en la necesidad consentida por las partes de proveer a la entidad una seguridad equivalente al 20% del valor de ese ítem, no fue probada o evidenciada en el decurso del contrato o en las actividades y actuaciones pos - contractuales durante 2005 o 2006.

...

Por ello no encuentra adecuado el Tribunal que la entidad mantenga la retención por cuenta de la ausencia de una prueba que su propia conducta contractual estructural impidió realizar, y por otra parte, no ve prueba alguna, siquiera la alegación defensiva, de que lo ejecutado fuera inepto para la finalidad de conducción de las aguas captadas.

Por lo anterior el Tribunal concederá la pretensión de condena en cuanto al valor retenido antes indicado, ordenando su devolución al contratista.

No concederá sin embargo el Tribunal la calificación de ilegalidad requerida por la convocante al formular su pretensión. La retención no fue ilegal, fue consentida por el contratista y cumplía durante la ejecución un claro, e inclusive benéfico propósito habilitante entre las partes de cara a una diferencia de ejecución entre ellas o por lo menos entre el interventor y el contratista.

Resultó injusta sí, de acuerdo con lo que aquí se ha argumentado antes.”⁷⁰(Se subraya)

Visto lo anterior no advierte la Sala incongruencia alguna entre lo pretendido por la convocante y lo decidido frente a tal pretensión, toda vez que el hecho de que el Tribunal no haya atribuido a las retenciones efectuadas al contratista el calificativo de “ilegales” no comporta *per se*, como parece entenderlo el contratista, que ordenar su devolución resultare improcedente, pues lo cierto es que el propósito de tal pedimento no era otro que obtener el pago de las sumas que de manera infundada la entidad convocada dejó de desembolsar a la convocante, siendo precisamente este análisis el que llevó al Tribunal a imponer la respectiva condena.

⁷⁰ Páginas 169 y 170 del laudo, a folios 854 y 855 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

b) Pagar a la convocada la indexación correspondiente a los intereses, pese a que el Tribunal concluyó que no había lugar al reconocimiento de tales intereses y que la convocante tampoco formuló pretensión alguna en tal sentido.

Al respecto se encuentra que la convocante formuló las siguientes pretensiones:

PRETENSION DÉCIMO TERCERA –Principal declarativa–

*“Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal que todas las sumas a que se refieren las pretensiones principales sean pagadas **debidamente actualizadas e incluyan los intereses moratorios causados**, de conformidad con lo que disponga el correspondiente dictamen pericial que habrá de realizarse en el proceso.”*

PRETENSIÓN QUINTA CONSECUCIONAL

*“Que las anteriores sumas sean pagadas **debidamente actualizadas e incluyan los intereses moratorios causados** a que hubiere lugar, de conformidad con lo que disponga el correspondiente dictamen pericial que habrá de realizarse en el proceso.”*

Ahora bien, frente a tales pretensiones, la decisión del Tribunal, en el artículo 17 de la parte resolutive del laudo, se profirió en estos precisos términos:

*“**Décimo Séptimo:** En relación con las solicitudes contenidas en la pretensión décimo tercera de la demanda, el Tribunal se estará a lo resuelto en las resoluciones de condena en las cuales se ha considerado pertinente actualizar.”*

Surge de lo anterior que la convocante no pretendió el reconocimiento de indexación alguna sobre los intereses moratorios causados, sino que las sumas reconocidas fueran actualizadas e incluyeran tales intereses, lo cual constituye una cuestión distinta a la planteada; así mismo, que el Tribunal ordenó el reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas actualizadas.

Por manera que la supuesta incongruencia alegada no aparece en modo alguno acreditada.

c) Pagar a la convocante las obras ejecutadas y no pagadas, así como los intereses de mora sobre dichas sumas, sin que tales pretensiones se hayan formulado en la demanda arbitral.

PRETENSION DÉCIMA –Principal declarativa–

“Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal se ordene, condene y disponga pagarle al Consorcio Porvenir todas y cualquiera suma que las autoridades del INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO RURAL - INCODER le hubieren retenido o compensado ilegalmente, junto con los intereses a que haya lugar, de acuerdo con la ley, en lo que resultare probado en el proceso.”

Esta pretensión fue resuelta por el Tribunal así:

“Décimo segundo.- De igual manera, según las precisiones y salvedades expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral y con fundamento en la pretensión décima principal de la demanda, se condena al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, al pago a favor de los integrantes del Consorcio Porvenir Inversiones Gabra S.A., José Alvaro Galvis Pinto y Dora Nahir Garay Gutiérrez, la suma de \$264.056.383 que corresponde al valor de las obras ejecutadas por el contratista y que no le fueron pagadas por la entidad convocada con su correspondiente actualización monetaria.

*También advierte el Tribunal que para imponer esta condena no implica visos de ilegalidad en la actividad contractual de la parte convocada y que **esta condena se impone como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, declarado precedentemente.***

Décimo tercero.- Como consecuencia de imponerse a la parte convocada la condena de que trata la resolutive anterior, se condena al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, al pago de la suma de **\$57.844.660** por concepto de **intereses moratorios sobre la condena actualizada** en el numeral décimo segundo anterior, en un todo de conformidad con lo expresado en la parte motiva de este laudo.”

Al estudiar la pretensión décima de la demanda arbitral, el Tribunal en el laudo señaló lo siguiente:

“Obras ejecutadas pendientes de cancelar.

Tal y como aparece reconocido por el INCODER, en la resolución de liquidación del contrato No. 2745 del 12 de diciembre de 2006 y lo ratifica la perito Raquel Duque en su experticio, existe evidencia suficiente para reconocer que la suma de doscientos treinta y cinco millones cuatrocientos noventa y un mil cuatrocientos sesenta y un pesos (\$235.491.461) señalada en la consideración 19 de la

resolución en cita, corresponde a valores de obras ejecutadas pendientes por cancelar”.

No existe evidencia aportada por la convocada de que con posterioridad al acto administrativo que liquida el contrato y en el cual la administración reconoce la deuda se haya procedido a su pago.

Por lo anterior, este Tribunal reconocerá este valor y ordenará al INCODER proceder a su pago.

Sobre este valor se reconocerán intereses moratorios a la tasa prevista en la cláusula quinta parágrafo cuarto del contrato suscrito entre las partes, en la medida en que la expresión contenida en el acto de liquidación implica un reconocimiento expreso de una obligación dineraria por parte del deudor y debe entenderse vencida a favor del acreedor...”.⁷¹

Advierte la Sala que en este preciso cuestionamiento le asiste razón al recurrente, habida consideración de que, como ha quedado visto, la pretensión décima principal de la demanda arbitral, en modo alguno resultaba comprensiva de los rubros que fueron objeto de la condena impuesta por el Tribunal –obras ejecutadas pendientes de cancelar–, pues tal pretensión, según quedó visto, únicamente perseguía la devolución de las sumas retenidas por la entidad convocada al Consorcio contratista, mientras que como claramente se advierte de lo decidido al respecto por el Tribunal, junto con la respectiva motivación consignada en el laudo, la orden de pagar tales sumas no se originó en la retención injustificada de las mismas, sino en el hecho de que éstas fueron reconocidas por la entidad en el acto de liquidación unilateral del contrato y que no se probó su pago efectivo al Consorcio convocante.

Significa lo anterior que en este punto lo que hizo el Tribunal fue ejecutar ese reconocimiento administrativo, cuestión que claramente no fue deprecada en la demanda arbitral por vía de la aludida pretensión, como por ninguna otra.

Desde este punto de vista surge de modo indiscutible la incongruencia, por *extra petita*, del laudo recurrido, circunstancia que da lugar a declarar la prosperidad de la causal 8ª de anulación y que impone, en consecuencia, la corrección del laudo en cuanto a este preciso aspecto se refiere, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998, a saber:

⁷¹ Páginas 172 y 173 del laudo, a folios 857 y 858 del cuaderno principal del Consejo de Estado.

“Artículo 165.-

...

Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1, 2, 4, 5 y 6 del artículo 38 del presente decreto, declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, corregirá o se adicionará.”

Así las cosas, dando aplicación a la precitada disposición normativa, la Sala procederá a corregir el laudo impugnado revocando los numerales décimo segundo y décimo tercero del laudo recurrido.

2.2. Consideraciones respecto de las causales 1ª y 9ª del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Como se precisara en párrafos anteriores, el apoderado del INCODER, al interponer el recurso extraordinario de anulación, invocó las causales previstas en los numerales 1º y 9º del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 y sin embargo no presentó argumento alguno que las sustentara.

Al respecto la Sala ha advertido que *“quien pretenda la anulación del laudo arbitral debe invocar alguna de las causales previstas por la ley al efecto y **sustentarla debidamente, señalando la ocurrencia de los supuestos de hecho que condicionan la presencia de la causal**”*⁷².

Por manera que el hecho de que las causales en mención carezcan de sustentación impide a la Sala abordar su estudio, dado que, por virtud del llamado ‘principio dispositivo’, *“es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue”*⁷³, no siendo entonces posible para el juez del recurso de anulación desatender dicho principio y sustituir la labor del recurrente a efectos de colegir cuál es el fundamento de la causal en comento, lo cual, en consecuencia hace que no estén llamadas a prosperar.

IV. CONCLUSIÓN SOBRE EL RECURSO DE ANULACIÓN

⁷² Sentencia del 11 de mayo de 2000, expediente 17.480, Consejera Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.

⁷³ Sentencia del 15 de mayo de 1992, expediente 5326. Anulación de laudo arbitral de Carbones de Colombia S.A. CARBOCOL Vs. Consorcio DOMI PRODECO – AUXINI, reiterada en sentencias del 4 de junio, el 12 de noviembre de 1993, el 27 de julio de 2000 y 15 de abril de 2004, expedientes 7215, 7809, 17.591 y 25.561 respectivamente.

Visto todo lo anterior se concluye que de las causales invocadas por el apoderado del INCODER prosperó parcialmente la causal 8ª de anulación; en esa medida se declarará parcialmente fundado el recurso de anulación propuesto en contra del laudo proferido el 12 de noviembre de 2008, en cuanto se encontró configurado el cargo consistente en *haberse concedido más de lo pedido* y, como consecuencia de tal declaración, se procederá a la anulación parcial del mismo, en los términos arriba indicados.

En cuanto a las demás causales invocadas, el recurso de anulación se declarará infundado.

De conformidad con lo anterior no hay lugar a imponer la condena en costas de que trata el inciso tercero del artículo 165 del Decreto 1818 de 1998, en tanto que dicha condena únicamente procede en caso de que “*ninguna de las causales invocadas prospere*”, situación que no se presenta en este caso.

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

F A L L A:

PRIMERO: DECLÁRASE PARCIALMENTE FUNDADO el recurso de anulación interpuesto por el INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL - INCODER contra el laudo arbitral proferido el 12 de noviembre de 2008 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre dicha entidad y el CONSORCIO PORVENIR, con ocasión del Contrato de Obra Pública No. 072 de 2004, al prosperar la causal 8ª de anulación prevista en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 en cuanto corresponde al hecho de *haberse concedido más de lo pedido*.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, **ANÚLANSE** los numerales **décimo segundo y décimo tercero** de la parte resolutive del laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento el 12 de noviembre de 2008.

TERCERO: DECLARASE INFUNDADO en lo demás el recurso de anulación interpuesto por el INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL - INCODER contra el laudo arbitral proferido el 12 de noviembre de 2008 por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre dicha entidad y el CONSORCIO PORVENIR, con ocasión del Contrato de Obra Pública No. 072 de 2004.

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento a través de quien fungió como su Presidente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE.

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Presidente

Con Aclaración de Voto

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

Con Aclaración de Voto

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

Con Aclaración de Voto

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

PACTO ARBITRAL - Condición suspensiva / CLAUSULAS CONTRACTUALES - Condición suspensiva de la cláusula arbitral / FACULTAD DE LAS PARTES - Su inclusión no comporta la creación de normas procesales, ni la asunción de facultades reservadas al legislador

Sería entonces una condición suspensiva de la aplicación de la cláusula arbitral, la cual sería claramente procedente, si se tiene en cuenta que el negocio jurídico, género al que pertenece el compromiso o la cláusula compromisoria, puede estar sometidos a plazo o a condición. Así lo prevé Código Civil, aplicable ante la ausencia de normas expresas sobre la materia en el estatuto de contratación estatal, que prevé condiciones suspensivas o resolutivas. Las primeras que se presenta cuando “suspende la adquisición de un derecho” mientras se cumple; en tanto que la segunda, “extingue un derecho” con su cumplimiento (art. 1536 CC). Se tiene por tanto que, si del pacto arbitral surge el derecho a someter el litigio a un tribunal de arbitramento, el mismo estaría suspendido mientras se cumplen los hechos o actos previstos por las partes, para que la cláusula arbitral o el compromiso, produzcan sus efectos. Cuando las partes someten a condición suspensiva el pacto arbitral, solamente están regulando la eficacia de éste y por ello, dicho convenio no se traduce en una disposición respecto de los actos y procedimientos propios del proceso arbitral. La facultad de las partes para decidir si someten o no el litigio a los jueces naturales, comprende el derecho a integrar la cláusula compromisoria con elementos accesorios, que bien pueden ser condiciones o plazos suspensivos, lo cual no comporta la creación de normas procesales, ni la asunción de facultades reservadas al legislador, ni la limitación del derecho de acceso a la justicia, pues un negocio jurídico con las características indicadas, no excluye el derecho de que gozan los sujetos a someter sus litigios al conocimiento de los jueces ordinarios o administrativo, a cuyo efecto podrán renunciar al pacto arbitral, en forma expresa o tácita.

RECURSO DE ANULACION - acto administrativo / LEGALIDAD - Incompetencia

La tesis que ha planteado la Sala respecto de la incompetencia de los árbitros para juzgar la legalidad de actos administrativos se fundamentó en que la legalidad de todos los actos administrativos, es una materia intransigible, porque comporta el ejercicio de la función pública. En la sentencia de unificación que se cita, la Corte analizó la competencia del Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir el litigio derivado del contrato suscrito entre CISE y el Departamento del Valle del Cauca. Luego de reafirmar la tesis según la cual los árbitros no pueden juzgar actos administrativos, concluyó que en el caso bajo su análisis el Tribunal no juzgó la legalidad del acto

administrativo por medio del cual el Departamento del Valle había liquidado el contrato. De lo anterior se infiere que, también para la Corte Constitucional, los árbitros son incompetentes para juzgar todos los actos administrativos, incluso los que no están comprendidos en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, como acontece con el acto por medio del cual la entidad pública liquida unilateralmente el contrato.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de junio de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00001-00(36252)

Actor: CONSORCIO PORVENIR

**Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL-
INCODER**

Con todo respeto para con la Sala procedo a exponer las razones por las cuales aclaré mi voto en el presente asunto.

1. La cláusula compromisoria sometida a condición suspensiva

Se afirma en la providencia que:

“(…) no es posible concluir, como lo pretende el recurrente, que en el presente caso la cláusula compromisoria haya sido sometida a condición suspensiva y menos aún que ésta consista en el hecho de haberse enviado al INCODER un memorando contentivo de alguna reclamación relacionada con el contrato.

(…) en punto de los requisitos de procedibilidad condicionantes del acceso a la justicia arbitral⁷⁴, conviene recordar que las partes no pueden exigir el agotamiento de requisitos o instancias previas, con carácter de presupuestos procesales;”

La cláusula compromisoria es una de las modalidades del pacto arbitral, “contenido en un contrato o documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.”⁷⁵ Y es precisamente la naturaleza contractual del pacto arbitral lo que hace posible que los sujetos de derecho, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, regulen entre otros aspectos, la materia que será objeto del

⁷⁴ Expediente No. 33.644

⁷⁵ Inciso primero del artículo 2A incorporado al decreto ley 2279 de 1989 por el artículo 116 de la ley 446 de 1998.

juzgamiento arbitral⁷⁶, el tipo de arbitraje⁷⁷, el término de duración del proceso arbitral⁷⁸ y el lugar donde funcionará el Tribunal de arbitramento.⁷⁹

Por tratarse de un verdadero negocio jurídico bilateral, debe contar con un objeto, que consiste en “someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.”⁸⁰, la capacidad o, tratándose de entidades públicas, la competencia de quien lo suscribe para obligarse a someter el litigio a un tribunal de arbitramento; el consentimiento, o la decisión de elegir este mecanismo de resolución de conflictos y la causa o la finalidad que las partes buscan con el pacto.

Dicha naturaleza contractual, hace posible incorporar en el pacto arbitral elementos accidentales o accesorios, para regular los modos o las condiciones necesarias para que se surtan los efectos de la cláusula o del compromiso. Puede igualmente acordarse una cláusula multimodal, por medio de la cual las partes acuerdan someter el litigio a una etapa de arreglo directo, a conciliación previa o a una amigable composición, agotada la cual, resultaría viable convocar al Tribunal de arbitramento.

Sería entonces una condición suspensiva de la aplicación de la cláusula arbitral, la cual sería claramente procedente, si se tiene en cuenta que el negocio jurídico, género al que pertenece el compromiso o la cláusula compromisoria, puede estar sometidos a plazo o a condición.

Así lo prevé Código Civil, aplicable ante la ausencia de normas expresas sobre la materia en el estatuto de contratación estatal, que prevé condiciones suspensivas o resolutivas. Las primeras que se presenta cuando “suspende la adquisición de un derecho” mientras se cumple; en tanto que la segunda, “extingue un derecho” con su cumplimiento (art. 1536 CC). Según la doctrina:

“Los derechos y deberes emanados de un negocio condicional existen, los sujetos negociales y los destinatarios se encuentran vinculados entre sí, sólo que condicionalmente, y sus intereses son objeto de la tutela que corresponde.”⁸¹

Se tiene por tanto que, si del pacto arbitral surge el derecho a someter el litigio a un tribunal de arbitramento, el mismo estaría suspendido mientras se cumplen los hechos o actos previstos por las partes, para que la cláusula arbitral o el compromiso, produzcan sus efectos.

Preciso también que, cuando las partes someten a condición suspensiva el pacto arbitral, solamente están regulando la eficacia de éste y por ello, dicho convenio no se traduce en una disposición respecto de los actos y procedimientos propios del proceso arbitral.

⁷⁶ Artículo 2A incorporado al decreto ley 2279 de 1989 por el artículo 116 de la ley 446 de 1998.

⁷⁷ Independiente, institucional o legal, artículo 90 de la ley 23 de 1991, modificado por el artículo 112 de la ley 446 de 1998.

⁷⁸ Ante la ausencia de regulación por la partes la ley dispone un plazo de 6 meses.

⁷⁹ Artículo 11 del decreto ley 2279 de 1989.

⁸⁰ Artículo 2 del decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 115 de la ley 446 de 1998, compilado en el decreto 115 del decreto 1818 del 7 de septiembre de 1998.

⁸¹ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. Pág. 873.

La facultad de las partes para decidir si someten o no el litigio a los jueces naturales, comprende el derecho a integrar la cláusula compromisoria con elementos accesorios, que bien pueden ser condiciones o plazos suspensivos, lo cual no comporta la creación de normas procesales, ni la asunción de facultades reservadas al legislador, ni la limitación del derecho de acceso a la justicia, pues un negocio jurídico con las características indicadas, no excluye el derecho de que gozan los sujetos a someter sus litigios al conocimiento de los jueces ordinarios o administrativo, a cuyo efecto podrán renunciar al pacto arbitral, en forma expresa o tácita.

2. La incompetencia de los árbitros respecto de la legalidad de los actos administrativos

Se afirmó en la providencia de la referencia:

“(…) al efectuar el examen detallado y cuidadoso de la Sentencia C-1436 de 2000, la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993⁸², es decir: a) interpretación unilateral del contrato; b) modificación unilateral del contrato; c) terminación unilateral del contrato; d) sometimiento a las leyes nacionales; e) caducidad y f) reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión.

⁸² “ARTICULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. 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 ejercite 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.

2o. 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 de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignent expresamente.

(…)” (Subrayas fuera del texto)

Dilucidados y limitados así tanto el sentido como el alcance del condicionamiento al cual la Corte Constitucional supeditó la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, todo en íntima conexión y con estricto apego a la ratio decidendi que le sirvió de fundamento, se impone concluir que los demás actos administrativos contractuales –es decir aquellos que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, conjunto al cual la Corte Constitucional circunscribió en esa ocasión la noción de ‘poderes excepcionales’–, los demás actos administrativos contractuales –se repite– sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto.” (Subrayo).

No comparto los anteriores argumentos pues considero que la tesis que ha planteado la Sala respecto de la incompetencia de los árbitros para juzgar la legalidad de actos administrativos - expuesta con anterioridad al juicio de constitucionalidad que hizo la Corte Constitucional a los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993 - se fundamentó que la legalidad de todos los actos administrativos, es una materia intransigible, porque comporta el ejercicio de la función pública.

Así lo ha precisado ampliamente la Sala en las siguientes providencias:

. Sentencia proferida el 23 de febrero de 2000:

“(...) 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.”⁸³ (Subrayo).

Con fundamento en que el ejercicio del poder público no es una materia susceptible de transacción, la Sala consideró en la providencia precitada, que la justicia arbitral carece de facultad para juzgar 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

⁸³ Sentencia de febrero 23 del 2000, Exp. 16394, Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

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. (...)

. Sentencia 16973 del 8 de junio de 2000:

“1° 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.

2° 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.

3° 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).

4° 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.”⁸⁴

.- Sentencia del 29 de agosto de 2007⁸⁵:

“De conformidad con lo prescrito por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 y el Decreto Reglamentario 1818 de 1998, artículo 115 y aún en vigencia del Decreto 2279 de 1983, el arbitramento como mecanismo de solución directa de conflictos procede por regla general, en relación con aquellos asuntos que tienen el carácter de transigibles, a menos que por disposición legal expresa se defiera a los árbitros el conocimiento y decisión de cuestiones no susceptibles de transacción, como ocurre, por ejemplo, con la facultad que les asiste para dirimir controversias acerca de la nulidad absoluta del contrato generada por objeto o causa ilícitos, tal como lo contempla el artículo 116 de la Ley 446 expedida en el año de 1998, pero cuando la materia sobre la cual versa la controversia se centra en la legalidad de un acto administrativo, dicho control es de competencia exclusiva de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”.

⁸⁴ Posturas reiteradas entre otras en sentencia del 23 de agosto de 2001; expediente 19.090, Posturas reiteradas entre otras, en sentencia del 23 de agosto de 2001; expediente 19.090, sentencia del 13 de agosto de 2008, expediente 34.912, sentencia del 13 de agosto de 2008, expediente 34.912, Sentencia proferida el 6 de marzo de 2008; expediente 34.193.

⁸⁵ Sentencia del 29 de agosto de 2007. Expediente 15.469. M.P.: Mauricio Fajardo Gómez

Cabe resaltar que, como lo dijo la Sala en la providencia precedente, cuando la voluntad del legislador ha sido ampliar la competencia de los árbitros a materias no transigibles, lo ha dispuesto expresamente en la ley, como ocurrió con la nulidad del contrato, sin que sea dable afirmar que esta materia se volvió transigible por esta regulación.

. Sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente 34593:

“En virtud de lo anterior, este mecanismo alternativo de solución de conflictos cuenta con la limitación impuesta por el ordenamiento jurídico, consistente en la imposibilidad de juzgar la legalidad de los actos administrativos, proferidos por las autoridades estatales o por particulares en ejercicio de función administrativa, por cuanto esa es una competencia que le corresponde exclusivamente a la jurisdicción especializada creada expresamente para ello, esto es, la jurisdicción contencioso administrativa, cuya principal función es, precisamente, ejercer el control judicial de la actuación administrativa del Estado, mediante la verificación de su conformidad con el ordenamiento legal que la rige, a través de la aplicación de los principios y normas propios del Derecho Administrativo; en consecuencia, sólo la jurisdicción contencioso administrativa está llamada a declarar la nulidad de los actos administrativos ilegales, retirándolos definitivamente del tráfico jurídico con las consecuencias que de tal declaración de nulidad se derivan, teniendo en cuenta que sus efectos se retrotraen al momento mismo de la expedición del acto administrativo invalidado.”

Se advierte claramente que el Consejo de Estado ha explicado suficientemente que los árbitros no son competentes para juzgar la legalidad de los actos administrativos, porque el ejercicio de la función pública es intransigible, si se tiene en cuenta su propia naturaleza y el objetivo que lo inspira. Por esta razón, la Sala se ha pronunciado respecto de dicha incompetencia sin hacer diferencias y sin revisar la materia regulada con el acto administrativo enjuiciado.

Encuentro así que la Sección Tercera no construyó su teoría sobre la naturaleza excepcional de los poderes contractuales, previstos en el artículo 14 de la ley 80 de 1993.

Y la Corte Constitucional tampoco, pues al pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, en la citada sentencia C 1436 del 25 de octubre de 2000 señaló:

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

particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna". (Subrayo).

Nótese como, al igual que lo hizo la Sala, la Corte aludió al acto administrativo en general y resaltó que mediante él el Estado desarrolla sus potestades y competencias, todas las que están previstas en la Constitución y en la ley.

Es verdad que la Corte se refirió a algunas de las potestades de que trata el artículo 14 de la ley 80 de 1993, pero no limitó la incompetencia de los árbitros a los actos proferidos en desarrollo de las mismas

En efecto, dijo la Corte que: “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,” con lo cual se deduce que dentro de los actos administrativos que no pueden juzgar los árbitros están los que comprenden el ejercicio de esos poderes excepcionales, sin que ello signifique que son los únicos.

Sobre todo si se advierte que mas adelante justifica su argumento en que al proferir dichos actos, “el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general (...), por ser de orden público,”, lo que conduce a entender que es intransigible la legalidad del acto proferido en desarrollo del artículo 14, no por la materia que regula, sino porque comporta el ejercicio de una función pública, como ocurre con todos los actos administrativos.

Lo expuesto cobra mayor sustento si se tiene en cuenta lo manifestado por la misma Corte en sentencia de unificación SU 174 de 2007, cuando al reiterar lo expuesto en la citada sentencia C-1436 de 2000, explicó:

“Para la Corte en dicha sentencia, esta conclusión resulta reforzada adicionalmente por dos argumentos: (i) la Constitución atribuye exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa la facultad de decidir sobre la suspensión provisional de los actos administrativos, por lo cual a fortiori es únicamente esta jurisdicción la que puede pronunciarse sobre su validez, y nunca los árbitros; y (ii) la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las controversias con la Administración es la regla general, y la resolución de conflictos por los árbitros es la excepción⁸⁶.” (Subrayo).

⁸⁶ “Tanto es ello así, que de manera exclusiva y excluyente, el citado artículo 238 de la Constitución autoriza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para “suspender provisionalmente” los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por la vía judicial, asunto este que, ni por asomo, podría dejarse dentro del campo de acción de los particulares investidos en forma transitoria de jurisdicción como árbitros. // Entonces, a fortiori, ha de concluirse que si dentro de la competencia de los árbitros no queda comprendida, ni puede quedar en ningún caso, competencia para la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos, con mucha mayor razón queda excluida tal competencia para decidir sobre la legalidad de tales actos, pues, en guarda de la lógica jurídica, ha de reiterarse que quien no puede lo menos, jamás podrá lo más. // De idéntica manera, ha de recordarse que la regla general es la de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los litigios con la administración y sólo por excepción de ellos conocerán los árbitros, en virtud de la autorización constitucional contenida en el artículo 116 de la Carta. Por ello, lo atinente a la competencia de los árbitros es de interpretación restrictiva, sin que pueda llegar a trocarse lo que es la excepción en la regla general, ni tampoco autorizarse como legítima una interpretación que transforme la regla general, es decir la competencia de la

En la sentencia de unificación que se cita, la Corte analizó la competencia del Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir el litigio derivado del contrato suscrito entre CISE y el Departamento del Valle del Cauca. Luego de reafirmar la tesis según la cual los árbitros no pueden juzgar actos administrativos, concluyó que en el caso bajo su análisis el Tribunal no juzgó la legalidad del acto administrativo por medio del cual el Departamento del Valle había liquidado el contrato; dijo la Corte:

“La Corte Constitucional constata que en la parte resolutive del laudo arbitral acusado (i) el referido Tribunal de Arbitramento no se pronunció sobre ningún acto administrativo ni juzgó la validez del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato GM-95-04-017 (Resolución 095 del 17 de septiembre de 2001, confirmada por la Resolución 209 del 25 de junio de 2002)⁸⁷, (ii) negó la pretensión relativa a liquidar el contrato⁸⁸, dado que constató la existencia del referido acto administrativo de liquidación unilateral del mismo y (iii) después de resolver las excepciones presentadas en la contestación de la demanda⁸⁹, el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre controversias exclusivamente económicas existentes entre CISA y este departamento, con ocasión del contrato GM-95-04-017⁹⁰.”

De lo anterior se infiere que, también para la Corte Constitucional, los árbitros son incompetentes para juzgar todos los actos administrativos, incluso los que no están comprendidos en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, como acontece con el acto por medio del cual la entidad pública liquida unilateralmente el contrato.

jurisdicción contencioso administrativa, en la excepción para concluir en contravía de la Constitución que esta sólo puede actuar en ausencia de los Tribunales de Arbitramento”.

⁸⁷ Al respecto, se debe señalar que en la parte resolutive del laudo arbitral acusado, el Tribunal de Arbitramento demandado ni siquiera hizo mención a este acto administrativo.

⁸⁸ Ordinal sexto de la parte resolutive del laudo.

⁸⁹ Ordinal primero de la parte resolutive del laudo.

⁹⁰ En la parte resolutive del laudo, el Tribunal de Arbitramento se pronunció acerca de: (i) las excepciones presentadas por el Departamento del Valle del Cauca en la contestación de la demanda (ordinal primero de la parte resolutive del laudo), (ii) las objeciones presentadas por este Departamento contra el dictamen de los peritos financieros y contra el dictamen de los peritos ingenieros civiles (ordinal segundo de la parte resolutive del laudo), (iii) la comprobación de si ocurrieron circunstancias imprevistas que produjeron el desequilibrio o rompimiento de la ecuación económica del contrato GM-95-04-017 y si éstas ocasionaron controversias de tipo patrimonial entre las partes del contrato GM-95-04-017, que debían ser saldadas, tal como fue planteado por CISA en la demanda arbitral (ordinal tercero, cuarto y quinto de la parte resolutive del laudo), (iv) la decisión de conceder o negar la pretensión relativa a liquidar el contrato GM-95-04-017 (ordinal sexto de la parte resolutive del laudo), (v) la condena en costas (ordinal séptimo de la parte resolutive del laudo), (vi) la decisión sobre si el Departamento del Valle del Cauca debía reembolsarle a CISA, la mitad del valor pagado por esta sociedad, por concepto de gastos del Tribunal de Arbitramento y de honorarios de los árbitros, dado que CISA había asumido la totalidad de tales costos (ordinal octavo de la parte resolutive del laudo), (vii) el cumplimiento de lo establecido en el inciso primero del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, respecto del envío inmediato del laudo, a quien sea competente para ejercer las funciones del Ministerio Público ante la entidad territorial, dado que ésta fue condenada en el laudo (ordinal noveno de la parte resolutive del laudo), y (viii) lo referente a la protocolización del laudo y a la expedición y entrega de copias auténticas del mismo a las partes convocante y convocada y al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali (ordinal décimo y undécimo de la parte resolutive del laudo).

Con toda consideración,

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

JUSTICIA ARBITRAL - legalidad actos administrativos. Incompetencia / FACULTADES EXCEPCIONALES - acto administrativo. Incompetencia

A la luz de la jurisprudencia emanada de la Corte, se destaca que los árbitros en ejercicio de su competencia, no podrán hacer pronunciamiento alguno sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos por la Administración con ocasión de la actividad contractual, independientemente de que dichos actos correspondan al ejercicio de las facultades excepcionales consagradas en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993. Los actos administrativos emanados de la Administración son la manifestación del poder del Estado, de su imperio, de su facultad unilateral, que le es inherente, no solo cuando los dicta en ejercicio de las facultades de interpretación, modificación o terminación unilaterales o por razón de su potestad de declarar la caducidad del contrato o de aplicar la cláusula de reversión (Ley 80 de 1993), sino cuando expide otros actos diferentes en razón o con ocasión del contrato como puede ocurrir con la liquidación unilateral, la declaratoria de incumplimiento o la imposición de multas etc., actos que también comportan el ejercicio de facultades o poderes excepcionales al derecho común, en la medida que los particulares vinculados con el Estado, mediante una relación contractual, no pueden actuar de la misma manera. El ejercicio del poder excepcional de la Administración en materia de contratos estatales, no se circunscribe exclusivamente a la efectividad de las cláusulas excepcionales estipuladas en el acuerdo de voluntades, sino que trasciende también a todos los demás actos expedidos con ocasión de la actividad contractual en los cuales la Administración también está en ejercicio de sus poderes unilaterales que precisamente se materializan a través de dichos actos. Las controversias en las cuales se impugne la legalidad de los actos administrativos -sean o no el resultado del ejercicio de las facultades excepcionales previstas en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993- son de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, su juez natural y no de los árbitros designados por las partes.

JUSTICIA ARBITRAL - legalidad actos administrativos. Incompetencia / ACTO ADMINISTRATIVO - Su legalidad no es susceptible de transacción

Sólo serán susceptibles de arbitramento aquellos asuntos que sean transigibles, es decir, respecto de los cuales las partes tengan facultad de disposición; así que los límites que la ley impone a la competencia de los árbitros no solo tiene que ver con el aspecto temporal, sino también, con la naturaleza de la materia sometida a su conocimiento la cual debe tener el "carácter de transigible". Como quiera que la legalidad de los actos administrativos indiscutiblemente compromete el orden público, dicha legalidad no es susceptible de transacción en tanto que las partes no tienen capacidad para disponer de ella, puesto que la legalidad no puede dejarse al arbitrio de los particulares. Es así que los árbitros no podrán conocer de la legalidad de

los actos administrativos expedidos en virtud de la aplicación de las cláusulas excepcionales, pero tampoco de otros proferidos con ocasión de la actividad contractual, en cuanto que esta materia no es transigible.

ACTO ADMINISTRATIVO - Su legalidad no es susceptible de conciliación / CONCILIACIÓN Y TRANSACCIÓN - Efectos económicos del acto

Si bien se (artículo 71 de la Ley 446 de 1998) consagró la posibilidad de conciliar sobre actos administrativos de carácter particular y de contenido económico, como lo son los actos contractuales, tal facultad de disposición de las partes en manera alguna se extiende a la legalidad de dichos actos puesto que la ley ha sido clara al establecer que lo conciliable o transigible, tan solo atañe a los efectos económicos del acto, siempre que se cumpla con alguna de las causales de revocación directa, más no a su legalidad, que se reitera, no puede ser objeto de transacción por los particulares. En este orden de ideas, los árbitros podrán decidir las controversias suscitadas con la expedición de actos contractuales de carácter particular y de contenido económico, pero solamente en cuanto a los efectos económicos surgidos de ellos; más dicha competencia se encuentra vedada para conocer sobre su legalidad, puesto que la ley expresamente la ha otorgado al juez natural, es decir, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de junio de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00001-00(36252)

Actor: CONSORCIO PORVENIR

**Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL-
INCODER**

Con el acostumbrado respeto por mis compañeros de Sala, a continuación expongo las razones que dieron lugar a que aclarara mi voto en relación con la sentencia dictada el 10 de junio de 2009, mediante la cual se desató el recurso de anulación interpuesto por Instituto Colombiano de Desarrollo Rural-INCODER- contra el laudo arbitral del 12 de noviembre de 2008.

El motivo de mi disentimiento tiene que ver con la competencia que tienen los Tribunales de Arbitramento para decidir sobre la legalidad de los actos

administrativos diferentes de aquellos que constituyen el ejercicio de facultades excepcionales.

En la sentencia se afirmó lo siguiente:

*“Y al efectuar el examen detallado y cuidadoso de la Sentencia C-1436 de 2000, la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos – cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros - son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir: **a)** interpretación unilateral del contrato; **b)** modificación unilateral del contrato; **c)** terminación unilateral del contrato; **d)** sometimiento a las leyes nacionales; **e)** caducidad y **f)** reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión.*

*Dilucidados y limitados así tanto el sentido como el alcance del condicionamiento al cual la Corte Constitucional supeditó la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, todo en íntima conexión y con estricto apego a la ratio decidendi que le sirvió de fundamento, se impone concluir **que los demás actos administrativos contractuales –es decir aquellos que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, conjunto al cual la Corte Constitucional circunscribió en esa ocasión la noción de “poderes excepcionales”–, los demás actos administrativos contractuales –se repite– sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros**, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto. (Negrillas no son del original)*

Sobre el particular cabe precisar que en la sentencia C-1436 de 2000, citada por la Sala y en uno de los fundamentos de su decisión, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

“Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la

facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna.” (Subrayado fuera del texto)

Igualmente precisó la Corte:

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

Así las cosas, pese a que las normas acusadas de la ley 80 de 1993 no señalan expresamente que los árbitros tienen la competencia para pronunciarse en relación con los actos administrativos de carácter unilateral que dicta la administración, con fundamento en la autoridad que le es propia y reconocida expresamente por el legislador, para salvaguardar el interés público que está implícito en los contratos estatales y lograr el cumplimiento de los fines estatales, éstas tampoco pueden interpretarse en tal sentido, pues ello desconocería no sólo la naturaleza del mecanismo arbitral, sino las potestades del Estado, en cuanto a la administración de justicia y su indelegabilidad en aspectos que son esenciales a él.

Luego concluyó:

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

A la luz de la jurisprudencia emanada de la Corte, se destaca que los árbitros en ejercicio de su competencia, no podrán hacer pronunciamiento alguno

sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos por la Administración con ocasión de la actividad contractual, independientemente de que dichos actos correspondan al ejercicio de las facultades excepcionales consagradas en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, los actos administrativos emanados de la Administración son la manifestación del poder del Estado, de su imperio, de su facultad unilateral, que le es inherente, no solo cuando los dicta en ejercicio de las facultades de interpretación, modificación o terminación unilaterales o por razón de su potestad de declarar la caducidad del contrato o de aplicar la cláusula de reversión, según lo previsto por la Ley 80 de 1993, sino cuando expide otros actos diferentes en razón o con ocasión del contrato como puede ocurrir con la liquidación unilateral, la declaratoria de incumplimiento o la imposición de multas etc., actos que también comportan el ejercicio de facultades o poderes excepcionales al derecho común, en la medida que los particulares vinculados con el Estado, mediante una relación contractual, no pueden actuar de la misma manera.

En otras palabras, el ejercicio del poder excepcional de la Administración en materia de contratos estatales, no se circunscribe exclusivamente a la efectividad de las cláusulas excepcionales estipuladas en el acuerdo de voluntades, sino que trasciende también a todos los demás actos expedidos con ocasión de la actividad contractual en los cuales la Administración también está en ejercicio de sus poderes unilaterales que precisamente se materializan a través de dichos actos.

Siguiendo las directrices fijadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y aquellas que han orientado a la Sala por largo tiempo, las controversias en las cuales se impugne la legalidad de los actos administrativos -sean o no el resultado del ejercicio de las facultades excepcionales previstas en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993- son de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, su juez natural y no de los árbitros designados por las partes.

Lo anterior se corrobora con lo previsto por los artículos 111 de la Ley 446 de 1998 y 115 del Decreto 1818 de 1998, normas que definieron el arbitraje como *“un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de*

carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia”

Al tenor de la norma referida solo serán susceptibles de arbitramento aquellos asuntos que sean transigibles, es decir, respecto de los cuales las partes tengan facultad de disposición; así que los límites que la ley impone a la competencia de los árbitros no solo tiene que ver con el aspecto temporal, sino también, con la naturaleza de la materia sometida a su conocimiento la cual debe tener el “carácter de transigible”.

Ha dicho la Corte que los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos⁹¹.

Como quiera que la legalidad de los actos administrativos indiscutiblemente compromete el orden público, dicha legalidad no es susceptible de transacción en tanto que las partes no tienen capacidad para disponer de ella, puesto que la legalidad no puede dejarse al arbitrio de los particulares.

Es así que los árbitros no podrán conocer de la legalidad de los actos administrativos expedidos en virtud de la aplicación de las cláusulas excepcionales, pero tampoco de otros proferidos con ocasión de la actividad contractual, en cuanto que esta materia no es transigible.

En la sentencia que es objeto de aclaración, al referirse a lo prescrito por los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 1818 de 1998, también se afirmó:

“Como bien se observa, es la misma ley la que de manera expresa atribuye a los actos administrativos de contenido particular el carácter de asuntos transigibles, disponibles si se quiere, pues no de otra manera se podría explicar la procedibilidad del mecanismo de la conciliación respecto de las cuestiones que jurisdiccionalmente estarían llamadas a tramitarse tanto por la vía de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho –artículo 85 del C. C. A.-, como por la misma Acción Contractual -artículo 87 del C.C.A.-, previendo incluso que el acuerdo que sobre tales asuntos se logre determine para la entidad pública correspondiente la

⁹¹ Sentencia C-1436 de 2000.

revocatoria directa, la cual como claramente se desprende del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, presupone la invalidez del respectivo acto.

Por lo tanto, comoquiera que por expresa previsión legal los actos administrativos que se adopten en materia contractual son de carácter particular y de contenido económico, sin duda alguna se constituyen en asuntos transigibles.” (No lo destaca el texto)

En cuanto a esta postura, conviene aclarar que el artículo 71 de la Ley 446 de 1998, si bien consagró la posibilidad de conciliar sobre actos administrativos de carácter particular y de contenido económico, como lo son los actos contractuales, tal facultad de disposición de las partes en manera alguna se extiende a la legalidad de dichos actos puesto que la ley ha sido clara al establecer que lo conciliable o transigible, tan solo atañe a los efectos económicos del acto, siempre que se cumpla con alguna de las causales de revocación directa, más no a su legalidad, que se reitera, no puede ser objeto de transacción por los particulares.

En este orden de ideas, los árbitros podrán decidir las controversias suscitadas con la expedición de actos contractuales de carácter particular y de contenido económico, pero solamente en cuanto a los efectos económicos surgidos de ellos; más dicha competencia se encuentra vedada para conocer sobre su legalidad, puesto que la ley expresamente la ha otorgado al juez natural, es decir, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

MIRYAM GUERRERO DE ESCOBAR

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

JUSTICIA ARBITRAL - legalidad actos administrativos / FACULTADES EXCPECIONALES - Acto administrativo. Incompetencia

Los tribunales de arbitramento carecen de competencia para conocer de controversias donde se debatan temas relativos a los actos administrativos dictados con ocasión de la actividad contractual, sencillamente porque en esa materia existe una reserva de jurisdicción, de origen constitucional –art. 238 CP.-, en virtud de la cual sólo la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede conocer esos asuntos. Si el acto administrativo es producto de un poder excepcional, entonces los tribunales de arbitramento no pueden conocer del conflicto derivado de ellos, adjudicándose la competencia en esta jurisdicción; pero si el acto administrativo no es producto de la exorbitancia, entonces los

tribunales pueden conocer el conflicto derivado de ellos. En el caso concreto - del cual me separo en relación con algunos argumentos expuestos para justificar la decisión de fondo que comparto-, se afirma correctamente que los poderes exorbitantes del Estado no son sólo los del art. 14 de la ley 80 sino otros, tal como yo lo sostenía desde antes. No obstante, considera equivocadamente la Sala que los tribunales de arbitramento sí pueden conocer de las controversias relativas a los poderes exorbitantes que tienen fundamento en normas distintas al art. 14 de la ley 80; de modo que de lo único que no pueden conocer es precisamente de los poderes que enuncia dicho artículo. Esta distinción es inaceptable, porque lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, a propósito del tema, no se debe entender como lo hace la Sala, introduciendo dicha diferencia. Lo expresado por la Corte es que ningún poder exorbitante puede debatirse ante tribunales de arbitramento, bien sea que tengan fundamento en el art. 14 de la ley 80 o que lo tengan en otras disposiciones, pues se violaría el art. 238 de la Constitución Política, que dispone que sólo esta jurisdicción puede suspender actos administrativos, de donde se deduce necesariamente que también solo a ella le corresponde anularlos. Para escapar a esta lógica constitucional la Sala sólo manifiesta que la parte resolutive de la sentencia de la Corte sólo hizo referencia a la exequibilidad condicionada en relación con la prohibición a los árbitros de juzgar los poderes exorbitantes del art. 14, de manera que por esa razón los demás poderes exorbitantes los puede controlar un tribunal de arbitramento. La desconexión interpretativa de este punto, entre la parte resolutive y la motiva es evidente, a juzgar por lo transcrito, pues la Corte fue clara en su exposición de motivos en señalar de qué no se pueden ocupar los árbitros. Finalmente, creo -en medio de todo- que el análisis realizado por la Sala no es más que un obiter dictum de la providencia sobre la cual aclaro mi voto, y así se debe tomar lo expuesto en ella, porque en el caso concreto no se juzgó la validez de ningún acto administrativo, ni de la multa impuesta por el INCODER ni de la liquidación practicada por ella, pues ninguno fue demandado ante los árbitros, como expresamente lo reconoce la providencia – fls. 60 a 62-. De hecho, era innecesaria la referencia al tema, porque para el caso concreto no se necesitaba de esta teoría.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de junio de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00001-00(36252)

Actor: CONSORCIO PORVENIR

**Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL-
INCODER**

Con mi acostumbrado respeto frente a las decisiones de la Sala, aclaro mi voto en relación con la sentencia proferida el diez de junio de 2009, en el proceso de la referencia, conforme a las razones que a continuación expondré.

La sentencia resolvió el recurso de anulación propuesto en el proceso arbitral referenciado, lo que condujo a la Sala a abordar, una vez más, el asunto de la competencia de esa justicia para conocer de la validez de los actos administrativos, dictados durante la ejecución de un contrato estatal.

Arribó a una conclusión importante: que los poderes o potestades excepcionales de la administración no se reducen, en materia contractual, a los que enuncia el art. 14 de la ley 80⁹², sino que muchos otros comparten esa

⁹² “Art. 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

“1o. 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.

“2o. 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 de prestación de servicios.

“En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

“PARÁGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.”

naturaleza; posición que sostengo desde hace un buen tiempo. En este orden de ideas, prevaleció la idea de que la imposición de una multa, de una cláusula penal pecuniaria, la declaración de un siniestro, entre otras decisiones de similar naturaleza son poderes exorbitantes de la administración.

De otro lado, también he sostenido que los tribunales de arbitramento carecen de competencia para conocer de controversias donde se debatan temas relativos a los actos administrativos dictados con ocasión de la actividad contractual, sencillamente porque en esa materia existe una *reserva de jurisdicción*, de origen constitucional –art. 238 CP.-, en virtud de la cual sólo la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede conocer esos asuntos. En tal sentido, dispone esta norma: “La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.” Sin embargo, agregué -y esto es lo nuevo-, la limitación opera siempre que se trate del ejercicio de poderes exorbitante, en los términos de la sentencia de la Corte Constitucional C-1436 de 2000. Es decir, que si el acto administrativo es producto de un poder excepcional, entonces los tribunales de arbitramento no pueden conocer del conflicto derivado de ellos, adjudicándose la competencia en esta jurisdicción; pero si el acto administrativo no es producto de la exorbitancia, entonces los tribunales pueden conocer el conflicto derivado de ellos. En esa perspectiva, expresé en el salvamento de voto de 24 de abril de 2.008 a la sentencia de 27 de marzo de 2007 –exp. 33.644-:

“No obstante la anterior posición, estimo –al igual que el magistrado ponente de la sentencia de la cual me aparto- que es perfectamente posible que la justicia arbitral juzgue algunos actos administrativos contractuales -no todos-, expedidos por la entidad estatal⁹³: Se trata de los que no se profieren en ejercicio de los poderes exorbitantes que contempla la ley de contratación estatal.

“De acuerdo con esta idea, que es armónica con la sentencia de la Corte Constitucional C-1436 de 2000⁹⁴, los actos administrativos que

⁹³ Este criterio también había sido planteado en un salvamento de voto de Ricardo Hoyos Duque a la sentencia de 20 de junio de 2002 -Exp. 19.488 Actor: Consultoría Oscar G. Grimaux y Asociados A.A.T y Citeco consultora S.A.-

⁹⁴ La sentencia C-1436 de 2000 declaró la exequibilidad condicionada de los arts. 70 y 71 de la ley 80 –que se refieren a la justicia arbitral en materia contractual- con los siguientes argumentos:

no se produzcan con ocasión de la exorbitancia pública es posible que los controle la justicia arbitral, si acaso alrededor suyo, o con ingerencia de los mismos, surge un debate entre las partes del contrato⁹⁵. Varias razones apoyan esta idea:

“De un lado, el hecho de que la Corte Constitucional sólo condicionó, en la sentencia antes mencionada, la exequibilidad de los arts. 70 y 71 a que los árbitros no puedan juzgar controversias contractuales que estén relacionadas con actos administrativos que desarrollen algún poder excepcional⁹⁶. Por el contrario, otros actos administrativos contractuales sí podría juzgarlos la justicia arbitral.

“De otro lado, la circunstancia de que el art. 116 de la Constitución Política faculta a la justicia arbitral a administrar justicia, en los términos que determine la ley –para el caso concreto la ley 80 de 1993, que autoriza el arbitramento en la contratación estatal-. De la lectura de esta norma se infiere que no existen limitaciones especiales para ello –salvo las impuestas por la sentencia C-1436 de 2000-, como para deducir, tratándose de controversias contractuales donde sea parte el Estado, que puedan dirimirse todos

“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.

(...)

“La discusión que plantea la ciudadana demandante no se presentaría si el legislador expresamente hubiese excluido la posibilidad de que los árbitros se pronuncien sobre la legalidad de los actos administrativos dictados por la administración contratista y producto de las cláusulas exorbitantes, tal como lo hiciera en regulaciones anteriores en esta materia, específicamente en relación con la cláusula de caducidad.” (Negrillas fuera de texto)

⁹⁵ Este criterio había sido expuesto por el Doctor Mauricio Fajardo Gómez, quien afirma que “Como quiera que el condicionamiento que la Corte Constitucional impuso a la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, dice relación, únicamente, con los ‘actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales’ resulta de la mayor importancia que esa clase de facultades, que la ley ha consagrado a favor de las entidades estatales en materia contractual, como su propio nombre lo indica, son de carácter excepcional; por tanto, su creación corresponde únicamente a la ley, deben interpretarse de manera restrictiva y no admiten aplicación por vía de analogía.” (Perspectivas del arbitraje en la contratación estatal. En: Temas estructurales en torno al arbitraje, la conciliación y la negociación.” Ed. Universidad del Rosario. 2007. págs. 32 a 33)

⁹⁶ De hecho, la parte resolutive de la sentencia C-1436 de 2000 dispuso que: “Decláranse **EXEQUIBLES** los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, **no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.**” (Negrillas fuera de texto)

los conflictos, excepto los que están mediados por un acto administrativo.

“Contrario sensu, si la ley 80 no contempla una limitación expresa, mal podría inferirse alguna en particular. En tal sentido, dice el art. 70 -sobre la cláusula compromisoria- 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, desarrollo, terminación o liquidación”**. (Negrillas fuera de texto)

“Esta norma es suficientemente amplia, en decir que el tribunal de arbitramento puede dirimir controversias derivadas i) de la ejecución del contrato, ii) de su liquidación o iii) de la terminación del mismo, de manera que ningún obstáculo debería interponerse, pues la ley no lo establece, que es la que podría hacerlo.

“En el mismo sentido, el decreto 1.818 de 1998 -que compila las normas sobre los mecanismos alternativos de solución de controversias- tampoco establece una limitante del tipo que se viene analizando. Tan sólo pone como condición para que opere este sistema de solución que se trate de un “conflicto de carácter transigible”⁹⁷, concepto que debe entenderse en los términos de lo que la ley 80 establece.

“Además del anterior argumento, también se puede llegar a la misma conclusión, teniendo en cuenta que el acto administrativo que no desarrolla un poder excepcional sí es transigible, porque a través de la conciliación, que también es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, es posible disponer de los efectos de un acto administrativo ilegal, de manera que es incorrecto e ilógico afirmar que sólo la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede tocar esta clase de decisiones administrativas.

“En efecto, para nadie es desconocido que desde la ley 23 de 1991 hasta hoy se ha permitido que “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.” –art. 62-. Esta norma es un buen reflejo de la idea de que, de los actos administrativos se puede disponer, sin la intervención exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En el caso concreto -del cual me separo en relación con algunos argumentos expuestos para justificar la decisión de fondo que comparto-, se afirma correctamente que los poderes exorbitantes del Estado no son sólo los del art.

⁹⁷ Dice el inciso 1 del art. 115 del decreto 1.818 de 1998 que “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.”⁹⁷ (Destaca la Sala).

14 de la ley 80 sino otros, tal como yo lo sostenía desde antes. No obstante, considera equivocadamente la Sala que los tribunales de arbitramento sí pueden conocer de las controversias relativas a los poderes exorbitantes que tienen fundamento en normas distintas al art. 14 de la ley 80; de modo que de lo único que no pueden conocer es precisamente de los poderes que enuncia dicho artículo.

Esta distinción es inaceptable, porque lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, a propósito del tema, no se debe entender como lo hace la Sala, introduciendo dicha diferencia. Lo expresado por la Corte es que ningún poder exorbitante puede debatirse ante tribunales de arbitramento, bien sea que tengan fundamento en el art. 14 de la ley 80 o que lo tengan en otras disposiciones, pues se violaría el art. 238 de la Constitución Política, que dispone que sólo esta jurisdicción puede suspender actos administrativos, de donde se deduce necesariamente que también solo a ella le corresponde anularlos. En este orden de ideas manifestó la Corte:

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

(...)

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

de evitar no sólo la paralización de éste, sino para hacer viable la continua y adecuada prestación del servicio que estos pueden comportar, en atención al interés público implícito en ellos. Sobre el ejercicio de estos poderes ha dicho el H. Consejo de Estado:

(...)

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

“Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares. Por otra parte, las consecuencias patrimoniales que se pueden derivar de aplicación de estas cláusulas, no pueden ser fundamento suficiente para que se considere procedente la derogación de la jurisdicción contenciosa administrativa. Las consideraciones de tipo económico no pueden justificar una separación de competencias entre la jurisdicción contenciosa y los árbitros, que permita a estos últimos pronunciarse sobre el aspecto económico de la decisión unilateral de la administración, dejando en cabeza de la jurisdicción contenciosa el pronunciamiento sobre la validez del acto respectivo. La unidad de jurisdicción en este punto debe prevalecer, como manifestación no sólo de un poder que es indelegable, sino en la seguridad jurídica que debe darse a los asociados.” (sentencia C-1436 de 2000)

Para escapar a esta lógica constitucional la Sala sólo manifiesta que la parte resolutoria de la sentencia de la Corte sólo hizo referencia a la exequibilidad condicionada en relación con la prohibición a los árbitros de juzgar los poderes

exorbitantes del art. 14, de manera que por esa razón los demás poderes exorbitantes los puede controlar un tribunal de arbitramento. La desconexión interpretativa de este punto, entre la parte resolutive y la motiva es evidente, a juzgar por lo transcrito, pues la Corte fue clara en su exposición de motivos en señalar de qué no se pueden ocupar los árbitros.

Sin embargo, y sólo en gracia de discusión, tampoco es aceptable que la limitación impuesta a la justicia arbitral se reduzca a las potestades exorbitantes del art. 14 de la ley 80, pues la decisión de la sentencia C-1436 no hizo esa distinción, por el contrario, de manera amplia señaló:

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

En este orden de ideas, y a juzgar por esta sentencia de constitucionalidad, se expone a la acción de tutela el tribunal de arbitramento que pretenda controlar alguno de los actos administrativos producto de los poderes exorbitantes –bien los del art. 14, bien los contemplados en otras normas-, pues atentarían contra la garantía del debido proceso denominado *juez natural*.

Finalmente, creo -en medio de todo- que el análisis realizado por la Sala no es más que un *obiter dictum* de la providencia sobre la cual aclaro mi voto, y así se debe tomar lo expuesto en ella, porque en el caso concreto no se juzgó la validez de ningún acto administrativo, ni de la multa impuesta por el INCODER ni de la liquidación practicada por ella, pues ninguno fue demandado ante los árbitros, como expresamente lo reconoce la providencia –fls. 60 a 62-. De hecho, era innecesaria la referencia al tema, porque para el caso concreto no se necesitaba de esta teoría. De manera que el debate final sobre este problema queda aún pendiente.

En estos términos dejo sustentada mi diferencia con la posición mayoritaria.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO