
LAS MATERIAS SUSCEPTIBLES DE ARBITRAMIENTO

*Patricia Mier Barros**

Hoy que clausuramos este foro, y que culmina el tributo andino, la expresión del afecto y del agradecimiento de quienes hemos sido discípulos de la doctora Susana Montes, el tan merecido homenaje institucional, y el reconocimiento de tanto esfuerzo académico, quiero, en la única palabra que me permite el lenguaje, que no sé que tanto abarque lo que tanto debo, decir gracias; no a la profesora que tanto me ha aportado, no a la maestra que tanto me ha enseñado; no a quien con desinterés constantemente me transmite su conocimiento. Y lo hago no porque en su entrega académica buscara una recompensa. Creo que estamos tratando de cumplir doctora Susana. Creo que, al menos, la semilla que con tanto valor y, a veces, contra nosotros mismos sembró, germinó: aquí estamos, tratando de seguir su huella, tratando de imitar de una u otra forma su virtud. Y se de corazón que ello constituye su retribución.

Hoy no agradezco a quien de tanta juridicidad me ha hecho partícipe. Hoy no agradezco su generosidad al permitirme incursionar en su inteligencia y sapiencia. Hoy no agradezco el inmenso ejemplo de devoción y honestidad personal, intelectual y profesional, que me esfuerzo en seguir. Hoy no digo gracias a la doctora Susana. Hoy digo gracias a "mi doctora Susa", como la llamo con afecto y quizás con algo de pretensión y mucho de cariñoso irrespeto caribeño. Gracias, por haberme dado lo mejor de sí: su condición humana, su inmensa capacidad de comprensión y tolerancia, virtudes que han impreso en ella la grandeza profesional a la que hemos rendido homenaje. Gracias Susa, por tu desmedido empeño y sobre todo por tu inmensa paciencia en enseñarme la prudencia, la templanza, la confianza. Por indicarme cotidianamente el norte, por haberme demostrado que nadie nunca será grande en lo que hace, si la grandeza no está en sí mismo, si no lo identifica, o, como tu dirías, si no lo tipifica. Gracias a la amiga, a la consejera. En fin, gracias Susa, por haber estado, por seguir estando, y por infundirme cada día la certeza que siempre estarás.

* **Abogada Asesora Programa para el Desarrollo de las Naciones Unidas, PNUD. Asesora Comisión Presidencial para la Reforma de la Administración Pública del Estado Colombiano. Consultora Privada y Profesora Universitaria.**

Me ha correspondido en este foro comentar la importante y completa ponencia presentada por el doctor Felipe de Vivero, y los muy autorizados comentarios de la doctora Maria Cristina Morales.

El cubrimiento de la materia realizado por los expositores, la veracidad y procedencia de su interpretación en relación con las implicaciones y alcances que frente al contencioso administrativo contiene la nueva normativa, me releva de mayor análisis en relación con los temas tratados por ellos.

Quiero sí referirme a aquellos aspectos que no han sido mencionados por los conferencistas y que constituyen fuente de grandes inquietudes en la interpretación y aplicación de las normas procesales que rigen el contencioso administrativo, a las que la nueva legislación no dio respuesta o, si pretendió hacerlo, no lo hizo con la suficiente claridad que en todo caso debe contener la ley en general, y especialmente la procesal, en tanto de ella depende la efectividad del derecho sustancial.

Someteré entonces, al análisis de este auditorio, no conclusiones, porque ellas me están vedadas, sino cuestionamientos, interrogantes y temas de reflexión que plantean grandes dudas en el terreno jurídico a los que quizás, entre todos, podamos hallarle solución.

Me referiré concretamente a un tema que por su auge, actualidad y ya casi cotidianidad entre quienes de una u otra forma, intervenimos en los procesos contencioso administrativos que se surten ante la jurisdicción arbitral, ya como partes, ya como jueces, requiere de definiciones claras y precisas que devuelvan al litigio contractual, la seguridad jurídica que reclama.

I. Las materias susceptibles de arbitramento

A. El arbitramento y el marco constitucional

La administración de justicia, por expresa definición constitucional (artículo 228¹), comporta el ejercicio de una función pública, sometida al imperio de la ley.

.....

1. Constitución Política, artículo 228: "La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

Además, determina el artículo 116 de la Constitución Política, los titulares del ejercicio de esta función pública. Y entre ellos encontramos citados por el Constituyente a los particulares “en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad en los términos que determine la ley”. Y a la ley corresponde definir “el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas” y regular “su ejercicio”, sentencia del artículo 123 de la Carta.

Es entonces competencia legislativa, en los términos del Constituyente, la definición de los principios, normativa, procedimientos, y materia susceptible de ser sometida a un Tribunal de Arbitramento.

El compromiso y, en su caso, la cláusula compromisoria, se tipifican en nuestro régimen jurídico como pacto, convenio o contrato. En tanto tales, su validez jurídica dependerá de la capacidad legal de las partes para concurrir a su celebración, de la licitud de su causa y de su objeto (artículos 1495 y 1502 del Código Civil).

La atribución de jurisdicción a particulares, proviene entonces del pacto, y para que la misma encuentre legitimidad y se ajuste a derecho, requiere versar necesariamente sobre bienes jurídicos respecto de los cuales se predique “capacidad dispositiva” por quienes concurren a su estipulación. Por ello, sólo podrá versar el arbitramento sobre cuestiones o derechos susceptibles de disposición por las partes, o como reiteradamente lo han sostenido la legislación y la jurisprudencia, por personas que tengan capacidad para transigir², o de otro modo dicho, capacidad plena, porque sólo las cuestiones respecto de las cuales sea lícito o permitido transigir pueden ser sometidas a arbitraje³.

El problema se plantea a la luz de la nueva regulación del arbitraje contenida en la Ley 446 de 1998. Concretamente, surge la controversia en torno a las materias que pueden ser sometidas al conocimiento y decisión de la jurisdicción arbitral y de la competencia de ésta para pronunciarse sobre las pretensiones que las contienen; todo frente a la legítima capacidad de disposición que tengan las partes procesales sobre los bienes jurídicos objeto del pacto arbitral.

Es así como para resolver el problema, será necesario examinar la fuente del poder jurídico de esa jurisdicción.

“Los árbitros también ejercen una función pública establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, y en las leyes que regulan el arbitramento” –ha establecido

.....

2. Artículo 1º, Decreto 2279 de 1989; artículo 96, Ley 23 de 1991.
3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 26 de mayo de 1969.

la Corte Constitucional⁴-. Pero en cada caso concreto tienen que ser "habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad". Dicho en otros términos: según la Constitución, las leyes que regulen el arbitramento tienen que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar. (...) Escapan, por el contrario, a la autonomía de la voluntad –continúa la corte– las obligaciones amparadas por las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres" de conformidad con el artículo 16 del Código Civil. Lo dispuesto en los artículos 15 y 16 del código civil explica por qué el artículo 1° del Decreto 2279 de 1989⁵, establece: "Podrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir o vinculadas con uno o varios fideicomisos mercantiles (...)". Esto excluye del pacto arbitral, que según el artículo 2° comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, todas aquellas controversias que versen sobre cuestiones no susceptibles de transacción o entre incapaces. Conviene tener presente que, según el artículo 2470 del Código Civil "no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción" (...) En virtud de estas normas están pues excluidas del arbitramento cuestiones tales como las relativas al estado civil, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer."

Las nuevas disposiciones no tocaron ni modificaron la noción de arbitramento en los términos hasta hoy conocidos, y la definición legal así concebida encuentra apoyo constitucional. En efecto, para el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 1° del Decreto 2279, "el arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas *en un conflicto de carácter transigible*, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral". (Destacados fuera de texto).

Reiteró el legislador de 1998, el contenido de la noción jurídica conocida en nuestro ordenamiento como el proceso arbitral. La ley, y en eso fue expresa, calificó –y al hacerlo limitó– la naturaleza jurídica de las materias susceptibles de ser sometidas a un arbitramento: ellas, dijo, deben ser de *carácter transigible*.

.....

4. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-294 de julio 6 de 1995. M. P.: doctor Jorge Arango Mejía.

5. Modificado por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998.

B. La materia transigible: los bienes jurídicos susceptibles de transacción

Para explicar este tema, y a manera de introducción al análisis, acudo a la doctrina que en forma reiterada ha señalado:

“d. La materia transigible

“La materia transigible, punto fundamental en el estudio de las alternativas para la solución de conflictos que, como antes lo vimos, está representada por los bienes y derechos sobre los cuales puede recaer el contrato de transacción, es preciso analizarla en el sentido general que le corresponde como declaración de voluntad que es, y en el sentido particular inherente al régimen legal que en forma específica determina cuáles son los bienes y los derechos que se pueden transigir.

“Así tenemos que la materia transigible entre nosotros está determinada en términos comunes a toda declaración de voluntad, por el artículo 1517 del Código Civil, el cual establece que *toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer*”, y por el artículo 1502 del mismo código, el cual establece, entre los requisitos que debe reunir toda declaración de voluntad que dicha declaración de voluntad *“recaiga sobre un objeto lícito*.

“Ello nos lleva a recordar que, de acuerdo con el artículo 1519 de dicho código, no es válida la declaración de voluntad por estar afectada de objeto ilícito, cuando con ella se contraviene el derecho público de la Nación, norma que, a título de ejemplo, agrega: *‘Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto’*. Tampoco lo es cualquier estipulación contractual que se encuentre prohibida por la ley, como lo establece el artículo 1523 del mismo Código.

“(…)”

“Y tratándose de cualquier convenio de enajenación, no es válido celebrarlo –de acuerdo con el artículo 1521 del mismo código– sobre las cosas que no están en el comercio, sobre los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona, es decir los de contenido personal, ni sobre los bienes que hayan sido embargados por decreto judicial, salvo cuando el juez lo autorice o el acreedor lo consienta.

“Este régimen común a cualquier declaración de voluntad significa, en el caso del contrato de transacción, de una parte, que el mismo no puede recaer sobre una relación afectada por tener objeto ilícito, ni puede comprender el pacto de celebrar contratos de objeto ilícito, y, por otra parte, que el acuerdo transaccional, en sí mismo, no puede contener estipulaciones cuyo objeto no sea lícito.

“Ahora, en forma particular, la materia transigible, es decir, los bienes y los derechos sobre los cuales puede versar el contrato de transacción, es objeto de un régimen propio –que es preciso concordar con el régimen común a toda declaración de voluntad, el cual acabamos de mencionar–. Está constituida por los derechos y por los objetos sobre los cuales puede transigirse y que, por lo tanto, puede ser objeto tanto del contrato de transac-

ción, así como de las otras alternativas actualmente existentes para la solución de conflictos, como lo son: la conciliación, la amigable composición y el arbitramento⁶.

1. La competencia administrativa y el contrato de transacción

a. La autonomía de la voluntad en la contratación estatal

“Las entidades estatales podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan *la autonomía de la voluntad* y requieran el cumplimiento de los fines estatales”, reza el artículo 40 de La ley 80 de 1993. En tal virtud, precisa la norma, en sus contratos, los entes públicos podrán incluir “las modalidades condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, *siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración*”.

Así, las entidades estatales, en su actividad contractual “se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes” con excepción de las materias particularmente reguladas por la Ley 80 de 1993 (artículo 13).

En este marco legal, las entidades sometidas a la normativa de la Ley 80 de 1993 podrán celebrar “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones” previstos en el derecho privado, en disposiciones especiales “o derivados de la autonomía de la voluntad”, actos jurídicos denominados por la misma ley como contratos estatales, regulados por ella y sujetos a los principios y finalidades que ella misma consagra, sin perjuicio de la inclusión de todas aquellas cláusulas permitidas por la ley en la contratación entre particulares, siempre que las mismas no contradigan ni desvirtúen las disposiciones especiales que particularmente rigen los contratos estatales.

En este orden de ideas, y de conformidad con el régimen jurídico general que gobierna la actividad contractual, será válido todo convenio que no esté expresamente prohibido por las leyes; y están prohibidos los pactos derogatorios de disposiciones de orden público o que pretendan desconocer las prohibiciones impuestas por el legislador en determinadas materias; aquellos y éstas estarán viciadas desde su nacimiento de nulidad absoluta o ineficacia jurídica, según los efectos legales señalados en las disposiciones que regulen la materia (artículos 15 y 16 del Código Civil).

.....

6. ROBERTO VALDES SANCHEZ. *La Transacción*. Legis, Santafé de Bogotá, 1997.

Es así como, de conformidad con la legislación civil, para que una persona se obligue a otra por un acto de declaración de voluntad, en necesario, además de contar con la capacidad legal al efecto y prestar libremente su consentimiento, que el objeto de la obligación sea lícito, esto es que no contraríe principios inderogables de orden superior (artículo 1502 del Código Civil). Y “hay objeto ilícito –dispone el artículo 1519 del Código Civil– en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación.” Igualmente “hay objeto ilícito –reza el artículo 1523 del mismo estatuto– en todo contrato prohibido por las leyes.”

Por otra parte, las estipulaciones de los contratantes tendientes a desconocer los principios enunciados, se hacen acreedoras a la sanción legal de nulidad o invalidez. “Los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad” (Artículo 1526 del Código Civil).

Se perfilan entonces en esta materia, como principios rectores de la autonomía de la voluntad –en derecho público y privado–, de una parte, el que enseña que todo contrato *legalmente* celebrado es ley para las partes, y de otra, el que permite a las partes derogar las normas supletivas de la voluntad, pero no así las contentivas de principios y normas de derecho público o en que tengan interés la moral, las buenas costumbres o el orden público (artículos 15 y 16 del Código Civil). Es así como la “autonomía de la voluntad” –tanto en derecho público como en derecho privado–, se encuentra cercada por un cúmulo de limitaciones que atienden la realización del interés público.

En este punto, acudo a la autorizada doctrina que sobre este tema ha planteado el doctor Jorge Suescun Melo⁷:

“La libertad para definir el contenido del contrato tiene, ante todo, límites infranqueables representados en las normas inderogables y en consideraciones de orden público o interés general y en imperativos de carácter ético, plasmados en la noción de buenas costumbres.

“Con estas excepciones en desarrollo de la autonomía de la voluntad, los particulares pueden apartarse y sustituir toda la legislación restante consistente en normas de carácter indicativo o supletivo.

“Recuérdese al respecto que la legislación contiene, en materia contractual, ciertas normas imperativas y prohibitivas, que siguen siendo minoría. Estas normas fijan claros

.....

7. JORGE SUESCUN MELO, *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, pp. 270 y ss.

límites a la autonomía de la voluntad. De otra parte, se encuentran el resto de las normas, que son mayoritarias; son las dispositivas o supletivas. Estas disposiciones son expresamente permisivas, o por no contener una prohibición, se entiende que autorizan un determinado comportamiento. Igualmente son las que complementan la voluntad declarada de las partes, en el sentido de que si no se pacta otra cosa, se considera que lo previsto por la norma es lo querido por los contratantes. Estas normas confieren un poder regulador a las partes, quienes pueden derogarlas y sólo se aplican a falta de pacto que establezca otra cosa.

“(...)

“De acuerdo con la Ley 80 ¿cómo se conformaría ese régimen normativo en materia de contratación de las entidades estatales? a) Ante todo deben ubicarse las normas imperativas de la Ley 80, o las normas imperativas que se encuentren en disposiciones especiales sobre contratación de entidades públicas (es decir, normas de orden público...); b) Los pactos lícitos celebrados por las partes relativos a elementos esenciales, naturales o accidentales del negocio; c) Normas indicativas del contrato tipo que se celebre; o si es atípico, las normas generales de los actos jurídicos.”

b. El principio de legalidad gobierna la actividad administrativa

La administración pública en el desarrollo de las funciones que le han sido asignadas por el legislador, se encuentra sometida, indefectiblemente al principio constitucional de “legalidad” que le impone sujeción a las prescripciones legales y de orden superior que regulan su competencia. De su conformidad con la ley, derivan legitimidad y fuerza coactiva los actos administrativos. De lo contrario, los actos administrativos transgresores de las normas determinantes que rigen la competencia del funcionario emisor, se harán acreedores de la sanción legal de nulidad absoluta que enervará su oponibilidad y fuerza ejecutoria. Así lo disponen los artículos 6º, 121, 122, 123 y 209 de la Constitución Política, y en desarrollo de la prescriptiva constitucional, lo estableció el legislador en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

Igualmente, este principio, regente como es de la actividad administrativa, se erige como garantía fundamental de los administrados. En él se gestan los derechos fundamentales al debido proceso, al derecho de defensa y los medios de impugnación y de acción que permiten a los asociados apartarse del cumplimiento de la actuación administrativa manifiestamente contraria a la ley. La administración pública *debe*, y a ello tienen *derecho* los administrados, conformar en todo momento su actuación al imperio de la ley que le dio origen, le asignó su competencia funcional y la dotó de potestad jurídica para su ejercicio. Es pues el principio de legalidad la

contrapartida del ciudadano frente al ejercicio del poder estatal, es el freno constitucional de la eventual arbitrariedad y abuso del servidor público, y en tal virtud, constituye la base misma del Estado de Derecho.

De vieja data, el Consejo de Estado ha aceptado la aplicación de los principios generales de la actuación administrativa a la actividad contractual de la administración pública, que no es otra cosa que una manifestación de aquella. Múltiples han sido los pronunciamientos judiciales que frente al silencio del contrato han entrado a suplir la omisión de las partes con las disposiciones legales pertinentes. Y si bien es cierto que el principio de legalidad que gobierna la actuación administrativa—incluida la contractual— le obliga a ajustarse a lo previsto en el contrato que celebre, no es menos cierto que, en virtud de este mismo principio la ley primará siempre sobre su texto expreso.

En sentencia del 13 de mayo de 1988 (Expediente N° 4303), con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, dijo el Consejo de Estado:

“En materia de competencia es bien sabido que los funcionarios públicos no pueden hacer sino aquello que les está expresamente autorizado. Postulado que se deriva del principio de legalidad que gobierna la actividad administrativa. Pero las normas de competencia, pese a ser de derecho estricto deben manejarse con un criterio racional y en función de la naturaleza de la actividad que regulan. Por eso en el campo contractual las cosas difieren de lo que sucede ordinariamente en la esfera propiamente administrativa, cuya manifestación normal es el acto general o particular expedido con base en normas superiores que delimitan en todos los casos su alcance y contenido.

“Si bien es cierto que en aquel campo contractual la competencia de la entidad pública contratante está ligada por ciertas normas superiores de obligado acatamiento, que regulan unas, el proceso de contratación, sus requisitos y formalidades (artículos 25 y siguientes del Decreto 222 de 1983) y otras que deben figurar como cláusulas forzosas o de obligatoria consagración dentro de cada contrato (artículo 60 del citado Decreto 222), no es menos cierto que por permisión del mismo estatuto contractual, en todo contrato se podrán estipular, además, *salvo disposición en contrario*, las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza.

“Significa lo anterior que mientras el aspecto obligatorio del contrato no es más que corolario obligatorio de competencia (*la administración no podrá hacer sino lo expresamente autorizado*), el aspecto que podría calificarse como convencional se gobierna por la regla de la capacidad, en la que se puede hacer *todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido*.

“(…)”

“Estos principios, operan por mandato legal y se entienden vinculados al contrato, aunque no se hayan expresamente pactado. Puede afirmarse que son elementos comunes de la naturaleza de todo contrato privado o administrativo (…).”

Y en este sentido debe concluirse que no pudiendo la administración pública actuar sin autorización legal, menos podrá hacerlo en violación de la ley fundamental.

La plena sujeción al principio de la competencia administrativa constituye el único entendimiento posible del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que autoriza a la administración pública a celebrar todo tipo de contratos. Es por ello que el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, dispone:

“De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales.” A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. *Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles del recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.* (Destacados fuera de texto).

La transacción, reza el artículo 2469 del Código Civil, “es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”. Y como todo contrato, para su validez, *Conforme se desprende del artículo 2470 del C. C., exige de un lado, disponibilidad del derecho objeto de ella y, del otro, capacidad de disposición de las partes que acuden a celebrar ese contrato....”*⁸.

Los cuestionamientos que planteo a este foro surgen de la redacción del párrafo de la nueva disposición que el artículo 116 de la Ley 446 de 1998 introduce al Decreto 2279 de 1989, que dispone:

“La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente”.

La lectura que se le ha dado a esta norma es que los tribunales de arbitramento son competentes para conocer de *la nulidad* de los contratos estatales. Fundamento de esta argumentación es, de una parte, el conocido aforismo jurídico de que allí donde el legislador no distingue, no le es dado hacerlo al intérprete, y de otra, la tan invocada “autonomía de la voluntad” como principio legal admitido en la contratación

.....

8. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, auto del 22 de marzo de 1990.

estatal que involucra la autorización que la ley confiere a la administración pública para celebrar todo tipo de contrato (artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993).

A esta argumentación, se opone:

La contratación estatal, como reiteradamente aquí se ha afirmado, no es cosa distinta que una de las manifestaciones o formas de la actuación administrativa. El Estado, siempre, en cualquier caso, incluso en su actividad contractual, estará sujeto al imperio de la legalidad (artículos 6°, 121, 122 y 123 de la Constitución Política), y su competencia para celebrar contratos deviene igualmente de la ley, que delimita la órbita de su competencia e impone los linderos de su autonomía. No le han sido conferidos a la administración pública –y mucho menos a los particulares– poderes de disposición en relación con la normativa que la rige en su actuación, que es de derecho público y por lo mismo, de orden público. Normas que precisamente por esa razón, no podrán ser derogadas por pactos o convenios, como bien lo establece el artículo 16 del Código Civil colombiano.

Que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 permite a las entidades estatales celebrar todo tipo de contrato previsto en el derecho privado, es argumento que pudiera invocarse para concluir que la “transacción” es un contrato permitido por el Código Civil. y que, si la ley confiere al ente público capacidad para transigir, igualmente le confirió competencia para pactar cláusulas compromisorias en sus contratos y celebrar el compromiso sobre cualquier materia de contenido contractual, y por tanto, sobre la validez del contrato mismo. Argumento éste que se vería sustentado en la autorización expresa que para la constitución de tribunales de arbitramento consagra la misma Ley 80 de 1993 (artículos 68 y siguientes).

Pero a esta argumentación se oponen razones de profunda raigambre constitucional, que impedirían, a mi juicio, el conocimiento por los tribunales de arbitramento de la nulidad de un contrato estatal, y en consecuencia, no podrá entenderse este supuesto comprendido en el párrafo de la nueva disposición que venimos comentando.

En este punto debe distinguirse que uno es el juez natural de la legalidad de la actividad administrativa –incluida la actividad contractual– y otro, es el juez natural de las controversias derivadas de la celebración de un contrato estatal o surgidas de su ejecución, terminación y liquidación.

En efecto:

En tanto actuación administrativa, el *control de legalidad* de la actividad contractual de la administración, tiene un juez único: el Contencioso Administrativo. Y es que en tanto actuación administrativa, la celebración de los contratos estatales está cobijada por la presunción de legalidad propia de los actos de la administración pública, y ella, sólo podrá ser desvirtuada por el juez de lo contencioso administrativo, competencia que le atribuyen directamente la Constitución y la ley; atribución

que escapa al ámbito de los particulares y de la misma administración contratante al investir de jurisdicción a los particulares mediante la estipulación arbitral o el compromiso. Nadie puede transmitir lo que no tiene, es conocido aforismo en nuestro universo jurídico. Y si a la misma administración le está vedado el juicio de legalidad de sus propios actos y contratos, mal podría conferir competencia a un particular, investido por ella de jurisdicción, para que se pronuncie sobre la misma. Si carece de disposición sobre este bien jurídico, como en efecto carece, sencillamente no tiene capacidad para, por la vía del pacto, apropiársela y transferirla.

Es así como la revocatoria directa de los actos administrativos no destruye la presunción de legalidad de los mismos; surte efectos hacia el futuro y los derechos legítimamente constituidos durante la vigencia de los actos revocados se encuentran amparados por la dicha presunción de legalidad, que sólo podrá ser desvirtuada por el juez contencioso administrativo.

En materia contractual la autonomía de la voluntad administrativa y el poder de disposición del Estado, encuentran su límite expreso en la Ley 80 de 1993 (artículo 40), que al definir el contenido del contrato estatal, permite a las entidades públicas incluir en sus contratos "las modalidades, condiciones y en general, las cláusulas y estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, *siempre que no sean contrarias a la constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración*". Esta disposición define la licitud del objeto y la causa de los contratos estatales, en los términos antes vistos.

Debo aquí afirmar y coincidir con el salvamento de voto formulado por los magistrados Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes a la sentencia de la Corte Constitucional C-294 de julio 6 de 1995⁹, que declaró la exequibilidad del artículo 2º del Decreto 2651 de 1991, en cuanto expresó:

"La norma del inciso final del artículo 116, no puede ser interpretada de modo tal que implique la absorción total de la función de administrar justicia que es propia del Estado por los particulares en la condición de árbitros, previa habilitación hecha por las partes, con la misión de proferir fallos en derecho, por las siguientes razones:

A) El carácter excepcional de la disposición no da base para convertirla en una regla general; por lo tanto la porción del poder jurisdiccional que se radica en los árbitros se

.....

9. La Corte Constitucional en esta sentencia acepta la posibilidad de que se adelanten juicios ejecutivos o coactivos ante los Tribunales de Arbitramento. El voto se salvó en relación con la indisponibilidad del poder coactivo del Estado y no sobre los argumentos de fondo que interesan para el análisis que estamos realizando.

encuentra limitada por el acuerdo, convenio o contrato particular, contenida en la cláusula compromisoria o en el compromiso, que determinan cual debe ser la materia o asunto sobre la cuál deba versar el arbitramento.

B) Dado que el poder jurisdiccional de los árbitros que autoriza la Constitución no proviene de la ley, sino precisamente de la voluntad de los mismos particulares, es apenas natural que aquél se limite a la facultad de solucionar el conflicto específico sometido a su consideración, el cual está acorde naturalmente con el poder de disposición de sus derechos que tengan las partes; en otras palabras, la materia atinente al conflicto no puede ser distinta a aquella que puede ser pasible de Arbitramento.

C) La voluntad de los particulares no puede en consecuencia, trasladar a los árbitros el ejercicio de la función jurisdiccional en un ámbito dentro del cual ésta es privativa y reservada al Estado (...)

“(...) las funciones constitucionales deben siempre ser expresas y no se pueden deducir por inferencia. Además, el Estado no puede resignar en los particulares su poder coactivo, porque por ese camino fácilmente se le podría buscar sustento a la autotutela o a la autodefensa de los particulares”.

Debe entonces concluirse de todo lo dicho que la sujeción a la ley o la legalidad propiamente dicha de la actividad contractual administrativa no es materia susceptible de disposición por la administración pública, y en tal virtud, sólo el juez contencioso administrativo podrá realizar el pronunciamiento de validez o invalidez de un contrato estatal, en cuanto dicha declaración refiera a la legalidad de la actuación administrativa que le dio origen. Es él el único competente. Así lo quiso el Constituyente, así lo estableció el Legislador, y así lo ha interpretado desde siempre la jurisprudencia del Consejo de Estado, que recientemente sentenció:

“La existencia de la cláusula arbitral en un contrato no otorga jurisdicción al tribunal de arbitramento para conocer un proceso en el cual se debate la validez del contrato en el cual dicha cláusula se encuentra pactada. La competencia de los árbitros nace de la existencia de una cláusula arbitral pactada en un contrato válido, de manera que ellos no pueden pronunciarse acerca de la validez o invalidez del pacto del cual surge su competencia”¹⁰.

“Una cláusula compromisoria en un contrato estatal tiene como objeto resolver las controversias que se susciten como consecuencia de las obligaciones contenidas en el mismo, pero nunca resolver sobre la nulidad o legalidad del contrato, porque este aspecto es

.....

10. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 22 de mayo de 1996. M. P.: doctor Juan de Dios Montes.

del conocimiento exclusivo del juez del contrato, es decir de la jurisdicción administrativa, y sólo será de la arbitral lo que toque con los alcances económicos de las obligaciones emanadas del convenio”¹¹.

Cosa distinta es la facultad de los árbitros, como jueces naturales de las controversias contractuales, para declarar la nulidad de las estipulaciones contenidas en el contrato mismo abiertamente contrarias a la ley o pactadas contra expresa prohibición legal (v. gr. renuncia general del contratista al equilibrio económico del contrato; asunción de obligaciones de imposible cumplimiento; exoneración de responsabilidad por documentos entregados a los proponentes en una licitación pública, entre otros).

“Habiendo en los contratos administrativos estipulaciones de naturaleza reglamentaria impuestas por la ley y estipulaciones de carácter patrimoniales y financieras de los contratos, debe aceptarse que la cláusula compromisoria únicamente puede convenirse en relación con esta segunda parte de tales contratos, *más nunca en lo tocante a los aspectos regulados directamente por la ley, no siendo susceptibles tales materias de decisión arbitral sino de aplicación forzosa*”, ha dicho reiteradamente el Consejo de Estado¹².

Recuérdese en este punto que las normas de contenido procesal son de orden público, y las que establecen las causales de nulidad de un acto jurídico participan igualmente de esta noción.

Analicemos entonces las causales de nulidad de los contratos estatales, dispuestas en la ley especial que rige la materia (artículo 44 de la Ley 80 de 1993), y deduzcamos del contenido del precepto legal si las mismas constituyen materias transigibles, con el fin de establecer si es este tema que pueda ser sometido al conocimiento de un tribunal de arbitramento.

a) Son nulos los contratos estatales, en los casos previstos en el derecho común. El artículo 1740 del Código Civil dispone que “es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes”.

b) La competencia o capacidad del ente público, la atribuye el legislador. La licitud de la causa y del objeto son igualmente materias de estricta regulación legal. Carecen las partes frente a ellas de poder dispositivo, y en consecuencia no integran el

.....

11. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia del 22 de mayo de 1997. M. P. Carlos Betancur Jaramillo.

12. GACETA JUDICIAL, t. LXXXVI, pp. 860 y ss.

concepto de "transigibles" que exige la ley como fundamento mismo de la validez de la estipulación arbitral.

c) Los numerales 1 y 2, son igualmente temas que por su definición legal tocan directamente con la competencia de la entidad.

d) La desviación de poder, es causal de anulación de los actos administrativos (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo) por vicio en la causa que originó la actuación administrativa. Es este tema que refiere al control de legalidad del acto que dio lugar al contrato: la decisión administrativa estaba viciada y compete al juez contencioso determinar si efectivamente la voluntad de la administración se apartó de la ley, con fines o propósitos distintos a los establecidos por ella, con el fin de establecer, en su caso, la ilegalidad de la actuación administrativa que por constituir el fundamento del contrato, igualmente determina la nulidad del mismo: si la causa está viciada el negocio jurídico a que dio lugar es absolutamente nulo.

e) El mismo argumento pudiera predicarse en relación con el numeral 5.

f) La nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten: la misma Ley 80 de 1993 (artículo 25) prohíbe a la administración pública la revocatoria del acto administrativo de adjudicación del contrato, negándole la posibilidad de disponer sobre el derecho subjetivo que constituye. Igual argumento aplica en los casos de contratación directa, frente a la decisión administrativa de celebrar el contrato. Si la administración considera que con la adjudicación de un contrato o con la expedición de unos pliegos de condiciones se han violentado preceptos superiores, no tendrá alternativa distinta que demandar la nulidad de éstos, puesto que la primera obligada con su contenido es la administración misma que los expidió.

g) Y respecto de la apertura de una licitación pública y de los pliegos de condiciones, debemos recordar que estos actos se clasifican en la teoría administrativa como actos administrativos de carácter general, enteramente reglados, y la irregularidad de su expedición es un tema de estricta legalidad.

h) Por último cabe recordar que en parte alguna la Ley 80 de 1993 facultó a la administración pública para declarar la nulidad de los contratos que celebre, y atribución tal no puede deducirse de la obligación legal de las entidades estatales de dar por terminado el contrato en caso de declararse la nulidad del mismo, por las precisas causales referidas en la ley.

Debe entonces concluirse que el control de legalidad de la actuación administrativa en general, incluyendo la celebración de contratos estatales y la expedición de actos administrativos contractuales, no es materia susceptible de transacción y, en consecuencia, el compromiso o la cláusula compromisoria que verse sobre ella, estaría viciada de objeto ilícito. Esta es materia cuya naturaleza es de orden público, como se ha demostrado, y en consecuencia sobre la misma carecen de disposición las partes en cualquier tipo de contrato.

Tan es así que el juicio de legalidad, una vez aprehendido su conocimiento por el juez contencioso administrativo, carece el demandante de poder jurídico para desistirlo, si el juez considera que es pertinente su pronunciamiento. Y esta no es sino consecuencia de la ausencia total de disposición de toda persona –natural o jurídica, pública o privada– frente a la legalidad de la actuación administrativa.

Basta que el acto haya existido y producido efectos para que se predique la competencia del juez contencioso administrativo para conocer de la legalidad del mismo frente a los efectos surtidos. La derogatoria o revocatoria del acto administrativo no constituye impedimento para que el juez contencioso se pronuncie sobre la legalidad de su expedición. Por ello, el juicio de legalidad no es desistible y no lo es precisamente para que se cumpla un mandato legal: no podrá la administración reproducir los actos que *la jurisdicción contenciosa* hubiere declarado nulos (artículo 158 del Código Contencioso Administrativo). A este respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de enero 14 de 1991, con ponencia del doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, dejó establecido:

“No hay sustracción de materia para decretar la nulidad de actos derogados. Observa la Sala que la posición de esta Corporación en lo referente a la sustracción de materia no ha sido del todo constante, pues en diversas oportunidades se ha pronunciado en forma diferente sobre la materia. Así, ha dicho que, en tratándose de acciones de nulidad, cuyo propósito “no es otro que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que la misma administración haya revocado o sustituido en su integridad la decisión en litigio ya que el orden jurídico ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia. El pronunciamiento jurisdiccional en este evento, carecería de objeto (Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia julio 11 de 1972, exp. 929).

“Sin embargo, en algunas ocasiones la posición de la Corporación se ha distanciado de la postura mencionada, afirmando que:

“Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presenta contra ella, pues en ese lapso de tiempo pueden haberse efectuado (sic) situaciones jurídicas particulares o pueden haber efectos de la misma que ameriten reparación del daño y restauración del derecho que eventualmente se haya ocasionado”. (Sección Cuarta, sentencia agosto 17 de 1994, Exp. 9524).

“Estima la Sala que, ante la confusión generada por las dos tesis expuestas lo procedente será inclinarse por la segunda de ellas, pues no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así éste sea de carácter general e impersonal. Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que la derogatoria de una norma no establece *per se* el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la

vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege y que sólo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho, ello, además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación *ab initio*, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad (...). Así, las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma ilegal seguramente serán también ilegales independientemente de la vigencia de esta norma, o a *contrario sensu*, serán legales si ella lo es también. Pero, como en uno u otro evento ambas están amparadas por la presunción de legalidad, la cual no podría ser controvertida en el evento de una norma derogada, el resultado de lo anterior será necesariamente el de imposibilitar el juzgamiento objetivo del acto particular de que se trate. Por ello la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues sólo así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad, posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aún si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos aquellos actos de contenido particular que hubieran sido expedidos durante su vigencia”.

La tesis jurídica contenida en la jurisprudencia transcrita es aplicable al juicio de nulidad que se realice frente a actos de contenido particular en acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En efecto, con ponencia de Carlos Galindo Pinilla (sentencia de marzo 13 de 1979) dijo el Consejo de Estado:

“En este caso su revocación con efectos hacia el futuro no hace inocuo el pronunciamiento judicial de anulación, pues éste retrotrae sus efectos hasta el momento mismo de la génesis del acto para hacerlo desaparecer del ámbito jurídico hasta el punto de crear la ficción o suponer que jamás existió jurídicamente, con lo cual se logra la plenitud de la tutela jurídica que no se obtendría por la vía de la revocación o de la derogación, pues estas modalidades de extinción dejan intactos los efectos producidos anteriormente”.

Por último, debo referirme a los actos administrativos contractuales de contenido sancionatorio, sanción que implica de suyo una lesión patrimonial al contratista, y la posibilidad de someter la controversia derivada de su imposición al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento, en virtud de la cláusula compromisoria o del contrato de compromiso.

En este punto tenemos que el juez natural de la controversia contractual cuando se ha pactado cláusula compromisoria o celebrado el compromiso es el Tribunal de Arbitramento, en cuanto la misma surge de aspectos de ejecución contractual directamente relacionados con el contenido obligacional del contrato. Por ello, el Tribunal de Arbitramento podrá pronunciarse, como juez competente, sobre los hechos constitutivos de cumplimiento o incumplimiento que dieron lugar a la aplicación de la sanción. Pero en ningún caso, podrá pronunciarse sobre la legalidad de la actuación administrativa que se concretó en la expedición del acto respectivo, es decir, carece absolutamente de competencia el Tribunal de Arbitramento, para realizar el control de legalidad de la actuación.

Es así como el Tribunal de Arbitramento sí podrá analizar los fundamentos de hecho de la sanción impuesta: él por decisión de las partes –la cláusula compromisoria– es el juez natural del contrato y la evaluación y juzgamiento de la conducta contractual de las mismas es propia de su competencia. Si por la existencia de un acto administrativo se inhibiera la competencia del juez arbitral, por esa vía la administración por acto unilateral haría inoperante una estipulación contractual válida y lícita y la derogatoria de una jurisdicción –la contenciosa– y la asunción de otra –la arbitral– derogatoria y asunción a las que ella misma libremente concurrió.

Ahora bien, al pronunciarse sobre el supuesto de hecho –que no legal– de la sanción impuesta mediante la expedición de un acto administrativo, pudiera el Tribunal de Arbitramento declarar que el incumplimiento del contratista invocado por la administración como presupuesto fáctico de su actuación, sencillamente no se dio y en consecuencia la sanción carece de causa contractual. En este caso, nos encontraríamos ante una causal legal de decaimiento del acto administrativo sancionatorio o pérdida de fuerza ejecutoria del mismo, en los términos del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo (numeral 2), que dispone:

“Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido *anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo*, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

(...)

“2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho”.

Pero aún en este supuesto, la declaratoria judicial de cumplimiento que enervaría el supuesto fáctico del acto administrativo en cuestión, no implica un juicio de legalidad sobre su expedición, y en consecuencia, el acto seguiría existiendo, sólo que a la administración le estaría prohibida su ejecución, por expresa disposición legal (artículo 67 del Código Contencioso Administrativo). Tan es así que para que el acto administrativo sancionatorio desaparezca de la vida jurídica, se requiere pronuncia-

miento expreso del juez contencioso administrativo, único competente, para declarar su nulidad. En efecto, sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado:

"4. El fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria no sólo es una situación que no encaja en alguna de tales causales, sino que es una institución jurídica distinta a la de la anulación del acto administrativo, y, por lo mismo, tiene su propia regulación, de la cual surge que posea a su vez sus propias causales, a saber, las descritas en el artículo 66 del C. C. A., sus propias características, efectos, mecanismos para hacerla efectiva, etc.

"5. Como su nombre lo indica, dicha figura está referida específicamente a uno de los atributos del acto administrativo, cual es la de la ejecutividad del mismo, es decir, la obligación que en él hay implícita de su cumplimiento y obediencia, tanto por parte de la administración como de los administrados en lo que a cada uno corresponda, consagrada en el primer inciso del precitado artículo 66, al disponer que *salvo norma en contrario, los actos administrativos, serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: ...*

"Dentro de las cinco circunstancias o causas de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, está la invocada por las actoras, esto es, la desaparición de sus fundamentos de derecho (numeral 2, artículo 66 cit.), cuya ocurrencia para nada afecta la validez del acto, en cuanto deja incólume la presunción de legalidad que lo acompaña, precisamente el atributo de éste que es el objeto de la acción de nulidad. Por lo mismo, tales causales de pérdida de ejecutoria, vienen a ser situaciones posteriores al nacimiento del acto de que se trate, y no tienen la virtud de provocar su anulación.

"(...)

"Lo anterior concuerda o se armoniza con la posición jurisprudencial según la cual el juzgamiento de la legitimidad de los actos administrativos se debe hacer bajo la consideración de las circunstancias dentro de las cuales se producen, de la que a su vez se ha inferido la improcedencia de la ilegalidad sobreviniente de los actos administrativos, ya que este evento se subsume precisamente en la figura de pérdida de fuerza ejecutoria o de decaimiento del acto por desaparición de sus fundamentos de derecho".

"(...)

"La pérdida de fuerza ejecutoria sólo puede ser objeto de declaratoria general en sede administrativa, ya de manera oficiosa por la autoridad que profirió el acto, o en virtud de la acción consagrada en el artículo 67 del C. C. A., que el interesado puede interponer ante la ejecución que se estime ha perdido dicha fuerza.

"En sede jurisdiccional puede sí ser invocada, pero no para que haga tal declaratoria, sino como circunstancia que pueda afectar la validez, ya no del acto que se estima ha sufrido tal fenómeno, sino la de los actos administrativos que se llegaren a producir con fundamento en éste, caso en el cual, tratándose de la acción de nulidad, esta situación podría resultar encuadrada en alguna de las causales previstas en el artículo 84 del C. C. A., como la falsa motivación, o la expedición irregular, etc., según las circunstancias concretas en que se produzcan los actos derivados de la aplicación del que se considera ha

perdido su fuerza ejecutoria. Igual posibilidad de control jurisdiccional podría darse respecto del acto decaído, por las causales de anulación, pero sólo por el tiempo en que él se mantuvo vigente. (Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 4490 del 19 de febrero de 1998, C. P.: doctor Juan Alberto Polo Figueroa).

En conclusión, a la luz de la preceptiva constitucional citada se cuestionaría incluso la competencia legislativa para asignar esta competencia a particulares – tribunales de arbitramento (control de legalidad de los actos administrativos) o para autorizar a las partes contractuales la disposición de un bien jurídico que por mandato constitucional es indisponible. Y si fue esto lo que hizo la Ley 446 de 1998, en mi sentir, tal disposición es inconstitucional y frente a su aplicación sería procedente la excepción de inconstitucionalidad. □