

COPIA

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
Atn. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez
E. S. D.

REFERENCIA: EXPEDIENTE D-10552; LEY 1563 DE 2012, ARTÍCULOS 1 (PARCIAL)

ASUNTO: INTERVENCIÓN CIUDADANA

HENRY SANABRIA SANTOS, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.756.899 de Bogotá, y **JORGE ALBERTO RAMÍREZ GÓMEZ**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C, identificado con la Cédula de Ciudadanía 1.128.279.336 de Medellín, obrando en nuestra condición de profesores del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, en cumplimiento del honroso encargo que al efecto nos hiciera el Director del Departamento de Derecho Procesal de esta casa de estudios, Doctor Ramiro Bejarano Guzmán, mediante el presente escrito nos permitimos intervenir en el trámite de la referencia para defender la constitucionalidad del artículo 1º de la ley 1653 de 2013, por las siguientes razones:

1.- Cuestión preliminar: Ineptitud de la demanda.

La actora basa su ataque sobre la disposición acusada extrayendo de ella una proposición normativa inexistente, es decir, la acusación se deriva de una particular interpretación que de la norma hace la demandante.

En efecto, la norma acusada en ningún momento contiene una autorización para que los árbitros puedan pronunciarse acerca de la validez de los actos administrativos expedidos por las entidades contratantes en ejercicio de las llamadas facultades exorbitantes; dicha proposición normativa es producto de una singular lectura que la demandante hace del texto acusado y, por ende, el cargo carece de la certeza necesaria para un estudio de fondo por parte de esa Honorable Corporación.

En el sentido señalado, es firme y reiterada la posición de la Corte Constitucional¹ en lo relativo a que el ejercicio de la acción pública de constitucionalidad apareja la observancia de una serie de cargas que implican un mínimo razonable de claridad

¹ C-1052 de 2001, C-723 de 2004, C-980 de 2005, C-370 de 2006, C-1053 de 2005, C-1048 de 2000 y C-011 de 2001



que puede serle exigido al ciudadano para hacer efectivo el derecho a cuestionar la constitucionalidad de una norma.²

Al respecto, ha dicho la Corte³:

*“el examen de las razones de inconstitucionalidad expuestas por el demandante no sólo corresponde a una evaluación formal sino al análisis material de la misma, pues es indispensable que se presente “una acusación en debida forma”. En tal virtud, los motivos de reproche no se satisfacen con la exposición de cualquier tipo de argumento, ni puede fundarse en simples afirmaciones, ni puede utilizar afirmaciones imprecisas e indeterminadas. Por el contrario, dijo la Corte, **“el demandante debe formular un cargo concreto, de naturaleza constitucional, contra una norma legal**. Por consiguiente, el actor no cumple ese requisito si se limita a efectuar una formulación vaga, abstracta y global de los motivos de inconstitucionalidad, sin acusar específicamente la disposición, pues su omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad. Tampoco existe una demanda idónea cuando la acusación no es relevante constitucionalmente sino que se fundamenta en razones puramente legales. Finalmente esta Corporación ha entendido que no existe materialmente cargo, si el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico”* (Negrilla fuera del texto)

En consecuencia, en cuanto al mínimo razonable de exigencia al actor que pretende plantear un juicio de constitucionalidad, la línea jurisprudencial ha dejado claro que una acusación en debida forma, una que haga viable un examen de constitucionalidad, debe, cuando menos, reunir los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia.⁴

Así mismo, puntualmente en lo que hace al requisito de la certeza del cargo, de antaño se tiene establecido lo siguiente:

*“(…)el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional **con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto**; esa técnica de control difiere, entonces, de aquella otra encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para*

³ Sentencia C-667 de 2009.

⁴ Sentencia C-1052 de 2001, en la cual se indica que “La efectividad del derecho político depende, como lo ha dicho esta Corporación, de que las razones presentadas por el actor sean claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. De lo contrario, la Corte terminará inhibiéndose, circunstancia que frustra “la expectativa legítima de los demandantes de recibir un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional”.



*pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden.*⁵ (Negrilla agregada)

Corolario de todo lo anterior, resulta claro que no puede la Corte pronunciarse cuando el objeto de ataque son preceptos normativos inexistentes que no hacen parte la regla legal demandada y que no coinciden con la intención legislativa. Cuando este sea el caso la Corte debe inhibirse de conocer el asunto.

Así las cosas, debe llamarse la atención de la Corte acerca de la circunstancia relativa a que en la norma demandada -artículo 1º de la ley 1563 de 2012-, a diferencia de lo que peculiarmente entiende la actora, no se está concediendo competencia a los tribunales arbitrales para pronunciarse sobre la legalidad de todo tipo de actos administrativos de carácter contractual, incluyendo los expedidos en uso de las llamadas cláusulas exorbitantes.

En realidad, lo que la norma establece, a tono con todo el desarrollo jurisprudencial elaborado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, así como también por la propia Corte Constitucional, es que los tribunales arbitrales ostentan competencia para resolver en derecho respecto de controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, lo cual puede incluir pronunciarse respecto de los llamados "actos administrativos contractuales" proferidos por la entidad contratante, siempre y cuando no se trate de aquellos a los que la Corte Constitucional, en la sentencia C-1436 de 2000, identifica con las facultades unilaterales de contratación, aquellas denominadas exorbitantes en las que se manifiestan "*disposiciones extrañas a la contratación particular*" 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*", que son, en últimas, las previstas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993.

Respecto de estas últimas, y en esto la norma demandada es bastante clara, el alcance de la competencia de los árbitros se limita a las consecuencias patrimoniales o económicas que puedan derivarse de la expedición de dichos actos administrativos, pues no otra cosa puede entenderse de la especificidad que hace el legislador al hacer referencia expresa a "**las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales.**" (Negrilla agregada)

En efecto, tal es el sentido de la sentencia C-1436 de 2000: los poderes exorbitantes, las facultades excepcionales de contratación de la administración y su manifestación a través de actos administrativos contractuales es un tema que

⁵ C-509 de 1996.



escapa a la competencia de los tribunales arbitrales, como quiera que no es asunto susceptible de disposición. Los otros actos administrativos contractuales sí pueden ser materia de pronunciamiento por parte de los árbitros.

Así por ejemplo lo ha entendido el Consejo de Estado en su Sección Tercera con sentencia del 10 de junio de 2009, en la cual se lee:

*"(...)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 [...] 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 identificándolos "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."*⁶

Obsérvese, entonces, que parece pasar por alto la actora que al expedirse la Ley 1563 de 2012, para el legislador era claro que existía el antecedente de la sentencia C-1436 de 2000, y en tal sentido, que existía un reparo constitucional concreto respecto de la posibilidad de que los árbitros pudiesen pronunciarse acerca de la validez de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades exorbitantes.

Lo anterior puede verificarse con la simple lectura de la exposición de motivos de la Ley 1563 de 2012 en punto del desarrollo jurisprudencial de la institución del arbitraje en Colombia. Allí se hace un copioso recuento de las decisiones más destacadas en la materia y, en concreto, haciendo referencia expresa a la sentencia C-1436 de 2000, el legislador reconoce y adopta como antecedente que en dicha sentencia se establecen los límites a la competencia de los árbitros en cuanto *"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 órganos"* reconociendo que bajo tal condicionamiento el articulado demandado en dicha oportunidad se ajustaba a la Carta Política.⁷

⁶Sentencia del 10 de junio de 2009, expediente, No 110010326000200900001 00, radiación 36.252.

⁷Gaceta del Congreso 108, Martes 27 de marzo de 2012. P.9. Proyecto de ley número 18 de 2011 Senado, 176 de 2011 Cámara.



Fue bajo dicho condicionamiento que se expidió el aparte del artículo atacado en el presente caso, lo cual resulta de la mayor importancia para leer la norma, pues es claro que si el legislador se refirió a la posibilidad de que los árbitros se pudiesen pronunciar acerca de las consecuencias económicas de actos administrativos expedidos en uso de facultades exorbitantes, lo hizo bajo el entendido de que no podían pronunciarse acerca de otro tipo de consecuencias de dichos actos administrativos, como lo son, por ejemplo, las relativas a su validez, habida cuenta del antecedente constitucional en la materia.

En consecuencia, la norma por ningún lado señala que la competencia de los árbitros se extiende a la posibilidad de decidir acerca de la validez de los actos administrativos expedidos en uso de las facultades; y si ese fuera el caso, ningún sentido tendría aclarar que dicha competencia incluya sus consecuencias económicas, pues ello vendría aparejado de suyo a una facultad de ese tipo. Precisamente porque no se otorga esa facultad, la norma aclara que además de los actos administrativos contractuales ordinarios, que no impliquen el ejercicio de prerrogativas propias del derecho público, los árbitros pueden conocer de las consecuencias económicas –solamente de este tipo de consecuencias– de todos los actos que se expidan con ocasión de la actividad contractual.

Todo lo dicho permite concluir que la demanda está desenfocada, habida cuenta que la norma no contiene una autorización a los árbitros para pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos que expiden las entidades públicas en ejercicio de los llamado poderes exorbitantes.

Como consecuencia de todo lo anterior, es claro que a falta de un cargo cierto, que recaiga sobre una proposición normativa existente, no es posible adelantar un debate de constitucionalidad, razón esta por la cual la Corte debe inhibirse de conocer el presente asunto.

2.- La norma acusada no viola la garantía procesal del juez natural.

Únicamente bajo el entendido de que la Corte llegue a considerar que, a pesar de lo expuesto anteriormente, existe en la demanda una acusación constitucional formulada en debida forma, es menester poner de presente que la norma, entendida a la luz del precedente jurisprudencial vigente en la materia de abritrabilidad de los actos administrativos expedidos por la entidad contratante, no puede estimarse como violatoria de la garantía constitucional de juez natural.

Lo anterior obliga volver sobre la sentencia C- 1436 de 2000, así como también sobre los precedentes fijados por el Consejo de Estado en vigencia de la normatividad anterior a la Ley 1563 de 2012, es decir, en vigencia de los artículos



111 de la ley 446 de 1998 y el 115 del Decreto 1818 de 1998, todo ello, con el objetivo de determinar si de dichas fuentes surge, en verdad, una regla según la cual se viole el principio de juez natural por permitir que los árbitros sean competentes respecto de controversias que hayan surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales.

Vale la pena indagar si la Corte Constitucional, como lo dice la actora, en realidad manifestó en la sentencia C-1436 de 2000 que el hecho de que los árbitros se pudieran pronunciar en relación con los actos administrativos contractuales, sin más, viola la garantía del juez natural.

Sobre el punto, ha de observarse una vez más que en el referido pronunciamiento, fijando la atención en el articulado de la ley 80 de 1993, y con base en la norma que para entonces fijaba los límites de la arbitrabilidad, es decir, la versión original del artículo 13 de la ley estatutaria de administración de justicia, lo que la Corte determinó en materia de juez natural fue que compete a la jurisdicción permanente del Estado, en concreto a su especialidad contencioso administrativa, pronunciarse en relación con los actos administrativos expedidos en uso de las cláusulas excepcionales, de las denominadas "disposiciones extrañas a la contratación particular", y que en dicho aspecto, sólo a este tipo de jueces compete el pronunciamiento, excluyendo con ello que los árbitros pudiesen hacer lo propio por razón de que su competencia quedaba limitada a aquellos asuntos de carácter transigible, característica que no puede predicarse de los actos administrativos en los que se ejercen tales facultades excepcionales como quiera que ellos son expresión directa de la autoridad del Estado.

En relación con los demás actos administrativos expedidos en el escenario de la contratación estatal, e incluso, respecto de los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en uso de facultades exorbitantes, y ello lo dice expresamente la Corte, no existe la anterior limitación, razón por la cual no puede afirmarse que se viole la garantía del juez natural cuando ostentan los árbitros competencia respecto de los mismos.

La limitación que fijó la sentencia C-1436 de 2000 y los demás pronunciamientos que la desarrollan, no se traduce en una regla según la cual a los árbitros se les prohíba pronunciarse respecto de todo tipo de actos administrativos; esa regla tampoco existe ni en la Constitución Política ni en la ley.

Muy por el contrario, la regla que decantó la jurisprudencia constitucional y la contencioso administrativa es que pueden someterse a la decisión de los árbitros las controversias derivadas de la celebración, ejecución y terminación de los contratos



estatales, al paso que no pueden someterse a la decisión arbitral asuntos relacionados directamente o indirectamente con la validez o invalidez los actos administrativos que, en ejercicio de sus poderes exorbitantes, profiere la entidad en la celebración, ejecución o terminación del contrato.

Esa es la pauta jurisprudencial, la cual difiere completamente del sentido que le quiere atribuir la actora. En consecuencia, el cargo propuesto en cuanto a la violación de la garantía del juez natural por contrariar la norma atacada lo que supuestamente estableció la jurisprudencia, no puede estar llamado a prosperar, ciertamente, si la norma se encuentra a tono con lo que dicha jurisprudencia establece.

En efecto, obsérvese, que en la referida sentencia C-1436 de 2000, dijo la Corte:

“Significa lo anterior que el Estado, al igual que los particulares, puede someter las divergencias surgidas con ocasión de un contrato donde es parte, a la decisión de terceros investidos de la facultad de dirimir definitivamente la controversia, sin que con ello se considere vulnerado el interés público que los contratos estatales implícitamente ostentan, o se discuta la facultad de la administración para transigir, tal como aconteció hasta no hace pocos años. 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.” (Negrilla fuera del texto)

De manera consecuente con la tal razonamiento, en la parte resolutive de la sentencia se dispuso:

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

En la referida sentencia también se afirmó que cuando se trate de evaluar exclusivamente las consecuencias patrimoniales de estos actos administrativos, sin controlar su validez, es constitucionalmente legítimo que los árbitros administren justicia, puesto que no se estarían pronunciando sobre asuntos reservados a la órbita exclusiva de la jurisdicción estatal, por lo que en la sentencia se indicó 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.”

En línea con lo anterior, en sentencia SU-174 de 2007, dijo la Corte Constitucional:

“(…) es perfectamente factible que para la resolución de estas controversias exclusivamente económicas, los tribunales arbitrales no examinen la legalidad ni cuestionen en absoluto la validez de los actos administrativos; si la disputa es económica, los aspectos centrales de su resolución tienen que ver con asuntos como la existencia, el contenido, los alcances y las condiciones de la obligación pecuniaria objeto de controversia; en otros términos, si existe una deuda contractual, y cómo se ha de cuantificar. No es necesario efectuar pronunciamientos sobre la validez de actos administrativos contractuales para efectos de adoptar una decisión sobre estos puntos.”⁸

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 3 de diciembre de 2008, anotó sobre el punto materia de examen:

“Con fundamento en que el ejercicio del poder público no es una materia susceptible de transacción, la Sala consideró, en la providencia precitada que los árbitros carecen de facultad legal 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 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.”⁹

Esa misma corporación, en sentencia del 1º de febrero de 2008, ya había aclarado lo siguiente:

*“(…) 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 mis sentencia C-1436 de 200 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*

⁸ Sentencia SU-174 DE 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2008. M.P. Ramiro Saavedra Becerra, Exp. 11001-03-26-000-2008-00080 (35791).



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 los 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 artículo 70 y 71 de la ley 446 de 1998, hace operante el enunciado normativo del artículo 115 del Decreto 1818 de 1998.**¹⁰

En sentencia del 10 de junio de 2009, se volvió sobre el punto y se señaló:

*“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” (...) 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 revocatoria directa, la cual como claramente se desprende del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, presupone la invalidez del respectivo acto. **Por lo tanto, como quiera 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.**”¹¹*

Este precedente es reiterado en sentencia del 8 de noviembre de 2012, proferida por la misma Sección Tercera, providencia en la cual sobre este tema se afirmó:

“En el pronunciamiento anterior se precisa que la sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, según la cual es inconstitucional que los árbitros se

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 1 de febrero de 2008. Exp. 11001-03-26-000-2007 000009-00 (36644).

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009., expediente, No 110010326000200900001 00 (36.252).



*pronuncien sobre actos administrativos contractuales se limita a los descritos en el artículo 14 de la ley 80 de 1993; y que cualquier otro acto administrativo contractual sí puede ser materia de pronunciamiento por un Tribunal de Arbitramento. [...] Ahora bien, así se concluyera que los actos administrativos del liquidador no tienen carácter contractual por no estar prevista su expedición en las normas del estatuto de contratación pública, **se advierte que, aparte de la establecida específicamente respecto de los actos administrativos contractuales a los que se refiere la sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, en el ordenamiento jurídico colombiano no se ha introducido ninguna otra restricción a la facultades de los Tribunales de Arbitramento para pronunciarse sobre actos administrativos o que limite las competencias que éstos pueden ejercer en su condición de particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política. Por el contrario, las consideraciones relativas a la transigibilidad de las controversias respecto de las cuales esté involucrado un acto administrativo que se hacen en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 10 de junio de 2009, son predicables de cualquier acto administrativo susceptible de impugnación.**"¹²*

Y más recientemente, en providencia de unificación jurisprudencial del 18 de abril de 2013 (Radicación 17.859 - R-0035), la Sección Tercera del Consejo de Estado reiteró 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, es decir, aquéllos que consagra expresamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993: 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. Los demás actos administrativos contractuales, es decir, aquellos que surgen del ejercicio de facultades distintas a aquellas que de manera expresa recoge el artículo 14 acabado de citar, sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de 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".

El precedente judicial que se acaba de reseñar, permite entender mejor la norma atacada y ubicar su único sentido: los árbitros, si así lo han pactado las partes, tienen competencia para pronunciarse respecto de controversias suscitadas con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación de los contratos celebrados entre los particulares y el Estado, incluso si ello comprende pronunciarse respecto de los actos administrativos expedidos por la entidad en su actividad contractual, eso sí, con una limitación consistente en que dicha

¹² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 8 de noviembre de 2012. Expediente No 36709



competencia no comprende la facultad para pronunciarse acerca de la validez o invalidez de actos administrativos mediante los cuales la entidad ejerza los llamados poderes o facultades exorbitantes, aclarando que, en todo caso, dicha competencia sí abarca la posibilidad de pronunciarse acerca de los aspectos económicos o meramente patrimoniales que se deriven de su expedición.

En fin, las normas que hoy en día trazan los límites de la competencia arbitral son el artículo 13 de la ley 270 de 1996 modificado por la ley 1285 de 2009 y el artículo 1º de la ley 1563 de 2012. Dichas normas demarcan los límites de competencia de los árbitros en desarrollo del artículo 116 de la Constitución Política, disposición que expresamente encarga al legislador regular la materia arbitrable, por lo cual, en ausencia de una norma de rango constitucional que expresamente atribuya la competencia sobre los asuntos de los que se duele la actora con exclusividad a una autoridad judicial, no se ve cómo pueda el legislador violar la garantía de juez natural por atribuir dicha competencia a los árbitros, con las limitaciones que ya han sido indicadas.

3.- La norma acusada no excede los límites de libre configuración del legislador:

El otro cargo que la actora endilga a la norma atacada, es que la misma supuestamente resulta violatoria del principio de libre configuración legislativa, lo cual, según alega, deriva de que la norma no se compadece con el derecho fundamental al debido proceso producto de que otorga competencia a los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales. Ya quedó suficientemente explicado que el artículo 1º de la ley 1563 de 2012 no tiene los alcances que se le atribuyen en la demanda, y que, además, la regla que ha perfilado la jurisprudencia y que inspira la norma, consiste en atribuir a los árbitros la facultad de pronunciarse sobre aquellos actos administrativos contractuales diferentes de aquellos en los que la entidad contratante haga uso de las cláusulas exorbitantes previstas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993; respecto de las controversias suscitadas con ocasión de este último tipo de actos, la competencia de los árbitros sólo comprende sus consecuencias económicas o patrimoniales.

Dicha regla, según se explicó, se extrae de los pronunciamientos más relevantes en materia de arbitrabilidad de actos administrativos emitidos en vigencia de la normatividad anterior a la ley 1563 de 2012. Cómo puede apreciarse, la regla anotada se traduce en lo que la jurisprudencia ha entendido que debe ser el límite de las materias susceptibles de arbitraje, circunstancia que suscita, entonces, la pregunta de si dicha regla es o no en realidad un límite constitucional a libertad de configuración del legislador en la materia. En otras palabras, en lo que tiene que ver con la posibilidad de que los árbitros conozcan de la legalidad de actos administrativos expedidos con ocasión de un contrato estatal, el límite que ha fijado



tradicionalmente la jurisprudencia está en que ello no es posible cuando se trata de actos administrativos expedidos en uso de facultades exorbitantes, por razón de que en tales casos la materia no es transigible, lo cual impone preguntarse si esa limitación deriva de la constitución o de la ley.

Ciertamente, el que la arbitrabilidad se limite a asuntos susceptibles de disposición particular y que por ello excluya los actos administrativos expedidos en uso de facultades exorbitantes, es un precepto normativo que derivó, en su momento, del artículo 13 de la ley 270 de 1996, del artículo 111 de la ley 446 de 1998 y del artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, razón por la cual, cuando en todas las sentencias que han sido citadas anteriormente se concluye que las controversias suscitadas por el uso de tales facultades exorbitantes no son arbitrables, lo único que hizo la jurisprudencia sobre el punto fue hacer eco de las citadas normas.

En efecto, en todas y cada una de ellas, incluyendo la sentencia C-1436 de 2000, se dice que no puede someterse al arbitraje lo relativo al uso de facultades exorbitantes por parte de la entidad contratante pues ello, al ser expresión de la autoridad del Estado, no es transigible. Pero la norma constitucional que permite investir a los particulares del poder transitorio de administrar justicia, es decir, el artículo 116, no trae dicha limitación, ni tampoco la trae ningún otro artículo del texto superior. Obsérvese que los artículos 236, 237 y 238 de la Carta, al diseñar la configuración constitucional de la especialidad contencioso administrativa de la jurisdicción, tampoco atribuyen de manera exclusiva dicha competencia en los jueces contencioso administrativos. Mucho menos puede derivarse tal exclusividad del artículo 238, pues en éste se limita el constituyente a facultar a los jueces de dicha especialidad para suspender en provisionalidad la vigencia de los actos administrativos.

En suma, dicha limitación, que ha sido erigida a la altura de regla inamovible en la materia por efecto de la citada sentencia C-1436 de 2000 no es, con estrictez, una limitación de rango constitucional sino legal.

Aunado a lo anterior, es menester considerar que el legislador en el artículo 1º de la ley 1563 de 2012 ha definido que todo asunto de libre disposición es susceptible de ser sometido al conocimiento de los árbitros, pero además, que también puede serlo todo otro asunto que autorice la ley. Con ello, lo que hace el legislador es desarrollar la facultad que le ha sido atribuida por la constitución de manera amplia en el artículo 116 y en el artículo 150, numeral 2º, y ciertamente, no se extralimita en ello si decide que al conocimiento de los árbitros se pueden someter materias que no sean susceptibles de disposición particular, pues el criterio de la disponibilidad como límite no es de origen constitucional sino legal.



Sobre el punto, ha de anotarse que el artículo 116 de la Constitución claramente establece que los particulares pueden ser transitoriamente investidos de la función de administrar justicia como árbitros en los términos que determine la ley; así mismo, la Ley 1285 de 2009, al reformar el artículo 13 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, determinó que los particulares pueden actuar como árbitros habilitados por las partes, **en los términos que autorice la ley**, sin condicionar la naturaleza de tales asuntos a que los mismos sean transigibles.

Frente a este tema, en la sentencia C-014 de 2010 dijo la Corte Constitucional:

“El que los asuntos susceptibles de transacción sean los únicos que pueden someterse a la justicia arbitral es tema que le compete al legislador determinar. Este puede decidir que ello sea así, o decidir que tal criterio desaparezca del ordenamiento jurídico como delimitador de la competencia de la justicia arbitral, tal y como lo hizo en la Ley 1285 de 2009, avalada en este punto por la Corte Constitucional. Y lo puede hacer de dos maneras: de forma general y abstracta, como lo hizo en el artículo 6º de dicha Ley, o en casos puntuales, definiendo que un determinado asunto es o no transigible”

Y más adelante, en la misma sentencia se señala:

“La Corte Constitucional ha identificado, a lo largo de sus providencias, varios tipos de asuntos que están reservados a la jurisdicción permanente del Estado. En la sentencia C-242 de 1997 la Corte señaló que no pueden someterse a decisión arbitral los temas relacionados con el estado civil de las personas. En la sentencia C-294 de 1995, se indicaron como ejemplos de asuntos no sujetos a transacción: las obligaciones amparadas por leyes “en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres”, al tenor del artículo 16 del Código Civil; las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces; o los conflictos relacionados con derechos de los cuales la ley prohíbe a sus titulares disponer. En la sentencia C-330 de 2000, se mencionó como sustraído de decisión arbitral el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores. Y para los efectos de lo que interesa al presente proceso de constitucionalidad, la Corte ha reiterado que, en lo esencial, los asuntos disponibles son aquellos que se refieren a obligaciones de contenido económico. Así se explicó en la sentencia C-294 de 1995, en la cual la Corte, al pronunciarse sobre la posibilidad de adelantar juicios ejecutivos por medio de tribunales arbitrales, explicó que las obligaciones que se pueden exigir ejecutivamente son las de contenido económico, que se rigen por el principio de autonomía de la voluntad; al ser transigibles, dijo la Corte, se pueden incluir en el pacto arbitral. En conclusión, para la Corte ha sido claro que, si bien algunos asuntos, por su naturaleza misma, o por su rango constitucional, escapan al ámbito de competencia de la justicia arbitral, (estado civil, derechos mínimos de los trabajadores, por ejemplo) en el caso de los temas de contenido económico, asiste una mayor discrecionalidad al legislador. Y este puede, dentro de los límites constitucionales, y los estatutarios recientemente modificados, considerarlos o



no como materias susceptibles de arbitramento, conciliación o amigable composición.”

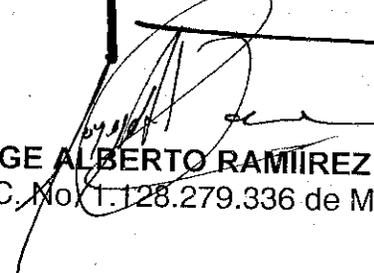
En fin, visto el amplio alcance que la Corte ha otorgado a la libertad de configuración del legislador en materia del diseño de los procesos judiciales, salvo que el actor demuestre que se desconocen garantías fundamentales concretas, que con la ley demandada se viola el principio democrático, de dignidad humana, el bloque de constitucionalidad, el principio de unidad de materia, etc., todo lo cual no ha hecho, no es posible concluir que se violó esa amplia libertad del legislador.

Desde el enfoque anterior, no son necesarias mayores lucubraciones para determinar que la regla del artículo 1º de la ley 1563 en el aparte demandado, no viola el principio de libre configuración legislativa, pues no solamente respetó las normas constitucionales que regulan la materia, sino que también se ajustó a los precedentes jurisprudenciales existentes al efecto.

Por todo lo anterior, le solicito a la Corte Constitucional declarar exequible la norma demandada.

De los honorables magistrados,


HENRY SANABRIA SANTOS
C.C. No. 79.756.899 de Bogotá


JORGE ALBERTO RAMÍREZ GÓMEZ
C.C. No. 1.128.279.336 de Medellín