

Boletín N^o 29

del

Instituto de Estudios Constitucionales

Escuela de Derecho

DIRECTOR: LUIS JAVIER MORENO ORTIZ

**EL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA, UNA LUCHA CONTRA
MÚLTIPLES FACTORES**

Incidencia de la legislación en la infraestructura

Juan Angel Palacio Hincapié

INTERESES MORATORIOS PARA LAS ENTIDADES PÚBLICAS

Juan Angel Palacio Hincapié

LA INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA: UNA HISTORIA DESGRACIADA

Luis Javier Moreno Ortiz

¿GARANTÍA O LIMITACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN?

El acto ficto o presunto

Gabriel René Cera Cantillo

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, DEL 6 DE JULIO DE 1914,

ANÁLISIS

Luis Andrés Fajardo Arturo

COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE PRIVADO

Marcela Palacio Puerta

LA HUMANIDAD DEL ÁRBITRO, CONTINGENTE ÓBICE A LA COSA

JUZGADA EN EL ARBITRAJE:

Análisis al recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral

Luis Felipe Téllez Rodríguez



**UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA**

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales

EL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA, UNA LUCHA
CONTRA MÚLTIPLES FACTORES

Incidencia de la legislación en la infraestructura

©*Juan Ángel Palacio Hincapié*

INTERESES MORATORIOS PARA LAS ENTIDADES PÚBLICAS

©*Juan Angel Palacio Hincapié*

LA INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA: UNA HISTORIA DESGRACIADA

©*Luis Javier Moreno Ortiz*

¿GARANTÍA O LIMITACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN?

El acto ficto o presunto

©*Gabriel René Cera Cantillo*

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, DEL 6 DE JULIO
DE 1914, ANÁLISIS

©*Luis Andrés Fajardo Arturo*

COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE PRIVADO

©*Marcela Palacio Puerta*

LA HUMANIDAD DEL ÁRBITRO, CONTINGENTE ÓBICE

A LA COSA JUZGADA EN EL ARBITRAJE:

Análisis al recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral

©*Luis Felipe Téllez Rodríguez*

Primera edición: enero a marzo de 2012.

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin
previa autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda.

Carrera 15 No. 74-40

Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131.

www.usa.edu.co

Fax: 3 17 75 29.

Bogotá D.C.

Diseño Carátula y Diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez.

Corrección de Estilo: Rodrigo Naranjo.

Bogotá, D.C.

ISSN: 1909-3977

*La memoria es una nostalgia amenazante.
Si quieren, es como una neuralgia.
Guillermo Cabrera Infante*



CONTENIDO

EL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA, UNA LUCHA CONTRA MÚLTIPLES FACTORES Incidencia de la legislación en la infraestructura <i>Juan Ángel Palacio Hincapié</i>	7
INTERESES MORATORIOS PARA LAS ENTIDADES PÚBLICAS <i>Juan Angel Palacio Hincapié</i>	25
LA INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA: UNA HISTORIA DESGRACIADA <i>Luis Javier Moreno Ortiz</i>	35
¿GARANTÍA O LIMITACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN? El acto ficto o presunto <i>Gabriel René Cera Cantillo</i>	61
SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, DEL 6 DE JULIO DE 1914, ANÁLISIS <i>Luis Andrés Fajardo Arturo</i>	87
COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE PRIVADO <i>Marcela Palacio Puerta</i>	113
LA HUMANIDAD DEL ÁRBITRO, CONTINGENTE ÓBICE A LA COSA JUZGADA EN EL ARBITRAJE: Análisis al recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral <i>Luis Felipe Téllez Rodríguez</i>	127



EL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA, UNA LUCHA CONTRA MÚLTIPLES FACTORES

Incidencia de la legislación en la infraestructura

*Juan Ángel Palacio Hincapié**

RESUMEN

El desarrollo de la infraestructura mide el crecimiento económico de un país. La infraestructura es el elemento que permite el desarrollo socioeconómico de los habitantes, debe ser la prioridad en todas las decisiones gubernamentales, pero su parálisis, retraso o avance encuentra su causa en la existencia de diferentes factores, dentro de los cuales son de notoria incidencia: i) la política, ii) la deficiente gestión pública y III) la legislación.

Aquí queremos hacer una presentación de estos factores para hacer resaltar cómo entre ellos, el factor legislativo tiene una honda incidencia en el avance o en el retraso del desarrollo de la infraestructura del país.

Palabras claves

Infraestructura, gestión deficiente, legislación, regulación contractual, licitación, interventora, responsabilidad de los funcionarios, desarrollo económico.

ABSTRACT

The infrastructure development measures a country's economic growth. Infrastructure is the element that allows the socioeconomic development of the inhabitants, should be the priority in all government decisions, but his paralysis, delay or advance their cause is the existence of different factors, among which are noticeable impact: i) policy, ii) poor governance and III) legislation. Here we want to make a presentation to highlight how these factors including the legislative factor has a profound impact on the advance or delay the development of infrastructure.

Key words

Infrastructure, poor management, legislation, regulation, contract, bid, interventionist, accountability of officials, economic development.

*Profesor universitario y tratadista de derecho administrativo.

SUMARIO

I. Introducción, II. Dificultades para el desarrollo de la infraestructura, A. los aspectos políticos, B. La gestión pública, C. La legislación. III. Conclusiones.

I. Introducción

El Estado debe, dentro del ordenamiento jurídico, establecer el conjunto de normas que garanticen la libertad de la iniciativa privada para que los particulares, en busca de su propio interés, concurren en la actividad productiva del país con sus ideas y proyectos, y contribuyan al desarrollo del mismo.

La infraestructura es el punto que debe mirarse para determinar el nivel de desarrollo del país. Ella es el indicativo del modo como el Estado está generando las condiciones que permitan a la sociedad y a los individuos obtener un determinado nivel económico, un índice de crecimiento adecuado, comparado dentro del contexto regional y mundial.

La infraestructura es el marco material de desarrollo social, sobre el cual se posibilita el desarrollo de la actividad económica y social del país¹. Se mide generalmente por la existencia de obras físicas, como las autopistas y vías que facilitan la movilidad en el territorio, la comunicación entre las distintas ciudades y regiones; por tanto, depende de la existencia de carreteras, ferrocarriles, represas, puentes, escuelas, universidades, viviendas, hospitales, parques, puertos y aeropuertos, ciclorrutas, trasmilenios, etc.

De ahí que el diccionario de la real academia de la lengua la defina como “Conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización cualquiera. Infraestructura aérea, social, económica”.

El Estado tiene que facilitar el desarrollo de la infraestructura, con normas adecuadas que faciliten la participación de todos aquellos que están en capacidad de ejecutar obras públicas, estimulando la iniciativa privada y la utilización de la concesión, generando, igualmente, condiciones de imparcialidad en la contratación estatal para que accedan a la ejecución de las obras los más técnicos, los más

¹ El plan de desarrollo para Colombia, denominado infraestructura para la prosperidad, está contenido en la Ley 1450 de 2011.

capaces y que ofrezcan las mejores ventajas económicas para la entidad.

La Constitución Política de 1991 establece como uno de los fines esenciales del Estado “promover la prosperidad general...”² de manera que se pueda asegurar a todos los ciudadanos el derecho a una vida digna, que permita el crecimiento personal y social. Una forma como el Estado puede incrementar el bienestar social es creando espacios públicos que cumplan con unas adecuadas condiciones tecnológicas y estructurales, que generen la posibilidad de desarrollar a plena satisfacción otros derechos.

La necesidad del crecimiento económico debe impulsar las decisiones sobre infraestructura.

Antes se consideraba que la infraestructura era exclusivamente una responsabilidad del Estado, sin que pudiera la iniciativa privada hacer parte del desarrollo de obras tan importantes como las represas, las autopistas, los ferrocarriles, y sólo el Estado era el único ejecutor de dichas obras, lo cual conducía a la existencia de empresas oficiales poco viables y deficientes en la atención de determinados frentes de servicio; pero esta Concepción cambia en el Estado moderno y lo que interesa es determinar la forma como se asumirá la financiación de una obra o servicio, en cuya ideación puede participar la iniciativa privada y, por ende, el capital privado. Se abre la participación de los particulares en obras no solo en su construcción sino también en su manejo y explotación, individualmente, o acudiendo a la figura del riesgo compartido o joint venture.

² Constitución Política de 1991, artículo 2: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

³ Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

II. Dificultades para el desarrollo de la infraestructura

Dentro de un país existen diferentes dificultades que impiden el avance evolutivo de su infraestructura, lo cual a su vez retrasa la economía y paraliza o disminuye el PIB. En esos factores podemos considerar los siguientes:

- a. Los aspectos políticos
- b. La gestión pública
- c. La legislación

A. Los aspectos políticos

La dinámica de la política que enfrenta las distintas corrientes del pensamiento de las fuerzas sociales en un país, entre partidarios y opositores, derechas e izquierdas, son motores que impulsan o retrasan las obras de infraestructura.

En el aspecto político hay que decir que la infraestructura sufre mengua normalmente porque los proyectos políticos de quienes tienen la dirigencia en el país, no generan las condiciones apropiadas para que exista una buena administración. Los partidos políticos y sus candidatos presentan estas variaciones en el manejo de la administración pública: i) no tienen un programa claro de desarrollo de infraestructura, ii) su programa no es congruente con las necesidades del sector, de la región o la ciudad iii) su programa está lleno de grandes obras de infraestructura irrealizables³.

Lo ideal es que cada programa de gobierno prometido parta de las deficiencias existentes, pero que avance en la previsión hacia el futuro de las metas que debe cumplir el país, para que se den las condiciones que permitan, por ejemplo, la implementación del tratado de libre comercio con un país. El reciente programa conocido como 2500 sobre la red vial de Colombia, no pudo hacerse realidad, por diferentes causas, todas concurrentes, como los problemas del conflicto interno del país, las trabas administrativas y la deficiente implementación de los procedimientos legales adecuados.

³ Declaraciones del doctor Enrique Peñalosa, candidato a la alcaldía de Bogotá periodo 2012-2016: “Ratificamos nuestro compromiso con el proyecto de un Metro para Bogotá, para desarrollarlo conjuntamente con el Gobierno Nacional. Garantizaremos que éste sea un Metro Social, que atienda sectores de todos los estratos y que sea un gran integrador” Revista Septiembre octubre de 2011 de la CCI, pág. 13.

La finalidad era un gran paso en la infraestructura nacional, como lo afirmaba el Ministerio de Transporte: “El Programa de Infraestructura Vial para el Desarrollo Regional, Plan 2500, tiene como objeto la pavimentación, reconstrucción y/o repavimentación de 3,160 km de carreteras del orden primario, secundario y terciario, distribuidas en 31 departamentos del territorio nacional, incluido el Archipiélago de San Andrés y Providencia, cuya finalidad principal es la de propender por la accesibilidad y conectividad de algunas de las regiones más apartadas del país”⁴. Pero no pudo ejecutarse.

Desgraciadamente, no basta la intención de hacer cosas buenas, deben darse las condiciones sociales y políticas que saquen adelante un proyecto.

En esos planes influye el comportamiento que los gobernantes de turno impriman a sus funcionarios para el desempeño de sus actividades, eliminando, si puede decirse, la corrupción, que actúen con transparencia, que se respete el plan de desarrollo de la ciudad o el país. El desarrollo del país tiene que partir necesariamente de una adecuada planeación⁵, del estudio de las conveniencias para la región o la ciudad, de los diseños adecuados, de la utilización de la tecnología que permita ejecutar con idoneidad cada proyecto.

En el aspecto político negativo que incide en el desarrollo de la infraestructura, necesariamente hay que ubicar la existencia de la guerrilla, grupos de izquierda con connotación terrorista evidente que, basados en ideologías socialistas, aprovechan su constitución para impedir el desarrollo de la infraestructura del país, para frenar su desarrollo y destruir parte de ella, generando el caos y desconcierto social. El año 2003 fue un periodo especialmente dañino por la actividad destructora de la guerrilla en puentes⁶, líneas de transmisión eléctrica, carreteras. Tan solo, en este mes de enero de 2012, el sur

⁴ http://www.invias.gov.co/invias/hermesoft/portallG/home_1/recursos/seguimiento_inversion/plan2500/documentos/07042008/plan_2500.jsp

⁵ Wilson Herrera Llanos. La rama legislativa del poder público en Colombia. REVISTA DE DERECHO, UNIVERSIDAD DEL NORTE. 2003. rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/.../2907/1990.

⁶ En una noticia publicada en la página Web de Bisnes News América el 12 de marzo de 2003, se lee que en Colombia “fuerzas rebeldes armadas han destruido 78 puentes en Colombia durante los últimos siete meses, lo que ha significado un costo de \$18.000 mn de pesos... Invias teme que esta tendencia continúe, ya que el ejército de Colombia no puede proteger los 2.200 puentes del país...” (ver: www.bamericas.com/news/infraestructura/guerrilla_destruye)

del país quedó incomunicado por vía aérea, debido al ataque al radar del cerro Santa Ana por parte de las FARC, con los perjuicios que generan, así sea momentáneamente, a la economía y a las condiciones normales de existencia de la población⁷, daño cuya reparación puede demorarse varios meses.

En fin, las condiciones políticas de un país, la inexistencia de partidos políticos fuertes o consolidados, la dispersión del pensamiento político y la presencia de grupos terroristas, mal denominados de izquierda, son factores que influyen decididamente en el avance o el retroceso de la infraestructura.

Sobre el tema de la incidencia negativa dice el profesor Rojas Franco⁸, “en Costa Rica la experiencia en materia de concesiones ha sido muy difícil. Razón por la cual nuestro sistema de concesiones no se ha logrado desarrollar debido a deficiencias institucionales, políticas y legales. ... Claro está que no bastan buenas normas si no existe la voluntad política, proba, *técnica y decisiva para lograr el desarrollo...*”

B. La gestión pública

Una gestión pública eficiente es la impulsora del desarrollo estructural de un país y de su resultado depende la existencia de unos servicios idóneos y adecuados a la comunidad. Es imposible una infraestructura adecuada con una gestión pública desorientada, que no respete los principios de la actuación administrativa, los cuales van encaminados a que se obtenga el mayor beneficio frente al costo que se asume.

Sin embargo, aunque el desarrollo de la infraestructura tiene relación directa con el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de un país, en Colombia el desarrollo de la infraestructura, que, se repite, es el marco donde se generan las condiciones adecuadas de la existencia digna de sus habitantes, se ha visto reducida por la falta

⁷ Para ampliar la información ver <http://lta.reuters.com/article/domesticNews/idLTASIE-80K02U20120121>) “Ataque de las FARC a radar retrasa vuelos en el sur de Colombia”...” El radar averiado por el ataque de las FARC -consideradas como una organización terrorista por Estados Unidos y la Unión Europea- cubre unos 300 kilómetros y además de controlar los vuelos comerciales, sirve de apoyo a las Fuerzas Militares para combatir el tráfico de drogas en el espacio aéreo del suroeste del país”.

⁸ Rojas Franco, Enrique. Contratos públicos en España, Portugal y América Latina. Ed. Difusión jurídica, Madrid, 2008, pág. 391.

de una gestión pública adecuada, basada en el interés general que debe preceder toda actuación de sus funcionarios. Generalmente no se dispone del personal técnico adecuado, hay insuficiencia de previsión en los planes, los diseños de obras son deficientes y deben ser enderezados sobre la marcha de las obras con un indicativo margen de imprevisión, caldo propicio para la injerencia de las contralorías que, aunque su actividad de control es posterior y selectiva⁹, en la práctica se convierte en una actuación simultánea con el desarrollo de los contratos, lo que conduce a su perturbación¹⁰. Todas las diferentes etapas de la contratación de una obra o servicio van inoculadas con el bicho de la desidia y la improvisación, la impreparación de los funcionarios, con el consecuente deterioro del patrimonio público originado en la inexistencia de estudios adecuados.

Esta limitante de la infraestructura originada en una adecuada gestión pública es, además, acompañada del milenario mal de la corrupción¹¹. No se tienen como base de la actuación administrativa aquellos principios custodiados por la misma Constitución del país en su artículo 209¹², ya que las autoridades administrativas no están

⁹ El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

¹⁰ Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. ...

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. (artículo 267 de la CN).

¹⁰ http://www.andi.com.co/pages/proyectos_paginas/contenido.aspx?pro_id=169&IdConsec=2048&clase=8&Id=66&Tipo=2 “Pese a recomendaciones del nuevo Gobierno, licitación de la Transversal de Las Américas fue adjudicada El consorcio Vías de Las Américas ganó la concesión de la Transversal de Las Américas (sector 1) al ofrecer 1 billón 158.000 millones de pesos, en medio de observaciones de la Contraloría. Recursos relacionados. Más de 14 horas de audiencia pública se cumplieron hacia las 2:00 de la mañana de este jueves, para adjudicar la Transversal de las Américas, que quedó en manos del consorcio Vías de Las Américas SAS PSF, conformado por las empresas Grupo Odinsa, Construcciones El Cóndor y Valorcon”

¹¹ Para la Corporación Transparencia por Colombia, la corrupción se define como el “**abuso de posiciones de poder o de confianza, para beneficio particular en detrimento del interés colectivo**, realizado a través de ofrecer o solicitar, entregar o recibir, bienes en dinero o en especie, en servicios o beneficios, a cambio de acciones, decisiones u omisiones”. Tomado de <http://www.transparenciacolombia.org.co/LACORRUPCION/tabid/62/language/es-ES/Default.aspx>

¹² Constitución política de 1991, artículo 209: La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

actuando con la moralidad debida¹³, con la transparencia, economía y eficacia exigidas, trayendo de esta manera grandes detrimentos para las garantías mínimas fundamentales de los habitantes y para el patrimonio económico de la Nación.

Las trabas en la gestión pública fueron objeto de debate en el reciente Congreso de la Infraestructura celebrado en Cartagena el 18 de noviembre de 2011, al analizar el origen de los problemas de la contratación en Colombia donde concluyen que

“buena parte de las fallas están en la gerencia pública, no en la ley: en el día a día de la gestión precontractual, contractual y postcontractual, las entidades del Estado siguen cometiendo errores, ignoran preceptos legales e incurrir en prácticas reiteradas que atentan contra la transparencia y propician sobrecostos, pleitos, entre otros¹⁴.”

Dentro de la deficiencia de gestión no hay que dejar de un lado la labor de interventoría en los contratos, que si bien no es cierto como lo afirman los contratistas que ellos son la causa de su quiebra y de los incumplimientos del contrato, lo cierto es que las Interventorías son deficientes. No hay un adecuado seguimiento administrativo en el cumplimiento de las obligaciones del contratista. Esto hace que la ejecución del contrato se adelante muchas veces hasta la culminación del objeto contratado sin que el contratista haya recibido un requerimiento para corrección de obra, cumplimiento de sus obligaciones con el sistema de seguridad social integral, respecto de los diseños etc., y al final pretende declararle el incumplimiento o aun, proceder a la declaratoria de caducidad, medida nefasta en la contratación. En otras ocasiones el contratista termina el plazo previsto en el contrato, sin que nadie le haya aplicado las medidas correctivas que prevé la ley y el mismo contrato para evitar los desastres administrativos en esa ejecución, pues debería haberle impuesto las

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

¹³ El 31 de mayo de 2002 se dictó sentencia por parte del Consejo de Estado, Sección Cuarta, declarando la nulidad de la conciliación celebrada con Dragacol, una empresa que había celebrado un contrato para el dragado de las aguas en la desembocadura del río Magdalena para facilitar el transporte fluvial, acuerdo conciliatorio en el cual se encontró que se afectó con gran detrimento la moralidad administrativa. Ver Sentencia AP 300 del 31 de mayo 2002.

¹⁴ http://www.infraestructura.org.co/noticiasprincipales.php?np_id=569

multas¹⁵ respectivas, comunicar a la compañía aseguradora los retardos e incumplimientos de su afianzado, pero concluye con que sin haberle intimado el cumplimiento, también se declara la caducidad.

Es importante recordar que en la adecuada gestión del contrato, la inventoría, sea ejercida por la misma entidad o contratada con terceros, tienen la misión de lograr que el contratista ejecute las obligaciones a su cargo con idoneidad, vigilando que se respeten las condiciones técnicas previstas en el contrato y, en el pliego de condiciones y en los planos y diseños, al igual que el respeto por las normas legales. La actuación oportuna del interventor impide los desastres en la ejecución de la obra o servicio.

En este sentido expone la Cámara Colombiana de la infraestructura:

“Los verdaderos problemas han radicado en: la falta de institucionalidad del sector transporte y politización del mismo y la falta de planeación concreta de los proyectos. Los requisitos establecidos en los pliegos han facilitado la llegada de empresas de papel y algunas fiduciarias y calificadores de riesgo avalaron la participación de contratistas no capacitados para asumir obras de grandes dimensiones¹⁶”.

Debido a la gestión pública poca ortodoxa, al desconocimiento de los principios de la gestión administrativa, las obras de infraestructura vial de la ciudad de Bogotá se han retrasado y han sido una fuente de deterioro patrimonial, con afectación de la movilidad en la ciudad y del desarrollo de la misma. Las conductas contractuales derivadas de esa deficiente y equivocada gestión, por decir lo menos, fue la fuente para el desastre producido en la construcción de la avenida 26, que llevó al conocido escándalo de “Los Nule”.

En este sentido hemos enseñado¹⁷ que la entidad debe estar atenta a la exigencia de las obligaciones del contratista y no puede conformarse con la aplicación de sanciones tardías: “La Entidad no puede dejar al garete las actividades que son de su competencia y en las cuales debe obtener una ejecución correcta, cuyo resultado no puede ser reemplazado con la indemnización a que sea condenado el contratista o con el monto de las multas que se le impongan, porque

¹⁵ Ley 1150 del 2011, artículo 17. Debido proceso para la aplicación de multas al contratista.

¹⁶ http://www.infraestructura.org.co/noticiasprincipales.php?np_id=569

¹⁷ Palacio Hincapié, Juan Ángel, La contratación de las entidades Estatales, Librería Jurídica Sánchez, sexta edición, 2010, Medellín, pág.374.

éstas no solucionan la necesidad de la comunidad insatisfecha”. No puede haber descuido de la administración en aplicar correctivos¹⁸.

El desastre administrativo siempre ha sido fuente de preocupaciones y se ha enfatizado en algunas épocas, con la conducta de los funcionarios encargados de atender las necesidades. En épocas de la estructuración evolutiva del Estado, los funcionarios han cometido toda clase de tropelías y desafueros como lo expresa Vidal Perdomo¹⁹.

Por eso en la falta de gestión también hay que incluir la falta de exigencia de responsabilidad a los funcionarios que intervienen en la contratación, pues ellos con sus actuaciones y omisiones contribuyen a el atraso de las obras o servicios; es más, su conducta raya muchas veces en la comisión de conductas punibles. La Ley 80 de 1993 señala que los funcionarios responden por su conductas anti-jurídicas en la actividad contractual (artículo 52 y ss de la Ley 80 de 1993).

La ley tiene previsto como principio de economía en la contratación estatal que los conflictos que se originen durante la ejecución del contrato deben resolverse con prontitud (artículo 25, numeral 5), proponiendo o aceptando las fórmulas que puedan solucionar las diferencias y evitar así la paralización del contrato; pues los funcionarios en lugar de dar aplicación a esta norma, por el contrario son reacios, por temor a someterse a un posterior análisis de su comportamiento por parte de quienes tienen el control de la contratación, a reconocer voluntariamente los derechos reclamados por el contratista y más aún, desaprovechan la oportunidad de conciliar en las oportunidades en que son citados en etapa de procedibilidad antes de vincular a la entidad en una costosa demanda contractual.

C. La Legislación

La legislación puede obstaculizar o facilitar el desarrollo de la infraestructura en un país²⁰. El Congreso en su función legislativa tiene la competencia en materia de la estructura del país, a iniciativa del

¹⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 703.

¹⁹ Vidal Perdomo, Jaime. Derecho Administrativo, 11ª edición, editorial Temis, Bogotá, 1997, pág. 282.

²⁰ El congreso en su función legislativa tiene la competencia en materia de la estructura del país, para fijar sus planes de desarrollo, y priorizar sus políticas de inversión, con la indicación de la infraestructura que debe seguir la acción del gobernante.

ejecutivo, a fijar sus planes de desarrollo, y priorizar sus políticas de inversión, con la indicación de las obras de infraestructura que debe seguir la acción del gobernante²¹. En ocasiones en la misma legislación se excluyen determinadas materias²² de la regulación general, haciendo más complicado su manejo.

El punto de partida para el análisis parte de la existencia de un estatuto de contratación adecuado a las circunstancias y necesidades del país. En este sentido podemos decir que actualmente existe un estatuto de contratación del Estado, con una normatividad que, si bien es reciente, completa y con principios propios, con una cantidad de normas que han tratado de llenar vacíos y que persiguen la existencia de unos procedimientos de selección de contratista con transparencia, eliminando conductas perversas en la contratación, lo cierto es que existen limitaciones que hacen difícil el desarrollo de la infraestructura del país, que impiden a contratación oportuna y que desestimulan la iniciativa privada. Así, por ejemplo, la regulación del régimen de garantías para amparar los riesgos del contrato era tan rígida y sin posibilidad de variación²³, que una obra de infraestructura, como lo es el paso del Alto de La Línea mediante la construcción de túneles, fue declarada deserta la primera vez porque no se pudo obtener la participación de alguna aseguradora que expidiera las correspondientes garantías. Afortunadamente, se expidió la Ley 1150 de 2007, que introduce modificaciones²⁴ a la Ley 80 de 1983, la cual además de contener una serie de normas para garantizar la transparencia en la contratación, introdujo figuras nuevas en la selección del contratista para facilitar la oportuna adquisición de bienes y servicios, como el acuerdo marco de precios, individualizó como trámites independientes el procedimiento de licitación pública y el concurso de méritos (artículo 2), figuras que antes se sometían a

²¹ Artículo 150 numeral 3 de la Constitución colombiana.

²² Moreno Molina, José Antonio. *Contratos públicos: Derecho comunitario y derecho español*. Mac Grow Hill, Madrid, 1996, pág. 168 y ss. Dice el autor que se excluyen de la regulación comunitaria algunas materias como agua, energía, los transportes, porque algunos de los organismos sobre los que recae la actividad eran de derecho público y otros de derecho privado, generando enormes dificultades en la aplicación de la regulación.

²³ Linares, Mario. *El contrato estatal*. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2002, pag. 128.

²⁴ Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos.

los mimos trámites, sin tener en cuenta que la naturaleza del objeto a contratar, y el tipo de operadores que se vinculan al mismo, son muy diferentes.

Pero la regulación de la iniciativa privada solo se introduce en el año 2008 con la expedición del Decreto 4533²⁵, con el cual se desarrolla el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que autoriza a quienes puedan hacerlo, el ejecutar obras públicas por concesión.

El Estatuto de contratación estatal en Colombia está contenido en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. Es también conocido como el Estatuto único de contratación nacional, denominación que se adoptó ante la necesidad de tener un cuerpo único de normas para regular toda la contratación en Colombia de las entidades estatales, debido a que cada entidad podía y tenía su propio estatuto, lo que originaba una multiplicidad de estatutos particulares en todo el territorio, dependiendo de la necesidad de cada entidad, ya que les era permitido establecer sus propias reglas de contratación, siempre que se mantuvieran los elementos esenciales de la contratación y el respeto a las normas de la moralidad. Fue la Ley 19 de 1982, la que facultó para expedir el Decreto 222 de 1983, la que autorizaba para que cada entidad pudiera, según sus necesidades fijar un miniestatuto de contratación. Así por ejemplo, las reglas de contratación que regían para Bogotá eran diferentes de las que regían para las demás ciudades del país, con lo cual al proponente se le hacía difícil conocerlas. Conocer dos estatutos ya es difícil, distinguir cuando hay más es imposible.

La unificación de las reglas de contratación estatal contenidas en la Ley 80 de 1993 modificada por la Ley 1150 de 2007 tuvo su mayor significación en aspectos como los relacionados con las reglas de procedimiento para la selección del contratista, estableciendo la licitación pública como regla general, con etapas bien definidas²⁶, a

²⁵ ARTÍCULO 1o. OFERTA DE INICIATIVA PRIVADA PARA LOS ESTUDIOS, DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN, MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS POR CONCESIÓN. Para los efectos del presente decreto, se consideran ofertas de iniciativa privada los proyectos presentados por personas naturales o jurídicas, consorcios, uniones temporales, promesas de sociedad futura, o cualquier otra modalidad de asociación prevista en la ley, a una entidad estatal concedente para el diseño, la construcción, operación y mantenimiento de una obra pública a través de un contrato de concesión.

²⁶ Roberto Dromi, Derecho Administrativo, 4a edición actualizada, 1995, Ediciones Ciudad

la cual se someten todas las entidades estatales para contratar. Con la Ley 80 de 1993, sólo excepcionalmente puede acudir a la contratación directa, cuando la misma ley prevé los casos, los cuales describe en forma minuciosa en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Por su parte la Ley 1150 de 2007, mantiene la licitación pública como el procedimiento principal para seleccionar en forma objetiva y transparente a un contratista, pero agrega la selección abreviada y la contratación directa, figuras que corresponden a una mejor racionalización del procedimiento, atendiendo a la naturaleza de la causal de contratación que la origina²⁷. Igualmente se hacen precisiones relacionadas con la celebración del contrato que ponía trabas a la contratación y, por tanto, eliminó la contratación con solemnidades plenas y contratación con solemnidades menos plenas que consagraba el artículo 39 de la Ley 80 de 1993. Igualmente precisa aspectos que impidan que el acto de adjudicación se haga con transparencia, evitando su ilicitud. Es imperante recordar que no es lo mismo decir que el acto de adjudicación tiene un vicio de ilegalidad y decir que la adjudicación se haya obtenido por medios ilegales²⁸. En este último caso, la ley permite la revocatoria directa²⁹.

No hay la oportunidad en este escrito para hacer una exposición extensa sobre el tema, pero centrándonos en nuestro punto de los obstáculos de la legislación para el desarrollo de la infraestructura, hay que decir, en primer lugar, que no se ha estimulado adecuadamente la iniciativa privada para que los que pueden ejecutar obras o servicios lo hagan, pues solo el Decreto 4533 del 28 de noviembre de 2008, trató de hacer una regulación que permitiera que los particulares participaran en el desarrollo de la infraestructura, pero el decreto mismo se queda cojo. En efecto, dentro del texto mismo, a quien

Argentina, Pág. 325

²⁷ **Artículo 2º.** *De las modalidades de selección.* La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

²⁸ Palacio Hincapié, Juan Ángel. *Derecho Procesal administrativo*, Librería jurídica Sánchez, Sexta edición 2008, pág. 69

²⁹ Artículo 9, inciso segundo, Ley 1150 de 2007: El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

tiene una iniciativa se le permite presentar la oferta pero no se le da ninguna garantía para la seguridad de su oferta ni se le respetan sus derechos en un momento dado. Así, dice que “Las ofertas de iniciativa privada no son ofertas mercantiles y por ende se regirán por lo establecido en el parágrafo 2o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y en el presente decreto. La presentación de una oferta de iniciativa privada no genera derecho alguno a quien la presenta diferente de los consagrados en el presente” (artículo 2).

Ese texto mismo viene afectado con un pálpito de desconfianza, pues quien hace el esfuerzo de hacer estudios, diseños, idear mecanismos de ejecución, proponer salidas, finalmente no tiene ningún derecho, lo cual pone al oferente a pensar si se atreve o no a someter su proyecto a la decisión lenta de autoridades.

Lo anterior se completa cuando en el mismo decreto, a continuación, en el artículo 5, se expresa que el oferente de iniciativa privada no gozará de derechos de exclusividad sobre la idea de la concesión de la obra pública ni de confidencialidad sobre la oferta. Y para hacer más crítica la situación, se le expresa que su trabajo contenido en la oferta como en los estudios y demás documentos que la acompañen, serán públicos y podrán ser usados por la entidad estatal concedente en el procedimiento de la licitación, salvo que el oferente solicite confidencialidad, la cual se le concederá pero sólo sobre los aspectos que legalmente amparen sus derechos de autor.

Los derechos del que presenta la oferta de iniciativa privada, después del esfuerzo, quedan limitados a participar, si lo desea³⁰, en el proceso de licitación que se abra para llevar a cabo la idea presentada.

Dejando las limitaciones de la iniciativa privada, existen otros mecanismos legales que impiden el desarrollo de la infraestructura en el país o que la paralizan. Es el caso de las acciones populares y de la acción de tutela, mecanismos constitucionales originados en el año 1991 en la Constituyente, donde se consagra, en las primera, la protección a

³⁰ Artículo 11. El oferente de iniciativa privada que dio origen a la licitación podrá presentarse a la misma, acompañando toda la documentación solicitada en el pliego de condiciones. En el evento de que el oferente de iniciativa privada esté conformado por un número plural de miembros y se presente como proponente en la licitación, deberá estar conformado por los mismos integrantes del oferente inicial y podrá variarlos previa autorización de la entidad estatal concedente.

los derechos colectivos, entre ellos la moralidad, el medio ambiente, el patrimonio públicos, el acceso los servicios públicos (artículo 4 de la Ley 472 de 1998), y la acción de tutela mediante la cual se protegen los derechos fundamentales de la persona.

Con el ejercicio de la acción popular se paralizan las obras públicas adjudicadas impidiendo su ejecución, por considerar algunos que dicha obra afecta el medio ambiente, o que la contratación se hizo con violación de los derechos colectivos de la moralidad y el patrimonio público. Y con la acción de tutela se hacen adjudicar contratos que no se pueden adjudicar, conduciendo a la celebración de contratos para ejecución de obras que nunca terminan. Así por ejemplo, en un caso concreto, resuelto en la Sentencia T-841/09, los accionantes solicitan que se dejen sin efectos: la Resolución 3691 del 11 de diciembre de 2008, mediante la cual se revocó la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008 “Por medio de la cual se adjudica el proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía No. 1 de 2008”; y la Resolución 0118 del 19 de enero de 2009, mediante la cual se rechazó el recurso de reposición contra el acto de revocatoria. En consecuencia, piden los actores que se ordene “al Ministerio del Interior y de Justicia que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, agote, de manera sucesiva y sin solución de continuidad, el trámite legal para suscribir el contrato estatal con el objeto de llevar a cumplido efecto el acto de adjudicación del la Resolución 3485 del 27 de noviembre de 2008”. La Corte Constitucional corrige las decisiones que se adoptaron por los jueces de la jurisdicción disciplinaria en cuanto a la adjudicación del contrato y ordena liquidar el contrato así adjudicado. Dice la parte resolutive, cuyo texto es la mejor conclusión para todo lo dicho al revocar las decisiones de tutela y declarar improcedente la acción de tutela:

“Segundo.- Como consecuencia de esta decisión procederá la liquidación del contrato celebrado para el ajuste de diseños, suministro, integración, instalación, implementación, prueba, puesta en servicio, mantenimiento preventivo y correctivo de los sistemas electrónicos de seguridad de diez (10) establecimientos carcelarios a nivel nacional, en el estado en que se encuentre”.

En la aplicación de las leyes también existen algunas barreras, pues cuando el Estado contrata, puede hacerlo sometiéndose a normas, no

sólo de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007, sino también de las normas civiles y comerciales, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, cuando la entidad se acoge en su expresión de voluntad contractual a las normas de derecho privado, hace una mixtura³¹ de normas a su conveniencia, pues para algunas actuaciones le dice al contratista que se regula por las normas del Estatuto contractual y para otras, que somete a las normas privadas y de ello se derivan algunas dificultades en la decisión de los conflictos y en el régimen aplicable. Veamos algunos aspectos³²:

1. Servicios públicos domiciliarios. Mediante la Ley 142 de 1994, se reguló el régimen de los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, exceptuando su contratación de las reglas del estatuto de contratación estatal, al igual que ocurre con el servicio de energía, según la Ley 143 de 1994. Por tanto, las Leyes 142 y 143 de 1994, al igual que el Decreto 286 de 1996, permiten que las entidades prestadores de servicios públicos domiciliarios se rijan por las normas civiles y comerciales para efectos de regular su contratación, cuando tengan por objeto la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, y los contratos de gas.

En dichos contratos, no obstante, puede haber presencia de las reglas de la contratación estatal, pues en ellos puede introducirse la estipulación de cláusulas excepcionales, ya sea porque las comisiones de regulación del respectivo servicio las hagan obligatorias o las autoricen por solicitud de la respectiva entidad. En tal caso, las controversias derivadas de esas cláusulas se ventilarán ante la jurisdicción contenciosa administrativa³³, incluyendo las controversias que se

³¹ Moreno Molina, José Antonio. *Contratos públicos: Derecho comunitario y derecho español*. Mac Grow Hill, Madrid, 1996, pág. 168 y ss. Dice el autor que se excluyen de la regulación comunitaria algunas materias como agua, energía, los transportes, porque algunos de los organismos sobre los que recae la actividad eran de derecho público y otros de derecho privado, lo cual genera enormes dificultades en la aplicación de la regulación.

³² Para profundizar sobre este tema, el mismo es tratado con mayor extensión en la obra ... Régimen contractual colombiano de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas., Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 2006, de J.A. Palacio.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del quince (15) de mayo de dos mil tres (2.003), expediente 23908, Actor: FREGO LIMITADA, Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE YOPAL, Consejero ponente: María Elena Giraldo Gómez.

originen desde el mismo pliego de condiciones que las contenga y todos los conflictos que en general se presenten dentro del contrato.

2. La contratación de actividades de estímulo y colaboración previstas en el artículo 355 de la Carta Política. Esta norma faculta para contratar con entidades sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad para impulsar programas y actividades de interés público, atendiendo a las reglas señaladas en los decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993. Dice el artículo 355 que “el Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional.

La Ley 489 de 1998 que contiene la reforma administrativa, en el artículo 196, autoriza la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares.

En tal caso, las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

En este caso la actuación que realicen estas personas no se somete a las normas del estatuto contractual, sino a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

También pueden formarse para las actividades de gestión económica, correspondientes a actividades industriales y comerciales, caso en el cual para desempeñar estas actividades, atendiendo a la Ley 489 de 1998, estarían sometidos a la común civil o comercial para efectos de la contratación y no a las normas estatales.

Si se trata de empresas de economía mixta, la contratación para actividades comerciales se regiría por las reglas del derecho común y no por las normas estatales, en el evento de incluir en su contratación cláusulas exorbitantes.

Si se constituyen para prestar servicios públicos domiciliarios se someten al régimen de la Ley 142 de 1994 y 143 del mismo año, donde se consagra un régimen de contratación privada, con la posibilidad de incluir las cláusulas exorbitantes, cuya regulación está sometida a la Ley 80 de 1993, con control jurisdiccional ante la jurisdicción contenciosa.

III. Conclusiones

El desarrollo de la infraestructura mira el nivel socioeconómico de un país y, por tanto, su capacidad para soportar un adecuado nivel de vida de sus habitantes.

Son diversos los aspectos que influyen en el avance o retroceso de la infraestructura de un país, dentro ellos, con gran relevancia los atribuidos a la propia gestión pública y a la existencia de normas que hacen engorrosa la contratación de las obras y servicios.

Los procesos de infraestructura se afectan por la legislación existente en el país, no solo en cuanto establecen procedimientos, a veces complicados y lentos para contratar, sino también, por los mecanismos legislativos a que tienen acceso para la defensa de otros derechos de los ciudadanos, bien importantes en un país democrático, pero de cuyo uso se abusa, haciendo que obras de interés para todos se afecten, no culminen o se atrasen.

INTERESES MORATORIOS PARA LAS ENTIDADES PÚBLICAS

Juan Angel Palacio Hincapié

Honorable
Corte Constitucional
Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
E. S. D.

Ref.: Expediente D-8896. Ley 1437 DE 2011, artículo 95, numeral 4°, inciso 1°.

El suscrito, en calidad de Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad Sergio Arboleda, atendiendo la invitación hecha a la Universidad mediante auto de su despacho del 27 de enero de 2012, me permito, dentro del término concedido, emitir nuestra opinión sobre el tema debatido en acción de inconstitucionalidad, acerca de algunas normas del C.C.A. en la forma que se expresa a continuación.

El análisis del tema se desarrollará con la siguiente agenda: i) síntesis de la demandada y de sus razones; ii) determinación del problema jurídico a resolver; iii) la cosa juzgada material; iv) análisis de las normas constitucionales que se señalan como vulneradas a la luz de la doctrina constitucional; y conclusión.

I. La demanda y sus razones

El ciudadano Wilson Ruiz Orjuela, demanda la inconstitucionalidad del inciso primero del numeral 4° del artículo 195 de la Ley 1437 del 2011, nuevo Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, relacionado con el monto de los intereses de mora que debe reconocer la entidad pública en el pago de las condenas en su contra y de conciliaciones en que resulte una obligación a su cargo.

La impugnación se concreta en la totalidad del inciso 4° de la norma citada, el cual es del siguiente tenor:

ARTÍCULO 195. Trámite para el pago de condenas o conciliaciones. El trámite de pago de condenas y conciliaciones se sujetará a las siguientes reglas:

....

4. Las sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo 192 de este Código o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratorio a la tasa comercial”.

El actor considera que el Congreso de la República al expedir la Ley 1437 del 2011, en la parte atrás citada, vulneró los artículos 13, sobre la igualdad de las personas ante la ley, 209 sobre los principios de la función administrativa y el 229 sobre el acceso a la justicia, de la Carta Política. Argumenta que se viola el derecho a la igualdad y el principio de la equidad, por cuanto el acreedor del Estado por cuanto solo recibirá los intereses moratorios comerciales a partir de los diez (10) meses de la ejecutoria de la sentencia y durante ese lapso solamente recibirá como intereses moratorios el DTF, lo que implica una pérdida del poder adquisitivo de las sumas reconocidas.

Considera el actor, al reforzar la violación al derecho fundamental de la igualdad de todas las personas, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, que no existe ninguna justificación para que el Estado y los particulares no puedan comportarse en forma igual frente a sus obligaciones como deudores y, en cambio, el Estado cuando es acreedor no establece periodos de gracia a favor de los particulares, salvo cuando establece periodos de gracia por políticas de administración para favorecer a los morosos. Los particulares deben reconocer intereses de mora desde que se hace efectiva la deuda, sin que el particular pueda eximirse de su pago, lo que constituye trato discriminatorio.

Explica el actor que la DTF es una tasa de captación de recursos a 90 días por parte del sistema financiero, la cual entre los expertos, como tasa de interés de referencia para la economía no es de confianza, pues no refleja en forma razonable la evolución de la tasa de interés del mercado.

En su argumentación para fundamentar el cargo de inconstitucionalidad respecto de la violación del derecho a la igualdad y la EQUITAD, el actor acude a la cita de algunas sentencias en donde la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el tema, especialmente, a la Sentencia C 188 del 24 de marzo en donde se hizo el análisis de constitucionalidad el artículo 72 de la Ley 446 de 1998 y del artículo 177 del CCA, providencia a la cual acude para decir que es sobre un caso similar, donde se estudió el perjuicio que se causa al particular-acreedor frente al Estado y donde la Corte expresa que no se justifica que el Estado sí pueda exigir intereses moratorios desde el primer día de la obligación, en cambio el particular debía esperar seis (6) meses.

Respecto de la violación del artículo 209 de la Constitución, expresa que el Estado no puede asumir frente a los particulares conductas que reprocha, por lo cual argumenta que por principios de justicia y equidad se comporte como lo exige a los particulares.

Por último, al exponer el concepto de violación del artículo 229 de la Carta Política, afirma que se viola el derecho al acceso a la justicia, sustentando la acusación en que luego de agostarse un proceso judicial ordinario, generalmente dispendioso, no solo es obligado a esperar diez (10) meses sino que solo se causan intereses moratorios del DTF, y solo a partir de ahí los intereses moratorios comerciales.

II. El problema jurídico

Corresponde a la Corte Constitucional decidir si el Congreso de la República al establecer en el artículo 195, numeral 4º, inciso 1º, de la Ley 1437 de 2011, nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, que las sumas de dinero establecidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios durante los primeros diez (10) meses a partir de la ejecutoria a una tasa equivalente al DTF y sólo devengarán intereses moratorios co-

merciales a partir del vencimiento de dicho término o de los cinco días de haber recibido¹ los recursos por la entidad, ¿viola el derecho de los acreedores a la igualdad y al principio de equidad, viola los principios de la función administrativa, y viola el derecho al acceso a la justicia?

La argumentación del impugnante parte de la hipótesis de que se violan los artículos 13, 209 y 229 de la Constitución Política, por cuanto el Estado da un tratamiento diferencial a la exigencia de intereses moratorios cuando él es el acreedor, exigiéndolos desde el mismo momento de la exigencia de la obligación, en cambio, no tiene la misma exigencia cuando el particular es el acreedor frente a la entidad, caso en el cual solo devenga la tasa del DTF por un lapso de 10 meses, tratamiento discriminatorio, que además contribuye al deterioro económico de la obligación.

III. Cosa juzgada material

El tema no es ajeno a los análisis de la jurisprudencia constitucional. Ya la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 72 de la ley 446 de 1998, en cuanto regulaba una materia similar y donde disponía que “*Las cantidades líquidas reconocidas en el acuerdo conciliatorio devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes al plazo acordado para su pago y moratorios después de este último*”, disposición que fue declarada inexecutable mediante la Sentencia C-188 de 1999.

Es aquí donde se debe apreciar el alcance de la doctrina constitucional sobre la cosa juzgada material, la cual, en síntesis, consiste en que si una norma ya ha sido revisada por la Corte y materialmente es la misma, aunque corresponda a leyes diferentes, tal decisión

¹ “**ARTÍCULO 195. Trámite para el pago de condenas o conciliaciones.** El trámite de pago de condenas y conciliaciones se sujetará a las siguientes reglas:

1. Ejecutoriada la providencia que imponga una condena o apruebe una conciliación cuya contingencia haya sido provisionada en el Fondo de Contingencias, la entidad obligada, en un plazo máximo de diez (10) días, requerirá al Fondo el giro de los recursos para el respectivo pago.

2. El Fondo adelantará los trámites correspondientes para girar los recursos a la entidad obligada en el menor tiempo posible, respetando el orden de radicación de los requerimientos a que se refiere el numeral anterior.

3. La entidad obligada deberá realizar el pago efectivo de la condena al beneficiario, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los recursos.

4. ...”.

debe ser adoptada en la sentencia que profiera la Corporación al hacer el análisis de constitucionalidad de la nueva norma que materialmente contenga esa misma regulación.

En este sentido define la Corte:

“... ”

Por último, la jurisprudencia ha diferenciado la (iv) cosa juzgada formal y la (v) cosa juzgada material. La primera se presenta “cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es llevada posteriormente a su estudio; en estos casos se impide volver a revisar la decisión adoptada. Por su parte, la *cosa juzgada material* se presenta “cuando no se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino de una disposición cuyos contenidos normativos son idénticos. El fenómeno de la cosa juzgada opera así respecto de los contenidos de una norma jurídica”².

De otro lado, ya desde la Sentencia C 131 de 1993 la Corte Constitucional hizo el análisis de la procedencia de la cosa juzgada no solo formal, sino la material, en los siguientes términos:

“... ”

1. ¿Hacen tránsito a cosa juzgada formal y material las sentencias de la Corte Constitucional?

Para responder a esta pregunta es necesario establecer si cuando una autoridad “reproduce el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo” -art. 243 CP-, viola un criterio obligatorio -art. 230 inciso 1° CP- o un criterio auxiliar -art. 230 inciso 2°-.

En otras palabras, ¿la sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria o es fuente auxiliar?

Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice:

Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y **son de obligatorio cumplimiento**

² Sentencia C-061 del 3 de febrero de 2010, magistrado ponente, doctor Jorge Iván Palacio.

para todas las autoridades y los particulares (negrillas fuera de texto).

Este texto es idéntico al artículo 243 de la Carta, salvo la parte en negrilla, que es una adición novedosa del Decreto 2067.

Es de anotar que tal norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional, cuando afirmó:

El inciso primero se limita a copiar parcialmente el inciso primero del artículo 243 de la Carta, para concluir, refiriéndose a las sentencias que profiera la Corte Constitucional, que “son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”. Declaración que, en rigor no quita ni pone rey, por ser redundante. Pues el hacer *tránsito a cosa juzgada*, o el tener “el valor de la cosa juzgada constitucional”, no es en rigor un efecto de la sentencia: no, más bien es una cualidad propia de ella, en general

Piénsese que aun en los casos en que la Corte declara exequible una norma acusada por vicios de forma en su creación, la sentencia hace tránsito a cosa juzgada, pues en lo sucesivo será imposible pedir la declaración de inexecutable por tales vicios.

Y la sentencia en firme, sobra decirlo, es de obligatorio cumplimiento. Además, las que recaigan en las acciones públicas de inconstitucionalidad, tienen efecto *erga omnes*, por la naturaleza misma de la acción y por su finalidad”.

En conclusión, los supuestos materiales de la norma impugnada en el artículo 72 de la Ley 446 de 1998, son similares a los supuestos materiales de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona en la demanda de la referencia.

IV. Análisis constitucional

A. Violación del derecho a la igualdad y del principio de equidad.

La cancelación de las obligaciones del Estado, originadas en providencias judiciales que condenan al pago de sumas de dinero a favor de particulares, o que aprueban conciliaciones en las que se liquidan sumas que deben pagarse del erario, ha sido un tema de preocupación por parte del legislador, para impedir el pago de grandes sumas por este concepto, lo cual se produce, generalmente, por las trabas administrativas que implica la cancelación de las deudas, partiendo del mandato inviolable de que no puede hacerse ningún gasto que no

esté en el presupuesto. Pero tal regla ha sido morigerada en algunas materias como la contractual, en donde se ha dicho que, en el presupuesto del contrato, ya debía existir el dinero para atender el pago de la obligación resultante de la condena.

Lo cierto es que la demora de la administración en cancelar sus obligaciones por la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones, por el desgüeño administrativo, por la imprevisión de sus funcionarios, no puede constituirse en una fuente de empobrecimiento para el acreedor particular. Y en aras del derecho a la igualdad, el particular debe recibir el mismo tratamiento en el reconocimiento de intereses moratorios desde el momento de la exigencia de la obligación, sin que la entidad haya acudido a realizar el pago de las sumas en su contra. La norma impugnada es, de verdad, una deposición que contradice en este aspecto al artículo 13 de la Constitución Nacional.

En la Sentencia C.188 de 1999, con ponencia del Doctor José Gregorio Hernández, la Corte fue enfática en exigir el respeto al derecho a la igualdad en el pago de las obligaciones originadas en providencias judiciales. Al respecto, se expuso:

“Para la Corte es claro que el principio de igualdad y la equidad imponen que en estos casos las dos partes reciban igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras el Estado cobra a los contribuyentes intereses moratorios cuando ellos no pagan a tiempo los impuestos, y ello a partir del primer día de retardo en el pago, las obligaciones en mora a cargo del Estado deban forzosamente permanecer libres de la obligación de cancelar dichos réditos durante seis meses, con notorio perjuicio para los particulares que han debido recibir oportunamente los recursos pactados. Durante ese tiempo, el dinero no recibido por el acreedor pierde poder adquisitivo y no existe razón válida para que esa pérdida la deba soportar el particular y no el Estado, que incumple.

Es evidente la vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, toda vez que, con independencia de si el deudor es el gobernado o el ente oficial, el hecho es el mismo; la circunstancia es equivalente; el daño económico que sufre el acreedor por causa de la mora es idéntico; y las obligaciones asumidas por las entidades públicas no tienen alcance jurídico diverso de las que están a cargo de las personas privadas”.

B. Violación de los principios que rigen la función administrativa

El artículo 209 de la Constitución consagra los principios que deben regir todas las actuaciones de los funcionarios de la administración, que son los conocidos principios de la función administrativa. La fundamentación de la demanda en este aspecto se limita a expresar que el Estado no puede asumir legítimamente las conductas que reprocha y sanciona severamente cuando se trata de obligaciones tributarias que el contribuyente no cancela en los plazos que se le conceden para ello, expresiones que ya son parte de la doctrina constitucional.

Lo cierto es que la norma impugnada afecta el principio de igualdad que debe regir las actuaciones administrativas, afecta el principio de la celeridad y de la economía que debe imprimirse a la actividad de las autoridades administrativas, y el legislador no puede ser el legitimador de conductas contrarias.

Lo anterior, se sustenta en la doctrina Constitucional citada que, al respecto expresa:

Sentencia de la Corte Constitucional C-188 de 1999: “Por otro lado, en la disposición impugnada se muestra con claridad el desconocimiento de los principios de igualdad, eficacia y celeridad, que deben presidir la función administrativa, según el artículo 209 **Ibídem**. El Estado, en sus relaciones con los particulares, no puede asumir legítimamente las conductas que censura y castiga si provienen de ellos. Si les exige puntualidad en el pago de sus obligaciones tributarias, y si tan duramente castiga el hecho de que no las cancelen a tiempo, elementales principios de justicia y equidad hacen imperativo que, correlativamente, su propio comportamiento en idénticas situaciones se ajuste a las exigencias que formula a los particulares. Pero, además, la mora en el pago de las obligaciones a cargo del fisco delata, en los servidores públicos responsables, un deplorable descuido que no encaja dentro de los criterios constitucionales que deben inspirar la actividad administrativa”.

La anterior es la doctrina imperante sobre el tema constitucional, en donde los principios de la administración pública deben ser la guía de toda actuación del Estado, el cual debe buscar eficiencia en sus actuaciones, agilidad en sus decisiones, certeza en la consecución de los fines perseguidos e idoneidad en sus cometidos.

En aplicación de la cosa juzgada material, es forzoso concluir que la norma impugnada es inconstitucional por afectar el derecho a la igualdad y la equidad y la vulneración de los principios consagrados en el artículo 209 de la Carta Política.

C. Violación del derecho al acceso a la justicia

Argumenta el actor que existe una vulneración del derecho al libre acceso a la justicia, pues luego de agotar “un proceso judicial ordinario, generalmente dispendioso, el interesado no solo debe esperar hasta 10 meses más para obtener el pago de la condena judicial” sino que debe someterse a recibir unos intereses moratorios que le hacen perder poder adquisitivo, con lo cual se lesiona el valor de las pretensiones reconocidas.

La anterior fundamentación no pasa de ser una mera afirmación reiterativa de la impugnación a la norma por violación del derecho a la igualdad, y no tiene la fuerza suficiente para derivar de esa acusación una violación del artículo 229 de la Constitución³. Está bien que se admita que las sumas originadas en las condenas en providencias judiciales, por su no pago oportuno, dan lugar a un deterioro económico de las mismas, que no se recupera con el exiguo interés moratorio que se le reconoce; pero de ahí a predicar que ello es un obstáculo al libre acceso a la justicia no deja de ser una desproporcionada afirmación del actor sin soporte. El acceso se garantiza cuando cualquier persona puede acudir a su juez natural a pedir que se le prodigue justicia en un caso determinado y esa petición es recibida, tramitada y fallada dentro de los parámetros procesales que consagran las normas para todos los ciudadanos, en igualdad de condiciones y sin oponerle obstáculos.

V. Conclusión

Con fundamento en los razonamientos que acaban de hacerse y atendiendo a la invitación hecha por su Despacho, Honorable Magistrado, mi opinión es que el inciso primero del numeral cuatro del artículo 195, de la Ley 1437 de 2011, impugnado en acción de inconstitucional, debe ser declarado inexecutable por violación a los

³ 229.— Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

artículos 13 y 209 de la Constitución, mas no por violación al derecho de acceso a la justicia.

En los anteriores términos dejo rendida la opinión solicitada.

Con sentimientos de consideración y aprecio,

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ
Director Departamento de Derecho Público
Universidad Sergio Arboleda

LA INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA: UNA HISTORIA DESGRACIADA*

*Luis Javier Moreno Ortiz***

RESUMEN

Este ensayo pretende dar cuenta de la desgraciada historia de la infraestructura en Colombia, con sus graves implicaciones en el desarrollo económico, en la pobreza y en los derechos fundamentales, a partir de los elementos de juicio que suministra la experiencia colombiana en las últimas dos décadas. Esta experiencia se estudia con fundamento en noticias de prensa, entrevistas en revistas, estudios económicos puntuales, aportes de la doctrina y la jurisprudencia, y análisis de algunos casos constitucionales relevantes.

Palabras claves

Infraestructura, contrato de concesión, desarrollo económico, pobreza.

ABSTRACT

This essay seeks to account for the unfortunate history of infrastructure in Colombia, with its serious implications for economic development, poverty and fundamental rights, from the evidence supplied by the Colombian experience in the past two decades. This experience is studied on the basis of press reports, interviews in magazines, specific economic studies, contributions of the doctrine and jurisprudence, and analysis of relevant constitutional cases.

Key words

Infrastructure concession, economic development, poverty.

* Este documento es un ensayo resultado de una investigación sobre la infraestructura en Colombia, que hace parte del proyecto Observatorio de Derecho Público.

** El autor es Licenciado en Filosofía y Humanidades y Abogado de la Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

SUMARIO

I. Introducción. A. Metodología. B. Fuentes. C. Alcance. II. Análisis crítico de la infraestructura. A. Las necesidades de infraestructura. a) Entre proyectos postergados y necesidades básicas insatisfechas. b) Más allá de los negocios. c) Del anacronismo al favoritismo. B. El fracaso del modelo de concesiones. a) El riesgo financiero. b) El riesgo político. c) El riesgo normativo. C. Aprender de la experiencia. a) Lo que hemos hecho mal. b) La necesidad de la regulación. c) Saber renegociar. III. Conclusiones. IV. Referencias.

I. Introducción

En tiempos de crisis, cuando la economía parece desmoronarse en muchos lugares y se habla de sacrificios, de recortes y de esfuerzos dolorosos, sorprende encontrar lugares en los cuales la situación no parece ser todavía tan caótica y, por el contrario, parece ser atractiva. Y la sorpresa es aún mayor, si se trata de un lugar que no cuenta con una serie de herramientas mínimas para ser competitivo en el mercado mundial. Este es el caso de la economía colombiana, cuyo desempeño en el año que acaba de terminar es, en las actuales circunstancias, envidiable¹.

Algo bueno debe de haber en la economía colombiana para lograr superar las dificultades que entraña su compleja geografía, agravadas por la desidia, improvisación y fracaso en acometer obras de infraestructura. La carencia de una infraestructura adecuada es un lastre muy pesado para el crecimiento y para la distribución de la riqueza. Hace algunos días el Gerente del Banco de la República, José Darío Uribe², al examinar lo acaecido en el año 2011, estimó un crecimiento de alrededor del 5.5%, la disminución de la tasa de desempleo a un dígito y una inflación controlada en el 3.7%. Este halagador panorama tiene buenas probabilidades de repetirse, e incluso de mejorarse en algunos indicadores, en el año 2012. Sin embargo, en materia de infraestructura, la situación es penosa. Tan penosa que el Gerente del Banco de la República confiesa no conocer trabajos que hayan cuantificado con rigor cuánto más podría crecer la economía si existiera una infraestructura de transporte avanzada. Sin embargo,

¹ Así lo advierte la calificadora Standard & Poor's, en un informe que puede consultarse en: <http://www.elespectador.com/economia/articulo-321915-economia-esta-bien-posicionada-crecer-pesar-de-desafios-sp>

² La entrevista se puede ver en: <http://www.semana.com/economia/infraestructura-pais-crece-ria-punto/170340-3.aspx>

calcula que esta carencia le cuesta a la economía colombiana entre medio punto y un punto porcentual.

Entre la calidad de la infraestructura y el crecimiento parece existir una relación directamente proporcional. Es obvio que la infraestructura no es suficiente, si no hay innovación, trabajo, finanzas sanas, autoridades competentes y un marco institucional. Pero si estos factores existen, la carencia de infraestructura es un tapón artificial al desarrollo económico y, lo que es más importante, a la satisfacción de necesidades básicas, a la reducción de la pobreza y a mejorar la calidad de vida de las personas. La queja de los agentes económicos, que aparece bien sintetizada en el editorial del número 389 de la Revista Dinero³, bajo el título de “*¡Hasta cuándo!*”, hace un interesante diagnóstico de las principales causas de nuestro fracaso en materia de infraestructura, entre las cuales destaca cuatro: (i) la incertidumbre frente a los estudios y diseños, (ii) la inestabilidad de las reglas del juego, (iii) el remplazo de la política de infraestructura por la politiquería con la infraestructura; y (iv) el conflicto entre ambiente e infraestructura. Parece haber consenso en cuanto a reconocer el fracaso y en cuanto a la necesidad de estudiar con seriedad el tema. Este documento pretende hacer un aporte a estos estudios.

A. Metodología

La metodología aplicada en este documento es descriptiva y analítica. Se pretende dar cuenta de la desgraciada historia de la infraestructura en Colombia, a partir de algunas noticias y entrevistas de prensa y de lo que describen estudios puntuales y dejan ver algunos casos constitucionales relevantes. Sobre la base que brindan estos materiales, se pretende analizar las principales causas de la desgracia, para señalar cuáles son las experiencias que no deben repetirse y recomendar algunas medidas que deben tomarse en el ámbito jurídico para evitarlo.

B. Fuentes

Para elaborar este ensayo se hizo un barrido en las bases de datos de los principales medios de comunicación nacionales, con el fin de seleccionar un grupo de noticias relevantes sobre hechos relacionados con infraestructura, ocurridos en los últimos años. Este barrido

³ El editorial se puede ver en: <http://www.dinero.com/edicion-impres/editorial/articulo/has-ta-cuando/143075>

se hizo también en la base de datos de la Corte Constitucional, con el propósito de seleccionar un grupo de sentencias tipo c, t y su en las cuales se estudian diversos problemas jurídicos planteados en torno o con ocasión de proyectos de infraestructura. A estos insumos se agregan algunos estudios económicos puntuales, cuyos análisis y cifras resultan oportunos para dar precisión cuantitativa al estudio. Finalmente, se recogen algunos aportes de la doctrina jurídica nacional, que se centra en estudiar la infraestructura a partir del contrato de obra pública y, en especial, del contrato de concesión.

C. Alcance

El presente ensayo no pretende limitarse a estudiar las consecuencias de nuestra deficiente infraestructura en la economía, sino que aspira a extenderse a los perversos efectos que ésta tiene en las condiciones de vida de los habitantes de la República y en sus derechos y libertades fundamentales, en especial las vinculadas con la circulación por el territorio y con la redistribución del ingreso. Se trata, pues, de señalar malos ejemplos de proyectos de infraestructura, sea por su diseño, sea por su manejo del tiempo, o sea por su ejecución; de analizarlos y de criticarlos; y de identificar las disfuncionalidades existentes; para que, sobre la base de la experiencia sufrida, se pueda evitar cometer los mismos errores y mejorar la actividad del Estado y de los contratistas, con el propósito de que la infraestructura comience a ser asumida como lo que es: como un asunto serio que compromete el presente y el futuro económico de la República y, lo que no es menos importante, los derechos fundamentales de sus habitantes.

II. Análisis crítico sobre las concesiones en materia de infraestructura

La infraestructura tiene una particular condición: para ser comprendida y valorada de manera adecuada dentro de la historia económica requiere un análisis contrafactual⁴. Los países que tienen una infraestructura razonable suelen pasar por alto su impacto en la economía, pues la aprecian como un hecho dado, lo que suele conducir a una seria distorsión, pues no se considera qué habría sido de esa economía si dicha infraestructura no hubiera existido en el momento en que se hizo, ni el costo marginal del tiempo que se hubiera de-

⁴ Este tipo de análisis es quizá el más importante de los aportes de Robert W. Fogel, Premio Nobel de Economía de 1993.

morado en existir. El caso colombiano parece confirmar la hipótesis de Fogel, en el sentido de que la infraestructura no es un factor determinante para el crecimiento, pues ha sido posible crecer pese a tener una infraestructura deplorable e insuficiente. También parece no brindar elementos adecuados para un análisis contrafactual, pues en nuestro caso está disponible una experiencia desgraciada, es decir, no parece tener mucho sentido preguntarse qué habría pasado si no hubiésemos tenido infraestructura razonable, porque al día de hoy no la tenemos. Y el no tenerla, parece hacerla más invisible que el tenerla, como suelen ser invisibles para los rústicos los avances tecnológicos de los que no tiene ninguna noticia.

A. Las necesidades de infraestructura

La infraestructura es necesaria para el crecimiento económico y para el desarrollo, si bien puede ocurrir a pesar de ella, como en el caso colombiano. No obstante, más que en el contexto del desarrollo, con su variante de crecimiento y de lucha contra la pobreza, la infraestructura es indispensable desde la perspectiva de los derechos humanos. La construcción de infraestructura se aviene muy bien con la progresividad de los derechos humanos y una infraestructura mínima es imprescindible para garantizar las condiciones mínimas que amparan estos derechos.

En el contexto del desarrollo, la infraestructura se convierte en un factor de producción⁵, que puede ser útil para comprender las diferencias que se observan en contextos internacionales e incluso en contextos nacionales, en los que se aprecian notables diferencias entre los territorios comparados, al punto de que en realidad en Colombia existan varios países, uno tan próspero como Bogotá y otros tan desolados y pobres como Chocó, como se acaba de ilustrar con prolijidad en el reciente debate que se suscitó sobre la reforma de las regalías⁶. En la prolija exposición de motivos del proyecto correspondiente a este acto legislativo⁷, al hacer un balance del sistema de

⁵ Ver el estudio *The output cost of Latin America's infrastructure gap* en W. Easterly y L. Serven (Editores): *The limits of stabilization -infrastructure, public deficits and growth in Latin America*, de C. Calderón y L. Serven, Banco Mundial, Washington D.C.

⁶ Acto Legislativo 05 de 2011.

⁷ Proyecto 13 de 2010 Senado, 123 de 2010 Cámara, cuya exposición de motivos aparece publicada en la Gaceta del Congreso 577 de 2010, que se puede ver en: http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3

regalías colombiano, el gobierno reconoce que 17 departamentos y 60 municipios concentran el 95% de las mismas, con graves problemas de corrupción y de ineficiencia en su manejo, y que esta distribución no atiende a criterios tan importantes en un Estado Social y Democrático de Derecho como los de número de habitantes, necesidades básicas insatisfechas y línea de pobreza. Si a estas diferencias, acentuadas por el inequitativo manejo histórico de los recursos de regalías, se suma la circunstancia de que las regiones más pobres y aisladas carecen de infraestructura, o la tienen muy precaria, es fácil advertir que las diferencias actuales serán cada vez mayores. La infraestructura es indispensable para conectar a estas regiones rezagadas con el resto del país y del mundo, y para permitirles contribuir en la generación de riqueza y participar en su distribución.

En el contexto de los derechos humanos, la carencia de infraestructura es un tema en el cual está en juego la vida misma. Para ilustrarlo basta considerar que buena parte de las poblaciones en Colombia carecen de agua potable y de saneamiento básico. Esta carencia se traduce en graves y reiterados problemas de salud y llega a afectar este derecho fundamental e incluso el de la vida. Hace pocos días un daño en la red de gas natural, unido a un descuidado mantenimiento de la red eléctrica, que sigue siendo blanco de anacrónicos y fatuos grupos de delincuentes, generó un grave racionamiento de energía en las poblaciones de la costa caribe⁸, con las graves consecuencias que esto genera en la refrigeración de alimentos y, en general, en la vida de los habitantes de estas calurosas regiones. En Colombia basta con que la lluvia genere el bloqueo de una carretera, para que muchas personas sufran graves problemas de movilidad⁹, de abastecimiento o de incremento en el precio de los bienes primarios. Si bien existen varios estudios sobre la relación entre infraestructura y crecimiento¹⁰, aunque asumen por infraestructura sólo la infraestruc-

⁸ Esta noticia se puede ver en: <http://www.portafolio.co/economia/costa-caribe-esta-sometida-racionamientos-luz>

⁹ Esta noticia se puede ver en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-4105745>

¹⁰ Entre los estudios más destacados se encuentran: *El papel del capital público en la producción, inversión y el crecimiento en Colombia* de F. Sánchez, en R. Steiner (editor), *Estabilización y crecimiento: nuevas lecturas de economía*, Tercer Mundo Editores – Fedesarrollo, Bogotá, 1994; *La contribución de la infraestructura a la actividad económica en Colombia 1950-1994* de M. Cárdenas, A. Escobar y C. Gutiérrez, en el volumen 35 (1) de la Revista Coyuntura Económica, 1995, p. 47-72; *Economic growth in Latin America and the Caribbean, stylized facts, explanations and forecasts* de N. Loaiza, P. Fajnzylber y C. Calderón, Banco

tura de transporte, con lo cual en algo se remedia el vacío señalado por el Gerente del Banco de la República, hacen falta estudios sobre la relación entre infraestructura y vulneración de derechos humanos, necesidades básicas insatisfechas y calidad de vida. Los estudios de Sánchez y de Cárdenas, Escobar y Gutiérrez, que datan de 1994 y 1995, muestran que la infraestructura en carreteras o en transporte puede incidir en un 0.42% en el PIB, mientras que la infraestructura en telecomunicaciones y generación de energía pueden hacerlo en 0.40% y 0.39% respectivamente. Frente a estos guarismos, Cárdenas, Gaviria y Meléndez, en un estudio de 2005, se muestran escépticos, pues estiman que los anteriores valores pueden estar sobre estimados, al no tener en cuenta el sesgo de simultaneidad entre infraestructura y crecimiento.

a) Entre proyectos postergados y necesidades básicas insatisfechas

La historia de la infraestructura en Colombia es muy mezquina. Esta mezquindad se puede ver en los proyectos, en los tiempos y en la ejecución. Los proyectos indispensables, y aun los necesarios, se diseñan con una estrechez de miras que causa verdadero desconcierto. Por ejemplo, para construir una carretera que una el centro del país con el principal puerto en el Pacífico, Buenaventura, el país se empeñó en recorrer el camino más arduo: escalar una montaña con graves riesgos vulcanológicos, geológicos e hidrológicos: la montaña de la línea, y sólo hace menos de una década se proyectó construir un túnel. Desde un comienzo se sabía que eran necesarios tres túneles, uno por cada sentido y otro para emergencias. Pero al día de hoy, cuando apenas se ha terminado el túnel de emergencias, construido con técnicas artesanales, avanza a paso lento el primero de los dos túneles requeridos¹¹. La consecuencia es que transportar una tonelada de carga de Tokio a Buenaventura es mucho menos costoso que transportarla entre Buenaventura y Bogotá, pese a que en el primer caso se trata de miles de kilómetros y en el segundo de

Mundial, Washington, 2002; y *La infraestructura de transporte en Colombia* de M. Cárdenas, A. Gaviria y M. Meléndez, 2005, disponible en: <http://ideas.repec.org/p/col/000124/003034.html>; y *La infraestructura del transporte vial y la movilización de carga en Colombia* de G. Pérez, 2005, disponible en <http://www.banrep.gov.co/documentos/publicaciones/pdf/DTSER-64.pdf>

¹¹ La noticia se puede ver en: <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/construccion-del-tunel-de-la-linea-avanza-abuen-ritmo/20100301/nota/961025.aspx>

algunos cientos. Esta circunstancia hace que las importaciones y las exportaciones de Colombia, sean más costosas. Pese a la urgencia de nuevos proyectos, en los últimos años, como lo revela el estudio de Cárdenas, Gaviria y Meléndez, la participación de la infraestructura de transporte, que es el pomposo nombre que en estas latitudes se les suele dar a las carreteras, por las cuales se mueve el 80% de la carga del país, según la estadística de Pérez, ha pasado de representar el 1% del PIB en 1995 a representar la mitad de este guarismo¹². Los nuevos proyectos no arrancan y los proyectos antiguos se deterioran, al punto de que hoy en día el transporte se mueve por las mismas trochas de hace décadas, aunque no falten los anuncios ambiciosos, como el de invertir en el año 2012, 6 billones en infraestructura¹³.

El manejo del tiempo en materia de infraestructura es tan o mezquino como el manejo de los proyectos, o más. Una obra, cualquier obra, demanda una ingente cantidad de estudios de la más diversa índole. Estudios que se repiten de cuando en cuando, pero que no se concretan, y cuando se concretan mantienen una serie de problemas de diseño injustificables. Un ejemplo de esta circunstancia es el que trae el editorial de la Revista Dinero, al que se alude en la introducción, el túnel de oriente que comunicaría a Medellín y a Rionegro. Luego de 16 años de estudios, y cuando al fin comienzan los trabajos, aparecen una serie de nuevos problemas que ha llevado a parar las tareas¹⁴. Se afirma que la construcción del túnel afectaría el suministro de agua de varios municipios. También existe la variante de los estudios sin fin, como es el caso del metro de Bogotá¹⁵. Con el argumento de falta de dinero para financiar los proyectos, se los posterga *ad infinitum*, convirtiendo una mínima realización de infraestructura en un tema que demanda varias generaciones¹⁶.

¹² Ver el cuadro que aparece en la página 13 del estudio citado.

¹³ Sobre el particular se puede ver: <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/seis-billones-pesos-invertiran-en2012-mintransporte>

¹⁴ Las dificultades del túnel de oriente aparecen reseñados en: <http://www.elespectador.com/impreso/vivir/articulo321728-esconde-el-tunel-de-oriente>

¹⁵ Sobre el particular se puede ver: http://www.radionacionaldecolombia.gov.co/index.php?option=com_topcontent&view=article&id=24093:bogota-tiene-un-atraso-de-mas-de-20-anos-en-viasexperto&catid=1:noticias

¹⁶ La cuestión de la falta de presupuesto, es, perdónese el pleonasma, un presupuesto de cualquier discusión, como se vislumbra en las declaraciones del nuevo Secretario de Hacienda de Bogotá, visibles en: <http://www.elespectador.com/impreso/temadeldia/articulo-319483-mucho-plan-y-pocopresupuestohttp://www.elespectador.com/impreso/temadeldia/articulo-319483-mucho-plan-y-poco-presupuesto>

En el extraño caso de que los proyectos se hagan y los tiempos se cumplan, la infraestructura debe hacer frente a una ejecución incierta. En Colombia reina la incertidumbre: no se sabe a ciencia cierta qué es lo que se va a hacer, cuándo se va a empezar a hacerlo y, sobre todo, cuándo se terminará de hacerlo. Los contratistas nacionales son verdaderos expertos en el arte de la dilación, de dar largas, de pedir plazos, de encontrar inconvenientes y de convertir cualquier obra en una tarea interminable. Los habitantes de Bogotá saben que las obras no se terminan, que están en un permanente hacerse, como es el caso de la mal llamada Autopista nNrte y de la Avenida Caracas¹⁷, cuyas placas de concreto se fracturan con tanta frecuencia que parecería más activo y económico construir de nuevo estos corredores viales. También saben de obras como la Avenida 26, que empezó hace más de 5 años, que según lo planeado ya debería estar entregada, pero cuyo final ni siquiera una pitonisa se atreve a vaticinar¹⁸. Otro tanto se podría decir de la carretera que uniría a Bogotá con la costa atlántica, de la vía Bogotá – Girardot y del malhadado Plan 2500¹⁹.

b) Más allá de los negocios

La infraestructura no es solo un asunto de negocios. Va mucho más allá de eso, incluso por la vía de los negocios. La infraestructura es un asunto de oportunidades, de generar riqueza, de crecimiento, de superar pobreza, de integración económica y de satisfacer necesidades. Pero también es algo más importante, es un asunto de derechos humanos. Si un territorio cuenta con un saneamiento básico sostenible, eso puede favorecer su desempeño económico, al generar, por ejemplo, mayores ingresos por turismo y menores gastos por temas sanitarios, pero lo más importante es que las personas que viven en este territorio o lo visitan, cuentan con una de los bienes mínimos para hacer posible la vida civilizada. El acceso a agua potable no es algo que pueda esperar, es un presupuesto de la civilización y un

¹⁷ De la recurrente obra en la autopista norte y en la avenida Caracas se da cuenta en: <http://www2.rcnradio.com/noticias/editor/crece-deterioro-de-calzada-de-transmilenio-en-130218>

¹⁸ La incertidumbre es compartida incluso por la nueva directora del IDU, como se aprecia en: http://www.eltiempo.com/colombia/bogota/no-hay-fecha-exacta-para-finalizacion-de-trabajos-en-la-calle-26_10938695-4

¹⁹ De la mala ventura de estos proyectos se da cuenta en: <http://www.portafolio.co/economia/siete-planes-viales-tienenpreocupado-al-gobierno>

verdadero derecho fundamental, como lo reconoce la Corte Constitucional en la Sentencia T381 de 2009.

La infraestructura está vinculada a los mínimos vitales de las personas. En esta medida interesa al Estado Social y Democrático de Derecho. Pero también resulta un muy buen negocio, tanto por los ingresos que genera para todos los que se aprovechan de ella, incluyendo a sus constructores y administradores, como por los gastos que evita. Basta considerar, por ejemplo, los costos ambientales que genera la contaminación por vertimiento de aguas no tratadas a las fuentes hídricas o la no disposición adecuada de los residuos sólidos. Para hacerse una idea precisa se pueden considerar los varios billones de pesos que deben destinarse a la descontaminación del Río Bogotá²⁰.

La relación entre infraestructura y derechos es especialmente relevante cuando se trata de los derechos de las futuras generaciones. Además de la necesidad de que el desarrollo sea sostenible, en la que suelen empeñarse los defensores del medio ambiente y de los derechos humanos, se debe señalar que la infraestructura o su carencia, pueden potenciar o anular las condiciones de vida de nuestros descendientes. Los fenómenos migratorios, tanto externos como internos, se deben, entre otras razones, a la existencia de una infraestructura adecuada. Los poblados aislados y sin infraestructura suelen ser los más pobres, y suelen estar habitados por ancianos; los jóvenes que albergan alguna esperanza y han tenido la oportunidad de marcharse, ya lo han hecho. Los niños que nacen y se crían en tales poblados tienen el derecho a gozar de oportunidades semejantes a las de quienes viven en poblados más avanzados, sobre todo en materia de acceso a la información, lo cual es imposible sin una adecuada infraestructura de comunicaciones.

c) Del anacronismo al favoritismo

Los contratos de infraestructura en Colombia son anacrónicos. De una parte, cuando se trata de una obra pública, el contrato se suele asignar a un contratista que no tiene capacidad financiera para ejecutar su

²⁰ La contaminación del Río Bogotá se ha convertido en un problema inmanejable y costoso, hasta el punto de generar propuestas innovadoras, como la que puede verse en: <http://www.elspectador.com/noticias/bogota/articulo-318585-otraopcion-descontaminar-el-rio-bogota>

objeto, y que si no tiene un generoso anticipo, no es capaz de hacer nada. Y en ocasiones tampoco hace nada pese al anticipo²¹. Estos anticipos se suelen cubrir de pólizas de garantía, pero luego se diluyen en una dinámica de demorar la ejecución del contrato por cualquier motivo, pues parece haber certeza de que las sanciones llegan tarde y mal, y de que las caducidades no se declaran nunca. La práctica de los contratistas parece ser la de obtener el negocio y luego dedicarse a hacer todo lo posible para demorar su ejecución, obtener un reajuste y, si se puede, obtener el mayor beneficio sin hacer nada. Lo más aberrante de esta estrategia es que funciona. Y funciona porque el Estado, pese a todo, sigue diseñando mal, negociando mal y re-negociando mal.

Cuando se trata de concesiones, se suele hablar de varias generaciones de contratos, incluso por los entes gubernamentales²², aunque sería mejor dejarse de eufemismos y hablar de varias generaciones de fracasos. En una combinación curiosa, las concesiones en Colombia suelen tener anticipo, aunque a veces el anticipo corresponda al cobro anticipado por el uso de la obra que no se construye, como pasa con múltiples peajes en nuestras carreteras. En su ejecución es habitual cambiar una y otra vez los diseños, con los tires y aflojes que esto genera. El caso de la carretera Bogotá – Tunja es revelador: en un comienzo se pensó en una vía de tres carriles, es decir en una vía de dos carriles en las partes planas, más un carril en las cuestas o partes complejas, de manera acorde con nuestra proverbial mezquinidad en el diseño. Ante el justo reclamo de los futuros usuarios de la vía, se decidió construirla en doble calzada, es decir, con dos carriles por sentido. En vista de que el cambio implicaba una negociación, para hacer la doble calzada se prescindió de construir variantes por algunas poblaciones. El resultado es una vía que en algunas partes tiene una alta velocidad promedio, de más de setenta kilómetros por hora, pero que al llegar a varias poblaciones debe bajar de manera súbita a una velocidad ridícula, de 10 kilómetros por hora²³.

²¹ En ocasiones el juego de los anticipos se da en materias tan delicadas como la salud. El más reciente escándalo en Bogotá, relativo al carrusel de la salud, es una buena muestra de ello. La noticia puede verse en: <http://www.caracol.com.co/noticias/bogota/distrito-denuncia-nuevas-irregularidades-en-el-carrusel-de-lasalud/20120112/nota/1605475.aspx>

²² Ver: <http://www.inco.gov.co/CMS/media/file/PROPOSICION%20No%207.pdf>

²³ Así lo reconoce el propio Ministro de Transporte, en una entrevista que puede escucharse en: http://lahoradelaverdad.com.co/post/detail/post=6771&_id=28

A los problemas jurídicos estructurales de los contratos de obra pública y de concesiones, derivados de nuestro anacronismo, se debe agregar el problema cultural del favoritismo y de su manifestación más epónima: la corrupción. La mala salud de nuestras costumbres políticas es visible en dos prácticas recurrentes: el clientelismo y la celebración irregular de contratos. A algunos gobernantes se les hace agua a la boca cuando se trata de manejar nóminas, de repartir nombramientos y de asignar tareas tan innecesarias como rentables. En materia contractual, pese a la existencia de una multitud de normas, o quizá por ello, algunos gobernantes se empeñan en eludir las licitaciones públicas, para gozar de las ventajas de la contratación directa y, cuando no hay alternativa diferente de hacer una licitación, los términos se redactan con una serie de guiños y de restricciones arbitrarias, para que el ganador sea el esperado. Adjudicado el contrato, comienzan las reciprocidades, en forma de comisiones, bonos u oportunidades de negocio. De esta manera el favoritismo se reproduce y se hace recíproco en un círculo vicioso, al punto de formar verdaderos carteles de contratistas, en lo que se ha dado en llamar el carrusel de la contratación²⁴.

B. El fracaso del modelo de concesiones

En materia de infraestructura, el contrato de concesión ha tenido un desarrollo cuestionado y poco feliz. La concesión genera una serie de inquietudes relativas a su propia naturaleza, derivadas de su inadecuado diseño, y a los riesgos que, dado lo amplio del plazo que le es propio, presentan una serie de variables muy complejas, en la medida en que demandan una financiación razonable, unas instituciones políticas estables y un marco normativo dinámico en materia de regulación, pero confiable en cuanto atañe a las cláusulas del contrato y a otros factores jurídicos, como los tributarios o los ambientales, que inciden en la ejecución del proyecto. En la Sentencia C-068 de 2009, al estudiar el las concesiones portuarias, la Corte Constitucional define la concesión como un *“contrato por medio del cual una entidad estatal, primera obligada a la prestación de*

²⁴ Del carrusel de la contratación se da cuenta en: <http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/ivan-moreno-no-recibiodinero-pero-si-hizo-pactos-alejandro-ordonez/20120119/nota/1609313.aspx> y en: http://www.eltiempo.com/justicia/revocan-medida-de-casa-por-carcel-a-ex-contralor-miguel-moralesrusi_10974942-4

un servicio público, confía la prestación del mismo a manera de delegación, a una persona -generalmente un particular-denominada concesionario, quien actúa en nombre y a riesgo propio en la operación, explotación, prestación, organización o gestión de un servicio público, bien sea de manera parcial o total”. Sobre la base de esta definición, la Corte identifica ocho elementos o características del contrato de concesión, a saber: (i) implica una convención entre el ente estatal cedente y el concesionario; (ii) se otorga al concesionario la operación, explotación o gestión de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación, total o parcial de una obra pública; (iii) se puede emplear la concesión para explotar bienes del Estado o para desarrollar actividades propias de la prestación de un servicio; (iv) la cedente conserva durante la ejecución del contrato sus facultades de inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar; (v) el concesionario debe asumir, así sea de manera parcial, los riesgos de éxito o fracaso de su gestión, ya que obra por su cuenta y riesgo; (vi) el concesionario recibe por su labor una contraprestación que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o participación en la explotación del bien; (vii) se deben pactar cláusulas excepcionales al derecho común, como las de terminación, interpretación y modificación unilaterales, la de sometimiento a leyes nacionales y de caducidad; y (viii) el concesionario obra como colaborador de la administración, sea para prestar servicios públicos, sea para ejecutar obras públicas.

a) El riesgo financiero

La principal diferencia entre el contrato de obra pública y el contrato de concesión es la de que en el primero la administración, a modo de contraprestación, paga el valor de la obra, mientras que en la segunda, el concesionario obtiene su beneficio a partir del pago que hacen las personas por el uso de la obra construida o las tasas o tarifas por el servicio prestado²⁵. En el contrato de obra pública el retorno de la inversión, valga decir, el pago, se cumple a más tardar cuando la obra se entrega, y existe la posibilidad de que se pacten pagos previos a esta entrega, como los anticipos, o pagos por tarea

²⁵ Para una adecuada comprensión del contrato de concesión de obras públicas, conviene revisar la obra: *El contrato de concesión de obras públicas* de J.M. Urueta Rojas, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2006.

parcial ejecutada. En el contrato de concesión, en principio, y sin considerar las heterodoxias locales, como la de conceder anticipos, el retorno de la inversión del concesionario empieza cuando la obra está terminada y en funcionamiento, y se prolonga durante el plazo pactado en el contrato.

El riesgo financiero en materia de concesiones tiene una incidencia mayor al momento de cubrir el valor de ejecución del proyecto y al momento de recuperar la inversión, luego de haber construido el proyecto. En la primera etapa, los recursos propios del concesionario no suelen ser suficientes para emprender los trabajos. Ante esta circunstancia, es imprescindible para el concesionario obtener financiación. Sería paradójico que la administración financie al concesionario, como se suele hacer en Colombia con los anticipos, pues la decisión de ejecutar un proyecto por medio del contrato de concesión se toma, entre otras razones, por la falta de recursos de la administración. De existir estos recursos, tiene más sentido pensar en un contrato de obra pública. La financiación del concesionario debe provenir de recursos privados. Entre las fuentes de recursos privados, como lo sabe cualquier empresario, se encuentran la capitalización de la empresa por los socios, la venta de acciones, la colocación de bonos, o los préstamos del sector financiero. El contrato de concesión, debidamente adjudicado constituye un verdadero activo, con el cual se puede acudir al mercado bancario o al de capitales en busca de financiación. El mayor compromiso patrimonial de los socios, la presencia de nuevos accionistas o tenedores de bonos, o la participación de la banca, brindan una garantía adicional a la ejecución del contrato, pues de no hacerse de manera pronta y cumplida, para asegurar una fecha previsible de retorno de la inversión, estas personas serán los más severos interventores de la obra del concesionario. Muchos contratistas que juegan a incumplir a la administración porque confían en prolongar los procesos en que se debe establecer su responsabilidad, no se lo tomarían con tanta guasa si se tratara de hacer frente al sistema financiero. Algunas personas se atreven a jugar con su reputación o con su libertad, pero no con su patrimonio.

En la segunda etapa, cuando la obra está terminada y comienza el flujo de retorno de la inversión, existe el riesgo de que los recursos

obtenidos no correspondan a los previstos en el modelo financiero del negocio. Cuando esto pasa, comienza a hablarse de desequilibrio en la ecuación financiera del contrato, de prórrogas y, por supuesto, de demandas al Estado. Para prevenir esta desagradable situación, los creativos abogados han diseñado cláusulas de garantía de uso, por un número mínimo de usuarios en un período determinado de tiempo. Cuando los recursos superan con creces a los previstos, los concesionarios suelen mantener la calma y el silencio. En esta relación desequilibrada, en la cual de todas maneras el que gana es el concesionario, habría que pensar en dos alternativas: la posibilidad de que el Estado, si los ingresos son significativamente mayores que los previstos, pueda aducir el desequilibrio de la ecuación financiera del contrato, con las consiguientes demandas; o la posibilidad de que el evento de recursos insuficientes o notables utilidades, corresponda de manera exclusiva al concesionario.

b) El riesgo político

Los contratos sometidos a un plazo extenso están expuestos a los riesgos de la política y, algo peor, a los desastres de la politiquería. Este riesgo existe desde el momento de la adjudicación, en el cual no es inusual oír hablar de sobornos, coimas o juegos de influencias. Se mantiene durante la ejecución, con la solicitud de favores o de posibilidades de negocios relacionados con la obra. Y se agudiza después de la ejecución, con decisiones imprevistas y, a veces caprichosas, de restricción del flujo de capitales o de expropiación, o con efectos relacionados con el mal manejo político del Estado, como la devaluación trepidante, las variaciones significativas en la inflación o en las tasas de interés. Estos factores, si bien no son propios del negocio, pueden llegar a tener una influencia determinante en el mismo.

El riesgo de corrupción, por desventura cada vez más alto en estos negocios, no puede ser manejado, dentro de la ley, por el concesionario. Depende por entero de las instituciones del Estado, que deben generar un marco de transparencia en la información y de controles preventivos y correctivos prontos y eficaces. Todos los ciudadanos, e incluso el propio concesionario, tienen derecho a conocer en tiempo real y de manera completa la información relevante de todo el proceso contractual, desde su inicio hasta su terminación. El acceso

a la información, que en el caso de Colombia es un derecho fundamental, es en estas materias imprescindible. En cuanto a las solicitudes que se hacen en la ejecución, respecto de favores o posibilidades de negocio, debe comenzar a pensarse en exigir al concesionario que emplee en sus procesos de selección de contratistas o de proveedores, figuras que además de garantizar su rentabilidad, garanticen el acceso en igualdad de condiciones de los interesados, en un escenario de transparencia. La oscuridad en estas materias favorece el pago de favores por la vía de contratos derivados del objeto principal de la concesión.

Ante las prácticas arbitrarias o caprichosas de los Estados, los concesionarios gozan de una interesante alternativa, para cubrir sus intereses, en los tratados de promoción y de protección de inversiones. Esta garantía debe ser asumida como una especie de *ultima ratio*, pues la principal garantía de los derechos del concesionario es la existencia de un sistema judicial independiente, sea administrado por jueces y magistrados, o sea administrado por árbitros, capaz de resolver los conflictos que surjan de manera pronta, justa y eficiente. En último término, en el análisis de riesgo político que se haga de un país, la seriedad de sus instituciones es un elemento crucial, pues el concesionario hace un acto de fe en el Estado en el que contrata. En este punto, los datos de la República de Colombia, que tiene la extrañacostumbre, en su convulsionado vecindario, de honrar sus compromisos, parece confirmar esta fe.

c) El riesgo normativo

En la República de Colombia y, en general, en todos los Estados que tienen Constitución y Cortes o Tribunales Constitucionales, todo el derecho, incluso el contenido en contratos de concesión, se ve afectado por su presencia. Las normas y su interpretación suelen estar sometidos a una gran dinámica. En el país pululan las leyes, los decretos, los reglamentos, las resoluciones, las entidades y las competencias. Las normas constitucionales y sus precedentes son elementos imprescindibles en cualquier estudio de riesgos, al punto que su omisión genera graves problemas para los concesionarios, como acaba de ocurrir con el proceso contractual para asignar la concesión de aseo en la ciudad de Bogotá, que se vio afectado por desconocer una orden de tutela contenida en la Sentencia T-724 de

2003, en el sentido de incluir en el negocio a las personas que se dedican al reciclaje, y que originó la medida tomada en el Auto 189 de 2011, por medio del cual se suspendió el proceso contractual y se impartieron órdenes a diversas autoridades.

Uno de los aspectos más relevantes en materia de riesgo normativo en Colombia, es la consulta previa a comunidades indígenas y afrodescendientes prevista en el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Este convenio hace parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, es una norma que prevalece sobre las cláusulas del contrato de concesión; exige que antes de iniciar un proyecto, se lo consulte con las antedichas comunidades. Esta consulta opera respecto de proyectos mineros, portuarios o de infraestructura vial, siempre y cuando éstos afecten de manera directa y sustancial a tales comunidades, como lo precisa la Corte Constitucional en la Sentencia T-745 de 2010, al estudiar el caso de un proyecto en Barú. Tampoco puede pasarse por alto lo relacionado con los cambios tributarios o de flujo de recursos, el más reciente de los cuales calificó como sujeto pasivo del impuesto predial a los concesionarios, en el artículo 54 de la Ley 1430 de 2010 pese a no ser propietarios de los inmuebles. La Corte declaró exequible esta norma, por medio de la Sentencia C-822 de 2011, al estudiar una demanda que pretendía una declaración de inexequibilidad.

Ni siquiera los laudos arbitrales y las sentencias judiciales escapan al control de constitucionalidad por la vía de la tutela contra providencias judiciales. Pese a obtener un laudo o una sentencia favorable, es menester considerar el riesgo de que esta decisión pueda ser objeto de control constitucional por los jueces o tribunales en dos instancias, y el riesgo ulterior de que el caso sea objeto de revisión por la Corte Constitucional. El célebre caso de una concesión vial fracasada, que generó un complejo litigio entre el concesionario y el Departamento del Valle del Cauca, en sus múltiples decisiones arbitrales, contenciosas administrativas y constitucionales, aparece descrito en detalle en la Sentencia SU-174 de 2007²⁶.

²⁶ Un análisis juicioso de este caso se encuentra en el estudio Tutela contra laudo arbitral. Análisis de un caso paradigmático de F. Sarmiento, que aparece en: http://acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20sarmiento%20cifuentes

C. Aprender de la experiencia

Estudiar los fracasos del contrato de concesión en infraestructura parece ser un oficio muy interesante, en especial para las entidades que a la postre acaban involucradas en la financiación de los proyectos contratados, como es el caso del Banco Mundial. En los párrafos anteriores se puede advertir que los estudios existentes en esta materia suelen elaborarse por solicitud de este tipo de entidades, o de otras relacionadas con el tema, como la Cámara Colombiana de Infraestructura. El más importante estudio sobre los fracasos de la concesiones en infraestructura, publicado a modo de manual para aprender a hacerlo bien por el Banco Mundial, fue elaborado por J. Luis Guasch. Este estudio aparece en el año 2004, con el título *Granting and renegotiation infrastructure concessions: doing it right*. Un año más tarde se publica la traducción castellana: *Concesiones en infraestructura: cómo hacerlo bien*.

a) Lo que hemos hecho mal

El contrato de concesión es una herramienta y, en esta medida, no se puede sostener que la culpa de la historia desgraciada de la infraestructura, en cuanto atañe a las concesiones, sea de una herramienta. El contrato puede ser empleado bien o mal, pero en sí mismo no es ni bueno ni malo. Como herramienta puede ser útil y adecuada en ciertas circunstancias, e inútil e inadecuada en otras. Para emplear el contrato de concesión, como para cualquier decisión humana razonable, es necesario hacer primero una evaluación de las circunstancias, comprenderlas, definir unos objetivos, proyectarlos y, entonces y sólo entonces, elegir las herramientas más adecuadas para llevarlos a cabo. En este contexto, las concesiones no pueden asumirse a la ligera, porque está de moda, o porque todos lo hacen, sino que deben obedecer a un proceso de deliberación racional, a que, por desventura, no estamos acostumbrados.

El contrato de concesión, como todo contrato, debe diseñarse con cuidado, para mitigar riesgos, distribuir responsabilidades y precisar la ejecución del proyecto. En la mayoría de los casos el trabajo de diseño corresponde al ente público y acaba siendo elaborado por un consultor. La elección del consultor es tanto o más importante que la elección del concesionario, pues un mal diseño sólo conduce a desastres, y ya se sabe que los únicos que obtienen beneficio de estos desastres

son los concesionarios y los abogados. El diseño debe ser estable y debe hacerse con visión del futuro, para no someterlo a ajustes coyunturales y, con ello, generar una presión evitable a la negociación. Esto implica saber lo que se necesita, lo que se quiere y lo que se puede. El ignorar cualquiera de estos datos conduce a costosas improvisaciones y genera desagradables contratiempos.

El acceso a la información relevante y su adecuada comprensión son presupuestos de cualquier negociación. En el caso de las concesiones, en su diseño y en su negociación se debe incluir un claro marco de regulación. Este marco garantiza al Estado y a sus habitantes que el concesionario no abusará de su posición, en especial en materia de acceso a la obra, a su uso o a las tarifas o precios que cobra por ello; y al concesionario que el Estado no se aprovechará del riesgo de los costos hundidos, valga decir, de aquellas inversiones que no pueden recuperarse o rescatarse fácilmente si el contexto económico se deteriora. El manejo de la información debe ser una prioridad para el Estado y para sus agentes reguladores, pues existe el riesgo de que el concesionario, que es en la práctica el que gestiona el negocio, intente jugar a ocultar información, a distorsionarla, o a aprovecharse de la información privilegiada que dispone, en un fenómeno que se denomina la toma del regulador por el regulado. Lo que hemos hecho mal es contratar concesiones sin tener y evaluar la información relevante, sin tener un diseño idóneo del contrato y del proyecto a realizar, sin contar con un marco de regulación adecuado, y sin actualizar en tiempo real dicha información para poder atender cabalmente las muy probables necesidades de renegociación. No se puede pasar por alto que cuando el concesionario pierde dinero, se percata pronto de la situación y presenta las reclamaciones y demandas del caso, mientras que cuando lo gana de manera desproporcionada, trata de que la situación no se sepa y de que el Estado no actúe. La diligencia de los particulares en sus propios asuntos contrasta con la desidia del Estado en los asuntos comunes. Y las pocas veces en las cuales el Estado quiere actuar, suelen aparecer las interferencias políticas en favor de los concesionarios.

b) La necesidad de la regulación

No debe celebrarse ningún contrato de concesión si no hay un marco adecuado de regulación. Lejos de la idea común que identifica a las

comisiones de regulación como entes que se ocupan de los factores relevantes en la estructura de las tarifas, y de definir las controversias en torno de ellas, hay al menos dos elementos que son centrales en su tarea: la recopilación de información relevante en tiempo real y la protección del consumidor.

La regulación no puede desatender el tema de la información relevante para el contrato y para el mercado. Y no puede hacerlo, porque sin ella está en una clara desventaja frente a los concesionarios, pues acaba sometida a tener por cierto todo lo que ellos digan. Cualquiera que se tome el trabajo de revisar los balances de las grandes compañías, sean o no concesionarios, sabe que el riesgo de repetir una experiencia como la de la Enron existe. Las compañías suelen tener varios balances, uno para los impuestos, otro para los reguladores y otro, quizá el real, para sus socios. Para una gran compañía no es difícil hacer acuerdos con sus proveedores y obtener, por ejemplo, el dinero que reciben en descuentos, como un ingreso en determinado período fiscal, a modo de un anticipo comercial que queda atado a hacer el negocio con el proveedor. Los concesionarios pueden manejar sus finanzas de manera irresponsable, validos de que la responsabilidad patrimonial de sus socios está limitada, y propiciar concursos, quiebras y defraudaciones.

Los concesionarios suelen actuar como los banqueros, con la arrogancia que da manejar mucho dinero, así no sea el propio. En cualquier mercado en el que existe una concesión hay una gran probabilidad de que exista una posición dominante y, en ocasiones, un monopolio. Cualquier usuario de telefonía celular sabe lo difícil que es lidiar con los concesionarios, que siembran de cláusulas abusivas la letra menuda de los contratos, y también sabe que el concesionario más poderoso, cuando alcanza una posición dominante maneja los precios a su gusto y se muestra altanero y desafiante con las autoridades. A veces esta conducta es deliberada, pues se asume que los reguladores reaccionan tarde y que los instrumentos a su alcance son insignificantes. Parecería que algunos concesionarios se divierten pagando multas irrisorias, mientras atropellan a los consumidores. Ante esta circunstancia, valdría la pena de considerar la teoría de los daños punitivos, para escaldar a los abusadores, con un escarmiento significativo en donde más les duele: en su bolsillo.

c) Saber renegociar

La renegociación parece ser la mayor carga que deben afrontar los contratos de concesión, al punto de que menos de la mitad de ellos se ejecutan sin renegociarse. Esta variable hace de la concesión un contrato impredecible, que muy probablemente acabará costando más de lo pactado. En el caso colombiano la diferencia suele ser sustancial. Si la renegociación no está justificada, y en principio sólo lo está por circunstancias ajenas a las partes, como puede ser una crisis económica mundial, en ella se encuentra el principal riesgo para el Estado. Con todo, si el Estado dispone de la información relevante, en lugar de esperar a ser citado a una renegociación, puede ser quien tome la iniciativa, e invite al concesionario a renegociar, cuando la situación afecte al primero y beneficie al segundo.

Las renegociaciones que se proponen poco tiempo después de adjudicarse el contrato, suelen encubrir una conducta desleal del concesionario, que acude a la licitación o concurso con una propuesta irreal, para evadir la competencia y para impedir que el Estado adjudique el contrato al más eficiente. Como lo advierte Guasch, los concesionarios acuden a esta práctica, que junto con otras de los comerciantes minan el mito de la buena fe comercial, porque saben que el oportunismo paga. Si los concesionarios perciben que la renegociación es factible y probable, adoptarán una estrategia para prevenir el riesgo que implica ser el operador más eficiente, con lo cual maximizarán sus utilidades.

De manera paralela al oportunismo, las renegociaciones injustificadas suelen favorecer el argumento de la ecuación financiera del contrato, como si se tratara de una cuestión al margen de cualquier condición. Los tribunales, al momento de establecer si se ha afectado la ecuación financiera, suelen confiar en el dictamen de los peritos, que sólo suministra información numérica, pero pasan por alto una serie de condiciones mínimas que son tan, o más relevantes, como si la operación del servicio ha sido eficiente. Lo paradójico es que en Colombia, los concesionarios prestan un servicio ineficiente y, además, pretenden renegociar el contrato por la ruptura de la ecuación económica del contrato. Para ver el prelude de una renegociación temprana, valga decir, la treta en números, como lo amerita una ecuación, vale la pena traer a cuento la magistral exposición de Guasch al respecto, a saber:

La siguiente ecuación ofrece una representación simplificada del equilibrio financiero, donde los ingresos menos los costos deberían proporcionar un adecuado retorno sobre las inversiones:

$$R=PQ-OC-T-D=rKi$$

donde R son las ganancias, P son los precios o tarifas, Q es la cantidad o producto, OC son los costos de operación y mantenimiento, T son los impuestos, D es la depreciación, r el costo de oportunidad del capital, y Ki representa la inversión de capital. Si el criterio de adjudicación es el canon de transferencia, éste se computa bajo Ki, si es la tarifa más baja, se computa bajo P. En principio, cualquier oferta adecuada, ya sea que se encuentre basada en K o en P, descansa en un análisis que equilibra esta ecuación. Una oferta estratégica u oportunista es presumiblemente aquella en la que el lado izquierdo de la ecuación (las ganancias) es menor que el lado derecho (retorno sobre el capital). En este caso la presentación de ofertas estratégicas, oportunistas o agresivas hace referencia a ofertas que no proporcionan a las empresas un equilibrio financiero -es decir, que los costos de las ofertas presentadas exceden los ingresos-. En otros términos, equivale a presentar una oferta con un canon de transferencia o una tarifa donde:

$$R=PQ-OC-T-D < rKi^{27}$$

III. Conclusiones

La principal causa de que la infraestructura en Colombia tenga una historia desgraciada es la falta de información relevante por parte de las autoridades competentes.

La falta de información conduce a improvisar el diseño de los contratos relativos a infraestructura, su negociación y su renegociación, y la conformación del marco regulatorio.

El no reconocer el impacto de la infraestructura en el crecimiento y, en especial, en los derechos humanos, conduce a subvalorar las necesidades de Colombia en materia de infraestructura.

Esta subvaloración se concreta en una infraestructura atrasada y deficiente, incluso dentro de los parámetros de la región y de la subregión.

²⁷ Ver p. 56 y 57.

Postergar los proyectos de infraestructura compromete las necesidades básicas insatisfechas de la población, en especial de la más pobre y vulnerable.

El argumento de que los recursos públicos son escasos no impide adelantar proyectos en infraestructura, pues existen varias herramientas jurídicas, entre ellas el contrato de concesión, que hacen posible canalizar inversiones nacionales e internacionales a tales proyectos.

La mezquindad en el diseño de los proyectos de infraestructura y en su realización, genera siempre sobrecostos y tiene impacto en los derechos humanos de las poblaciones afectadas.

El Estado debe evaluar la herramienta más conveniente para desarrollar proyectos de infraestructura de acuerdo con las circunstancias. El contrato de concesión no es siempre la respuesta. En ocasiones es preferible el contrato de obra pública.

El Estado no debe financiar al concesionario y, en los contratos de obra pública, debe ser prudente, e incluso mezquino, en materia de anticipos, y, en su lugar pactar pagos contra entrega.

El Estado debe procurar acceder a la misma información relevante que maneja el concesionario, para poder evaluar de manera adecuada los riesgos del contrato y adoptar, en consecuencia, las medidas necesarias para precaverlos o mitigarlos.

El Estado no debe asumir una actitud pasiva en el diseño y en la ejecución de los contratos de concesión y, sobre la base de una información adecuada, debe tomar la iniciativa en proponer renegociaciones o demandas, cuando sea del caso.

IV. Referencias

Doctrinales

Calderón C. y Servén L., *The output cost of Latin America's infrastructure gap* en Easterly W. y Servén L. (Editores): *The limits of stabilization -infrastructure, public deficits and growth in Latin America*, Washington, Banco Mundial, 2003 Cárdenas M., Escobar A. y Gutiérrez C., *La contribución de la infraestructura a la actividad económica en Colombia 1950-1994*, Revista Coyuntura Económica, volumen 35 (1), 1995, pp. 477-482 Cárdenas M., Gaviria A. y Meléndez M., *La infraestructura de*

transporte en Colombia: <http://ideas.repec.org/p/col/000124/003034.html>, 2005 Guasch J. Luis, *Concesiones en infraestructura: cómo hacerlo bien*, Barcelona, Antoni Bosch, 2005 Loaiza N., Fajnzylber P. y Calderón C., *Economic growth in Latin America and the Caribbean, stylized facts, explanations and forecasts*, Washington, Banco Mundial, 2002 Pérez G., *La infraestructura del transporte vial y la movilización de carga en Colombia*: <http://www.banrep.gov.co/documentos/publicaciones/pdf/DTSER-64.pdf>, 2005 Sánchez F., en R. Steiner (editor), *El papel del capital público en la producción, inversión y el crecimiento en Colombia de Estabilización y crecimiento: nuevas lecturas de economía*, Bogotá, Tercer Mundo Editores – Fedesarrollo, 1994 Sarmiento, F., *Un análisis juicioso de este caso se encuentra en el estudio Tutela contra laudo arbitral. Análisis de un caso paradigmático*: http://acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion_%20sarmiento%20cifuentes, 2008 Urueta Rojas, J.M., *El contrato de concesión de obras públicas*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2006

Jurisprudenciales

Auto 189 de 2011 Sentencia T-724 de 2003 Sentencia SU-174 de 2007 Sentencias C-068 de 2009 Sentencia T-381 de 2009 Sentencias C-822 de 2011

Normativas

Acto Legislativo 05 de 2011 Constitución Política de Colombia Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo Documento oficial del Instituto Nacional de Concesiones:

<http://www.inco.gov.co/CMS/media/file/PROPOSICION%20No%207.pdf>

Gaceta del Congreso 577 de 2010 Ley 1430 de 2010 Proyecto de acto legislativo 13 de 2010 Senado y 123 de 2010 Cámara

Noticias de prensa

<http://www.elespectador.com/economia/articulo-321915-economia-esta-bien-posicionada-crecer-pesar-de-desafios-sp>

<http://www.semana.com/economia/infraestructura-pais-creceria-punto/170340-3.aspx>

<http://www.dinero.com/edicion-impresa/editorial/articulo/hasta-cuando/143075>

<http://www.portafolio.co/economia/costa-caribe-esta-sometida-razonamientos-luz>

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-4105745>

<http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/construccion-del-tunel-de-la-linea-avanza-a-buen-ritmo/20100301/nota/961025.aspx>

<http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/seis-billones-pesos-invertiran-en-2012mintransporte>

<http://www.elespectador.com/impreso/vivir/articulo-321728-esconde-el-tunel-de-orient>

http://www.radionacionaldecolombia.gov.co/index.php?option=com_topcontent&view=article&id=24093:bogota-tiene-un-atraso-de-mas-de-20-anosen-vias-experto&catid=1:noticias

<http://www.elespectador.com/impreso/temadeldia/articulo-319483-mucho-plan-y-pocopresupuestohttp://www.elespectador.com/impreso/temadeldia/articulo-319483-muchoplan-y-poco-presupuesto>

<http://www2.rcnradio.com/noticias/editor/crece-deterioro-de-calzada-de-transmilenio-en130218>

http://www.eltiempo.com/colombia/bogota/no-hay-fecha-exacta-para-finalizacion-de-trabajos-en-la-calle-26_10938695-4

<http://www.portafolio.co/economia/siete-planos-viales-tienen-preocupado-al-gobierno>

<http://www.elespectador.com/noticias/bogota/articulo-318585-otra-opcion-descontaminarel-rio-bogota>

<http://www.caracol.com.co/noticias/bogota/distrito-denuncia-nuevas-irregularidades-en-el-carrusel-de-la-salud/20120112/nota/1605475.aspx>

http://lahoradelaverdad.com.co/post/detail/post=6771&_id=28

<http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/ivan-moreno-no-recibio-dinero-pero-si-hizopactos-alejandro-ordonez/20120119/nota/1609313.aspx>

http://www.eltiempo.com/justicia/revocan-medida-de-casa-por-carcel-a-ex-contralormiguel-moralesrussi_10974942-4



¿GARANTÍA O LIMITACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN?

El acto ficto o presunto

Gabriel René Cera Cantillo

Presentación

No pretende este escrito abarcar el estudio juicioso e íntegro que requieren las instituciones jurídicas del “Acto Ficto o Presunto” y la del “Derecho Fundamental de Petición”. Simplemente busca, o tiene como pretensión, plantear una reflexión acerca de la conveniencia o no, de la eficacia o no, dentro de nuestro sistema jurídico de la institución conocida como “Acto Ficto o Presunto”, tomando como consideración si limita o garantiza, en debida forma, el derecho fundamental enunciado.

Dicha institución, conocida generalmente como “Silencio Administrativo”, hoy más que nunca, creemos requiere una revisión de fondo, la cual compagine con el texto supremo constitucional y, específicamente, con el contenido y el núcleo esencial del derecho fundamental de petición.

No se desconocen las bondades garantistas que a inicios del siglo XX tuvo el “acto ficto o presunto”, ya que surgió como la forma de suplir la negligencia o desidia de la Administración en resolver las peticiones que ante ella se formulaban por los administrados. Con lo cual se logró, en ese primer momento, fijar un límite al poder omnímodo que detentaba el Estado en esa época.

El peticionario con la aparición de esta institución dejó de estar en absoluta indefensión, ya que sucedía que si a la Administración no le interesaba resolver el asunto que el interesado le planteaba a través de la petición, porque podía considerar que le asistía el derecho, eludía el control judicial no dando una respuesta.

En ese orden, para la doctrina nacional destacada en la materia, la figura del silencio administrativo es reconocida como una garantía a favor del administrado.¹ Así, por ejemplo, lo señala el profesor Betancur Jaramillo en su obra: *“El silencio constituye, tal como lo acepta unánimemente la doctrina, una garantía para el administrado y no para la Administración”*.²

En ese mismo sentido, el Consejo de Estado ha sostenido en relación con la figura del silencio administrativo negativo, lo siguiente: *“Tiene esta figura dos propósitos fundamentales, el primero sancionar a la administración ineficiente, omisiva y retardada y el segundo, concederle la garantía al administrado de poder acudir a la jurisdicción en demanda contra actos particulares”*.³

Sin embargo, hoy cuando el derecho fundamental de petición se vulnera o se atenta contra él, no sólo en caso de no respuesta por la Administración, sino además, en la respuesta que no resuelve de fondo la cuestión planteada, vale la pena preguntarse: ¿será conveniente conservar una figura que mantiene los mismos efectos y características, tal y como fue concebida a comienzos del siglo XX en Francia —mediante la Ley del 17 de julio de 1900—, dentro del ordenamiento jurídico actual?

Por lo pronto, estamos convencidos de que esa institución merece una revisión inmediata por parte de todos los actores del derecho (jueces, litigantes, legisladores y doctrinantes). Y de allí, podrá arribarse a las conclusiones que permitan sugerir si la figura del “Acto Ficto o Presunto” debe desaparecer de nuestro sistema jurídico o si se replantea su naturaleza, alcance y objeto dentro del mismo. O, como un importante sector de la doctrina española aboga, “la superación del silencio administrativo” y su sustitución por otro tipo de regímenes jurídicos, tanto a nivel sustantivo como procesal.⁴

¹ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. Séptima edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2010. Pág. 107.

² BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Séptima edición. Señal Editora. Medellín. 2009. Pág. 229.

³ Consejo de Estado. Sección Cuarta. C. P. Juan Ángel Palacio Hincapié. Sentencia del 17 de junio de 2004. Expediente: 13272.

⁴ ALONSO MAS, María José y NARBÓN LAINEZ, Edilberto. El Silencio Administrativo y su problemática procesal. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009. Pág. 11.

En ese orden, el propósito de este escrito no es otro que dejar sentadas unas ideas que permitan determinar si el “silencio administrativo”, como institución centenaria, constituye una garantía o limitación al derecho fundamental de petición, conforme con los principios y postulados constitucionales vigentes.

Para ello, por una parte, se expondrán los matices —historia, naturaleza, objeto, fin, entre otros aspectos— que rodean la figura del “Acto Ficto o Presunto”. Y, por otra, aspectos relacionados con el “Derecho Fundamental de Petición”, tales como: qué supone su núcleo esencial, cuál es su alcance y qué consecuencias tiene hoy en un Estado que se autodenomina “Social de Derecho”.

Introducción

Para los efectos de este trabajo, resulta imperioso traer a colación la reflexión que en su momento hizo el profesor Miguel Marienhoff sobre la diferencia de vivir en un Estado de Policía y en un Estado de Derecho.

Anota este tratadista argentino, que la diferencia primordial entre un Estado de Policía —aquél donde las prerrogativas de poder son exorbitantes— y un Estado de Derecho —aquél donde dichas prerrogativas son de menor intensidad—, es que en el primero no existe derecho administrativo: “*la Administración en el Estado de Policía se halla legalmente incondicionada*”; mientras que, en el segundo, sí existe derecho administrativo, por lo que la Administración en este tipo de Estado se encuentra “*condicionada legalmente*”.

Agrega, que la Administración en el Estado de Policía se caracteriza por un poder discrecional ilimitado y porque el individuo carece de acción para discutir u oponerse a las resoluciones de la autoridad. En cambio, en el Estado de Derecho el administrado posee mecanismos y garantías jurídicas para conseguir el respeto de sus derechos, lo cual presupone que en este tipo de Estado al administrado se le reconocen derechos oponibles al propio Estado.

Dentro de ese marco de garantías jurídicas para el administrado, surgidas con la aparición del Estado de Derecho hallamos, entre otras, la responsabilidad extracontractual del Estado; la teoría de la imprevisión; los recursos administrativos; la figura de la suspensión

de la aplicación del acto administrativo; y la institución en estudio: silencio administrativo, como el mecanismo tendiente a garantizar que los derechos de los administrados no quedasen sin protección jurisdiccional.⁵ En ese orden, la institución del “Acto Ficto” surgió como una garantía más a favor del administrado.

No obstante, con el surgimiento de una nueva concepción política y jurídica del Estado, denominada “Estado social”, se dejó atrás al Estado liberal, cuya consigna, como se recordará, respondía a la frase célebre: “dejar hacer, dejar pasar”; un Estado inerte que no intervenía en las relaciones económicas entre sus asociados; un Estado que se caracterizaba por su posición pasiva ante las actuaciones de los particulares; era el famoso Estado “paquidérmico”, del cual nos hablaban los franceses; pero, aún más, un Estado cuya única referencia jurídica era la ley, el sometimiento irrestricto de autoridades y particulares al texto legal era su pilar; y, donde se le da prevalencia al interés individual sobre el interés general.

Hoy, con la adopción de la fórmula “Estado social” se pasó a un Estado interesado en regular, intervenir y controlar la actividad económica de los particulares; a un Estado que no sólo se supedita al mandato contenido en la ley, sino que adopta como referencia normativa los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución Política, con el fin de generar justicia social e igualdad material para todas las personas que en él residen; en el cual, al contrario del Estado liberal, prevalece el interés general sobre el particular o individual.

Colombia, en su Constitución Política de 1991, siguiendo las estructuras constitucionales plasmadas en las Constituciones de Alemania —1949— y España —1978—, adopta tal fórmula en su artículo 1° en los siguientes términos: “*Colombia es un estado social de derecho*”; y en esa misma disposición prevé que Colombia estará fundada: “*en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*”. Pero aún más, establece en su artículo 2° como fin esencial del Estado “*garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*”.

⁵ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Cuarta Edición. Buenos Aires. 2003.

La Corte Constitucional colombiana, en uno de sus fallos célebres, sentencia C-406 de 1992⁶, expresó sobre el punto, “*que un Estado social es aquél que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad*”.

La Corte, en esa misma sentencia, señaló —algo que me parece sumamente importante para las conclusiones de este trabajo—: “*Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debido al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular, y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos*”.⁷

Así, pues, con la vigencia de una nueva organización político-jurídica del Estado, éste dejó de tener su centro de gravedad —tomando palabras de la Corte Constitucional— en la norma legal, en lo establecido en los códigos, y pasó a gravitar sobre valores y principios de carácter supra-legales, como los de igualdad material, justicia social y prevalencia del interés general, los cuales han de ser observados en cualquiera de las competencias que ejerza el Estado.

Algunos Estados actuales con un matiz distinto han adoptado tal fórmula, y otros, han agregado a ésta, expresiones políticas, casos como el de España, donde se concibe a dicho Estado como *social y democrático de Derecho*, y en Alemania, donde se define como *federal, democrático y social*. Pero al fin de cuentas, un Estado llamado a interesarse y hacerse partícipe de los acontecimientos económicos y sociales que en ellos transcurren, a fin de asegurar el cumplimiento de los principios y derechos que proclama.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C – 406 de 5 de junio de 1992. M. P. Dr. Ciro Angarita Barón.

⁷ Sentencia C – 406 de 1992, ya referenciada.

CAPÍTULO I

Acto Ficto o Presunto

1. Nociones Generales

Antes de empezar el repaso general que haremos sobre la institución del “Acto Ficto o Presunto”, resulta pertinente precisar que no todo silencio por parte de la Administración ante la petición presentada por alguna persona supone el surgimiento de una decisión ficta, pues hay casos en que el legislador ante ese silencio o comportamiento pasivo de la Administración no otorga ningún efecto jurídico o le dispone otras consecuencias jurídicas, que no constituyen ninguna decisión administrativa ficta.

En ese orden, se debe tener claro que no todo silencio de la Administración conduce a sostener que ha surgido una decisión ficta por parte de ésta, ya que, como lo mostraré a continuación, existen casos en que el legislador no dispone dicha consecuencia, sino que, por el contrario, expresamente establece que no surge dicha decisión presunta o que el silencio de la Administración en ese caso produce una consecuencia distinta de la del acto ficto.

Ejemplo de lo anterior dentro de nuestro ordenamiento, lo encontramos en el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), que expresamente señala: “Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo”.

Así mismo, el artículo 8 de la Ley 393 de 1997—“Ley de Acción de Cumplimiento”—, dispone que: “Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud”.

Como se observa, en el primer caso, expresamente, el legislador dispuso que la petición de revocatoria de un acto no dé lugar a silencio administrativo alguno, ante el silencio de la Administración. Y, en el

segundo, prevé una consecuencia jurídica determinada y es que ante la no contestación de la reclamación presentada por una persona, se le habilita a ésta para que inicie la acción de cumplimiento. De tal manera, que en esos dos ejemplos traídos el legislador no le otorgó al silencio de la Administración la presunción de una decisión desestimatoria o estimatoria, sino que simplemente le produjo otro efecto jurídico o ninguno, expresamente.

En ordenamientos jurídicos extranjeros, como el italiano, se prevé en distintos ejemplos lo expresado, como lo son los casos del artículo 62 del R. D. de 29 de diciembre de 1923, que establecía que los acuerdos sometidos al control del prefecto pasaban a ser ejecutivos cuando en los términos fijados no se hubiese procedido a su anulación. Igualmente, en el artículo 40 del R. D. señalado, que prescribía que la cesantía de los empleados municipales por fin del período de prueba debía acordarse por lo menos tres meses antes de vencer el período anteriormente dicho, transcurrido cuyo término los empleados no destituidos adquirirían automáticamente la propiedad.

En esos casos, anota Renato Alessi, *“la ley, aún sin atribuir al silencio de la Administración el significado de asentimiento, liga al silencio unos efectos jurídicos determinados: la ejecutoriedad del acuerdo y la adquisición de la propiedad del empleo”*.⁸

2. Surgimiento

Conocida, generalmente, esta figura como “Silencio Administrativo”, surgió a comienzos del siglo XX en Francia, mediante la Ley del 17 de julio de 1900⁹. En esa ley, artículo 3º, se dispuso que:

“En los asuntos contenciosos que no pueden plantearse ante el Consejo de Estado, sino en forma de recurso contra una resolución administrativa, cuando transcurra un plazo superior a cuatro meses sin que haya recaído resolución, la parte interesada podrá considerar como desestimada su petición y recurrir ante el Consejo de Estado”.

⁸ ALESSI, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I. Casa Editorial BOSCH. Traducción de la Tercera Edición Italiana. Barcelona. 1970.

⁹ No obstante, se considera que la primera aparición de esta institución fue en el Decreto Imperial del 2 de noviembre de 1886, en Francia, cuya finalidad era subsanar el vacío de respuesta de los ministros respecto de sus autoridades subordinadas.

He ahí el germen de la institución jurídica tratada. Mediante esa ley, cobró vida dentro del ordenamiento jurídico francés dicha institución, la cual buscaba que ante la inercia de la Administración en dar respuesta a una petición, que daba lugar a un proceso contencioso ante el Consejo de Estado francés, surgiera, de manera ficta, una decisión negativa, luego de transcurrido un plazo superior a 4 meses desde su presentación.

En ese orden, se perseguía con dicha institución jurídica, por un lado, garantizar el acceso del peticionario ante el Consejo de Estado Francés (hoy diríamos a la Administración de Justicia, artículo 229 de la Constitución Política) y, por otro, sancionar la negligencia o desidia administrativa.

Así, podemos decir, que el silencio administrativo como institución jurídica, surgió en Francia a comienzos del siglo XX, como el mecanismo tendiente a permitirle a cualquier ciudadano, ante la indiferencia de la Administración en responderle su solicitud, de acceder directamente ante el órgano judicial (Consejo de Estado) para que éste se pronunciara sobre la legalidad de la decisión ficta desestimatoria.

En palabras de Marienhoff, la razón de ser de esta “*teoría o doctrina del silencio*” radica en la “*necesidad de que los derechos de los administrados no quedasen fuera de la protección jurisdiccional de la justicia y no se les crease una situación de indefensión, lo que fatalmente ocurriría si la Administración Pública en lugar de resolver las peticiones de los particulares guardase silencio, pues entonces, no habiendo acto administrativo, los administrados no podrían impugnar lo que no existe y sus pretensiones quedarían de hecho desconocidas y sus derechos frustrados*”.¹⁰

Colombia

La institución del Acto Ficto o Presunto en Colombia data del año 1941, Ley 167, artículo 80. Allí se señaló que:

“Se entenderá agotada la vía gubernativa cuando, interpuestos algunos de los recursos señalados en los artículos anteriores, se entienden negados, por haber transcurrido un plazo de cuatro meses sin que recaiga decisión sobre ellos”.

¹⁰ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Cuarta Edición. Buenos Aires. 2003.

Posteriormente, el Decreto 01 de 1984 —Código Contencioso Administrativo actual— reguló en sus artículos 40 a 42 lo concerniente al Silencio Administrativo. En dichos artículos se estableció que, por norma general, el silencio de la Administración ante una petición es considerado como negativo y que surgía cuando la autoridad ante quien se presentase no la resolvía en el término de 3 meses.

Igualmente, se señaló que, excepcionalmente, dicho silencio sería estimatorio, esto es, a favor del administrado, cuando la ley expresamente así lo consagrara; y, además, cuál es la actuación que debe llevarse a cabo por el beneficiado con el silencio positivo, para hacerlo valer ante las autoridades administrativas.

No obstante, vale decir que dentro de ese mismo código existen otra cantidad de artículos relacionados con el silencio administrativo¹¹, pero los señalados son los que interesan para los fines de este trabajo.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo —Ley 1437 de 2011—, que entrará en vigencia el próximo 2 de julio, en relación con el tema del silencio administrativo mantiene, en resumen, las mismas reglas del actual código.¹² Por tanto, las ideas que en estas líneas se plasman mantienen plena vigencia.

3. Concepto

La definición de este instituto ha sido objeto de la gran mayoría de doctrinantes administrativistas, internacionales y nacionales, de lo cual tampoco ha escapado la jurisprudencia de nuestras Altas Cortes, me refiero a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado.

Lo anterior, quizás debido a la falta de una definición legal, la cual, en mi parecer, resulta oportuna y conveniente, aspecto que olvidó el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo —Ley 1437 de 2011—, pero que sería importante tener en cuenta en futuras reformas a este Código.

¹¹ Artículo 60, que regula el silencio administrativo en la vía gubernativa; artículo 135, relacionado con la posibilidad de ocurrir ante la jurisdicción contenciosa administrativa en demanda contra actos particulares, incluidos los productos del silencio administrativo.

¹² Ver artículo 83, 84, 85 y 86 de la Ley 1437 de 2011.

Las definiciones, si bien en el Derecho siempre resultan complejas, por exceso o por defecto, son necesarias para la seguridad jurídica; es algo que se reclama hoy insistentemente en distintos sectores.

Algunos doctrinantes internacionales definen este instituto, como *“Una de las formas en que la voluntad de la Administración Pública puede aparecer tácitamente expresada, situación que se produce cuando ésta no emite una resolución que corresponde emitir o no se pronuncia en sentido alguno acerca de una petición que se le haya formulado”*.¹³

El profesor Brewer-Carías señala en su libro, haciendo referencia a esta institución: *“Este régimen legislativo llevó a la jurisprudencia a identificar el silencio administrativo como un principio general del procedimiento con el objeto de garantizar la situación de los administrados frente a la inacción administrativa, otorgándole efectos jurídicos generalmente negativos”*.¹⁴

El tratadista italiano Renato Alessi, en relación con el silencio administrativo, opina que *“puede verse en el silencio de la Administración un acuerdo administrativo (acto tácito o, mejor dicho, presunto) en el cual, como ya se ha dicho, la presunción por parte del legislador sustituye la manifestación de la determinación volitiva”*.¹⁵

El doctor Berrocal, en su obra, define la decisión ficta así: *“Es la que resulta del silencio administrativo general, del que la jurisprudencia tiene dicho que constituye una ficción legal que solo tiene por objeto abrir la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional, y que basta que en el pronunciamiento judicial se reconozca probada su existencia, sin que haya necesidad de declarar o solicitar su nulidad”*.¹⁶

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en este sentido ha manifestado: *“Por ello, como factor de equilibrio entre la prerrogativa de la Administración (vía gubernativa) y el derecho de acceso a la administración de justicia del administrado, la ley ha previsto la*

¹³ MARIENHOFF, Miguel S. Ob. citada. Págs. 287 a 288.

¹⁴ BREWER-CARÍAS, Allan. Principios de Procedimiento Administrativo en América Latina. Legis. Primera edición. Bogotá. 2003. Pág. 172.

¹⁵ ALESSI, Renato. Ob. citada. Pág. 259.

¹⁶ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Tercera Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá. 2004. Pág. 238.

*figura del llamado silencio administrativo negativo, por virtud de la cual, transcurrido cierto tiempo sin que la Administración responda, se entiende que la solicitud se ha denegado y a partir de ese momento el administrado queda habilitado para acudir ante los tribunales”.*¹⁷

Cualquiera de estas definiciones resulta, en mayor y menor medida, completa acerca de lo que debe entenderse por “Acto Ficto o Presunto”.

No obstante, desde mi punto de vista, lo entiendo como: aquel acto administrativo tácito que surge por voluntad del legislador y que es resultado o producto del silencio que guarda la Administración ante una petición (incluye recursos administrativos) presentada por algún administrado.

4. Finalidad de la institución

La finalidad del Acto Ficto o Presunto es, por un lado, castigar la negligencia o displicencia de la Administración en resolver las peticiones que ante ella presentan los administrados, de manera respetuosa; y, por otro, brindarles la posibilidad a las personas afectadas con tal displicencia por parte de la Administración de acceder al órgano judicial competente, a fin de que éste resuelva, de manera definitiva, el asunto que le fue sometido inicialmente a la Administración.

En ese orden, la Corte Constitucional ha expresado: *“La ocurrencia del silencio administrativo, tal como lo ha señalado esta Corporación, no hace improcedente la acción de tutela, pues la única finalidad del silencio administrativo es facilitarle al administrado la posibilidad de acudir ante la jurisdicción para que ésta resuelva sobre sus pretensiones, y decida de manera definitiva sobre lo que debía pronunciarse la administración”.*¹⁸

No obstante, hay quienes sostienen que: *“Su finalidad no era garantizar derechos de los particulares, sino evitar que en determinados ámbitos la inercia administrativa generase perjuicios a la administración y a sus intereses”.*¹⁹

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-479 de 2009. M. P. doctora María Victoria Calle.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-365 de 1998. M. P. doctor Fabio Morón Díaz.

¹⁹ Informe Defensorial número 145 de la Defensoría del Pueblo del Perú. Septiembre del 2009. Página 24.

5. Clasificación

El silencio administrativo, como ya lo hemos advertido, puede ser, según sus efectos, negativo o positivo. Pero, además, también puede ser: sustantivo o procesal.

Por regla general, aspecto que se mantuvo en la reciente Ley 1437 de 2011, el silencio administrativo es negativo. Se presenta, generalmente, cuando han transcurridos más de 3 meses de haberse presentado una petición ante la Administración y ésta no ha dado respuesta.

Esta clase de silencio tiene una particularidad, la cual lo hace distinto del silencio positivo, y es que si bien opera por ministerio de la ley no lo hace de forma automática, pues el peticionario puede optar por distintas alternativas ante la displicencia de la autoridad. Esto es, puede (i) esperar a que le resuelvan en cualquier momento, aun vencido el término para hacerlo; (ii) dar por operado el silencio e interponer los recursos que sean procedentes contra esa decisión si a bien lo tiene; y, (iii) dar por operado el silencio y acudir en demanda contenciosa administrativa ante el juez para que se pronuncie sobre la legalidad de la decisión ficta desestimatoria.

El silencio administrativo con efectos estimatorios, es decir, positivo, opera excepcionalmente, pues sólo tiene cabida cuando el legislador expresamente así lo ha dispuesto. Este silencio administrativo, contrario al negativo, si bien opera por ministerio de la ley, lo hace de forma automática, ya que el peticionario no tiene ninguna alternativa, al igual que la Administración, de reconfigurar la respuesta que ha surgido de forma ficta.

Así, entonces, al administrado sólo le bastará llevar a cabo el procedimiento establecido en el mismo código, para hacerlo valer ante las distintas autoridades que sea necesario.

Aparte de esa denominación, la doctrina también menciona silencio administrativo como sustantivo.

El silencio sustantivo no es más que aquel silencio que se deriva de la no respuesta de una petición, mientras que el silencio procesal es aquél que es producto de la no contestación o resolución de un recurso administrativo. Así lo expresa el profesor Berrocal: *“El silencio administrativo que ocurre en esta etapa de la actuación administrativa, se conoce*

*en la doctrina y en la jurisprudencia como silencio administrativo sustantivo, por cuanto se refiere a la decisión del asunto objeto de la actuación administrativa, mientras que el que se presenta en la vía gubernativa se denomina silencio administrativo procesal, ya que se da respecto de los recursos interpuestos, ...”.*²⁰

CAPÍTULO II

Derecho Fundamental de Petición

1. Nociones generales

Este derecho fundamental previsto desde la Constitución Política de 1886 en su artículo 45, ha tenido un gran desarrollo a partir de la Constitución de 1991. En ambos textos se mantuvo, de forma general, la misma redacción, excepto lo relacionado con la posibilidad de presentar peticiones ante organizaciones privadas.

El artículo 23 de la Constitución Política establece: *“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivo de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”*.

Para Manuel José Cepeda la ampliación del ámbito del derecho de petición a los centros de poder privado, constituyó un gran progreso en su concepción, pues creó nuevos canales para la participación ciudadana, por lo que, con esa nueva disposición, se democratizaron las relaciones al interior de las organizaciones particulares y entre éstas y quienes dependen transitoria o permanentemente de las decisiones que éstas adopten.

En resumen, anotó Cepeda: *“La aplicación de los principios democráticos, en la nueva Constitución trasciende la esfera estatal para alcanzar todos los espacios vitales de los individuos en la sociedad”*. Agregó, *“las constituciones europeas y latinoamericanas, como los pactos internacionales sobre derechos humanos, consagran la concepción tradicional del derecho de petición, es decir, limitado a las relaciones del individuo con las autoridades estatales”*. Por lo que fue

²⁰ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Ob. Citada. Pág. 239.

un avance significativo la procedencia de este derecho fundamental contra las organizaciones privadas.²¹

2. Finalidad y alcance

Inicialmente este derecho fue constituido como una vía directa de acceso a las autoridades. Luego, sirvió a los ciudadanos como el instrumento para ejercer sus derechos políticos y participar en la vida democrática del país.

Hoy, la posición de la Corte no ha variado respecto de lo que constituyó su razón de ser y en sus sentencias ha procurado ir otorgándole a este derecho fundamental más fines.

En ese orden, la Corte ha sostenido que el derecho fundamental de petición *“es aquel que permite un contacto directo entre el gobernado y el gobernante, que se manifiesta, además, como una forma de participación en los asuntos públicos y que sirve de instrumento para lograr la protección de los demás derechos de los individuos”*.²²

Así mismo, la Corte fijó los siguientes parámetros respecto de este derecho fundamental:

“a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. Oportunidad. 2. Debe resolverse de fondo, en forma clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado. 3. La propuesta debe ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

²¹ CEPEDA, Manuel José. Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991. Editorial Temis. Bogotá. 1992. Pág. 249.

²² Corte Constitucional. Sentencia T-391 de 1994. M. P. doctor Jorge Arango Mejía.

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.

f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera en igual forma como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente.

g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.

i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta”.²³

²³ Corte Constitucional. Sentencia T-377 de 2000. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Para efectos de este escrito, vale la pena destacar lo dispuesto en los literales c) y h) de la anterior sentencia transcrita, en la cual se reconocen, por una parte, los requisitos que debe cumplir la respuesta que da la Administración, uno de los cuales, es que la respuesta debe resolver de fondo, de manera clara, precisa y congruente lo solicitado; y, por otra, se establece que la figura del silencio administrativo no libera a la Administración de resolver oportunamente la petición.

Son estos nuevos postulados constitucionales fijados por la Corte Constitucional, los que han motivado el presente trabajo, el cual pretende plantear unas reflexiones acerca de la conveniencia o no, de la eficacia o no de esta figura dentro del ordenamiento. Pues, como lo sostuvo en otra oportunidad la Corte, Sentencia T-769 de 2002, “... *la respuesta oportuna, eficaz y de fondo que demanda el derecho de petición no se resuelve con la figura del silencio administrativo, pues esta última tiene un fin de carácter procesal, es decir, surge la posibilidad de acudir al control judicial de la administración, pero no cumple con su fin sustancial, cual es obtener una decisión de la administración sobre la solicitud de aclaración, modificación o revocación del acto administrativo recurrido*”.

Así lo expresó, igualmente, cuando señaló que “*no puede entenderse que con que opere dicha institución se entienda relevada la Administración de resolver la solicitud que le ha sido presentada, pues el silencio administrativo no puede ser entendido como una respuesta que resuelva ni sustancial ni materialmente la solicitud*”.²⁴

En reciente sentencia, la Corte recogió ese ámbito de protección que supone tal derecho y dijo:

“(...), la Corte Constitucional ha sostenido que el ámbito de protección del derecho fundamental de petición comprende los siguientes elementos:

- (1) El derecho a presentar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas puedan negarse a recibirlas o tramitarlas.
- (2) El derecho a obtener una respuesta oportuna, es decir, dentro de los términos establecidos en las normas correspondientes.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-724 de 1998. M. P. doctor Alfredo Beltrán Sierra.

(3) El derecho a recibir una respuesta de fondo, lo que implica que la autoridad a la cual se dirige la solicitud, de acuerdo con su competencia, está obligada a pronunciarse de manera completa y detallada sobre todos los asuntos indicados en la petición, excluyendo referencias evasivas o que no guardan relación con el tema planteado. Esto, independientemente de que el sentido de la respuesta sea favorable o no a lo solicitado.

(4) El derecho a obtener la pronta comunicación de la respuesta”.²⁵

También ha precisado que el Derecho de Petición también es amparable mediante la acción de tutela, cuando los recursos que se han interpuesto en la vía gubernativa no son resueltos por la Administración. Ha dicho la Corte:

“En esta oportunidad la Corte reitera la doctrina constitucional de acuerdo con la cual el derecho de petición también es tutelable en la vía gubernativa, cuandoquiera que los recursos que allí se interpongan no sean resueltos.

Según tal consolidada doctrina, desconocida por los falladores de instancia, la falta de respuesta oportuna de los recursos previstos por el propio Código Contencioso Administrativo, en orden a debatir frente a la propia Administración sus decisiones, constituyen una de las múltiples facetas que muestra en el panorama legislativo el derecho fundamental “ a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución” de conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 Superior.

Y ello es así puesto que el silencio administrativo opera simplemente como resultado de la abstención de resolver una petición formulada, lo que quiere decir que su ocurrencia es muestra palmaria e incontrovertible de la conculcación del derecho”.²⁶

3. Implicaciones del derecho de petición en un estado social de derecho

De acuerdo con el alcance y la finalidad del derecho fundamental de petición fijado por la Corte Constitucional, ha sido la misma Corte la que ha manifestado que: “*la efectividad del derecho fundamental de petición implica el derecho de toda persona a presentar solicitudes ante las autoridades correspondientes y a recibir una respuesta*

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-667 de 2011. M. P. doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-365 de 1998. M. P. doctor Fabio Morón.

*oportuna, es decir, dentro del término legal establecido; así como el derecho a que dicha respuesta sea de fondo, lo que significa que la misma debe ser suficiente, efectiva y congruente respecto de las pretensiones formuladas”.*²⁷

Bajo esas consideraciones, el derecho de petición se ha convertido en el instrumento idóneo y principal para que los administrados ejerzan el principio de democracia participativa establecido en la Constitución. Con el cual, pueden fiscalizar a las autoridades, conocer sus actos, impugnar sus decisiones, manifestar su apoyo o rechazo a la gestión pública y, además, se garantizan los derechos fundamentales de las personas.

Esas implicaciones, al parecer, pueden verse menguadas cuando existen figuras o doctrinas como la del silencio administrativo, que impiden conocer las razones por las cuales la Administración se sustrae al deber de responder.

Así, pues, pasaremos a exponer en un último capítulo las conclusiones surgidas acerca del tema propuesto en el título de este trabajo.

CAPÍTULO III

Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto en los dos capítulos anteriores, y en aras de responder la pregunta formulada en el título de este trabajo, las conclusiones que resultan son las siguientes.

En consideración a que el artículo segundo de la Constitución Política establece que es fin esencial del Estado, entre otros, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella; y que la institución del “acto ficto o presunto” no constituye un medio eficaz de protección del derecho fundamental de petición, como lo ha señalado de forma reiterada la Corte Constitucional, creemos que el legislador debe optar por algunas de estas alternativas respecto de la institución del acto ficto o presunto:

a) Mantener la institución del Acto Ficto o Presunto, pero con reformas de fondo

Primero. Se considera que uno de los puntos que debe ser analizado es el relacionado con la naturaleza de la decisión ficta que surge por

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-667 de 2011. M. P. doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

voluntad del legislador ante el silencio de la Administración, pues creemos que éste debe ser, por norma general, estimatorio y no seguir siendo, desestimatorio.

Se trata de una modificación de avanzada que redundará en el sostenimiento de la institución en el ordenamiento jurídico, toda vez que garantizará, en debida forma, el derecho fundamental de petición que asiste a toda persona en un Estado de derecho.

Con ese cambio estructural, esto es, que los efectos del silencio de la Administración no sean ya negativos, por regla general, sino que dichos efectos sean positivos; permitirá que recobre vida y plena vigencia esta institución, hoy en creciente desuso por parte de los asociados.

Ese creciente desuso a que hemos hecho referencia, debido a que estar consagrado, por principio general, el silencio de la Administración con efectos desestimatorios, ningún interesado permite que éste se configure, por la sencilla razón de que a nadie le interesa acudir ante la jurisdicción sin conocer las razones de la negativa, por lo que se prefiere, vencido el plazo para decidir por la Administración (que es distinto del de la ocurrencia del silencio, de lo cual hablaré enseguida), instaurar acción de tutela para que se ampare por el juez el derecho fundamental de petición y se ordene dar respuesta, en la mayoría de los casos, en el término perentorio de 48 horas a la entidad obligada.

Dicha realidad, sin duda está cada vez contribuyendo más a la desaparición de la institución del acto ficto o presunto. Hoy pocas demandas se dirigen contra actos fictos. La decisión presunta dejó de ser una garantía para el interesado que acude ante la Administración en busca de una solución a su situación jurídica.

En consecuencia, creemos que este cambio resulta fundamental para mantener este instituto del acto ficto o presunto en el ordenamiento jurídico y, de esa forma, sea coherente con la filosofía del Estado social de derecho, donde priman, sin duda alguna, los derechos fundamentales.

No obstante, debemos advertir, que habrá determinados casos en que el silencio suponga una decisión ficta desestimatoria, por los intereses en juego dentro de esa actuación administrativa.

En ese orden, el silencio debe configurarse como positivo, por regla general, como lo señala la doctrina española, cuando concurren los siguientes tres requisitos: (i) que dentro de la actuación que se lleva a cabo no existan terceros interesados, que solo en esa actuación se trate de intereses de la Administración y el interesado; (ii) “que el acto no exija valoración de distintos intereses concurrentes, sino que se trate de una simple constatación reglada”; y, (iii) “que se trate de un procedimiento iniciado a instancia de parte”.²⁸

A esos requisitos, le añadiríamos que la decisión ficta estimatoria no vaya en contra de la ley y/o en perjuicio del interés general. Lo anterior, porque no me parece razonable y equitativo que ante una petición particular se solicite algo ilegal, como podría ser una licencia o un permiso para construir determinado bien en una zona prohibida o respecto de la cual no es legal y por el hecho del silencio de la Administración, surja a favor del interesado una decisión estimatoria a todas luces contraria a derecho. Asimismo, ante peticiones que afecten el interés general en beneficio de un interés particular, pues se estarían desconociendo principios en que se cimienta nuestra organización jurídica, como lo son: “el interés general prevalece sobre el interés particular” y el “de solidaridad”, contenidos en el artículo 1° de la Constitución Política.

En esa vía, es decir, de la generalidad del silencio administrativo positivo, la Corte, en reciente sentencia, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 —nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo— que establece sobre la caducidad de la facultad sancionatoria, lo siguiente: “Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente”; dijo:

“A juicio de la Corte, las consecuencias por las omisiones de la Administración deben ser soportadas por ésta y no por el ciudadano. Esta medida tiene un fin importante y legítimo, en cuanto propicia la garantía de los principios de celeridad y efectividad propios de la función administrativa y los derechos fundamentales de los asociados.

²⁸ ALONSO MAS, María José y NARBÓN LAINEZ, Edilberto. Ob. citada. Pág. 95.

*De esta forma el silencio administrativo positivo resulta un medio idóneo para conseguir la finalidad que persigue el legislador”.*²⁹

Segundo. Otro punto que creemos debe ser reformado es el relacionado con el plazo establecido por el legislador para que surja el acto presunto.

Consideramos que el legislador en futuras reformas debería optar por igualar el plazo que tiene la Administración para decidir y el que debe transcurrir para que ocurra el silencio administrativo. Es decir, el mismo tiempo que tiene la Administración para dar respuesta, debería ser el mismo tiempo en que debería surgir la decisión presunta. Así, los quince días que hoy se tienen por la Administración para dar respuesta a las peticiones que presentan los interesados, debería ser el mismo período para que nazca el acto ficto y no un plazo más extenso y distinto, pues eso contribuye a la desaparición de la institución.

De tal manera que la persona pueda optar, ante el vencimiento de dicho plazo, entre acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa a demandar la decisión presunta que le ha sido desfavorable, mediante la acción administrativa que corresponda, como medio eficaz y ordinario; o, si prueba un perjuicio irremediable, instaurar acción de tutela para que se le ordene a la entidad infringidora responder explícitamente.

Esta propuesta, que operaría en caso de mantenerse como regla general el efecto desestimatorio ante el silencio de la Administración, redundaría en que la figura del acto presunto mantuviese vigencia dentro del ordenamiento, pues la decisión ficta surgiría inmediatamente a la Administración se le venciera el plazo para responder. No debiendo esperar entonces la persona, de acuerdo con la legislación vigente, el término de 3 meses para que ocurra el acto presunto, sino que dándose por surgida la decisión ficta al mismo tiempo del vencimiento del plazo para responder, la persona interesada pueda darlo por configurado y acudir ante la jurisdicción para que decida sobre su solicitud. Salvo si la persona considera y prueba que la no respuesta y el surgimiento de la decisión presunta, le causa un perjuicio

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-875 de 2011. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

irremediable y, entonces, estaría habilitado para la interposición de la acción de tutela.

Me parece que es una propuesta que bien pudiera ser útil para aplicarse en el estado actual en que se encuentra la institución y así recobre su vigencia, inmediatamente.

b) Desaparecer la teoría del “Acto Ficto o Presunto” del ordenamiento jurídico

No les faltan razones a quienes de alguna manera sugieren que la teoría del acto ficto o presunto debe desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico. Pues, hace algún tiempo, dicha institución perdió o, mejor dicho, se vio relevada por el surgimiento de nuevas instituciones jurídicas que protegen, en mayor y mejor medida, los derechos de los administrados, quienes veían cómo sus derechos eran burlados por la Administración con su silencio.

Ejemplo de ello, ha sido, como es obvio, la acción de tutela, que como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, obliga a que el juez ordene a la Administración resolver las peticiones ante ella elevadas, a fin de garantizar el derecho fundamental de petición, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política.

Así, pues, hoy el acto presunto ha dejado de ser aquella garantía de gran relevancia, de la notable importancia que tuvo a inicios del siglo XX, cuando fue consagrada por primera vez en el derecho francés, como el mecanismo que permitía acudir ante la jurisdicción, por el silencio de la Administración ante una petición planteada.

En resumen, el silencio administrativo debe desaparecer, porque no compagina con los nuevos principios y derechos consagrados en la Constitución Política. En un Estado social de derecho, que pregona la primacía de los derechos fundamentales, es inadmisibles que la Administración cuente con instrumentos como el acto presunto para burlar los derechos de las personas. Pues, para nadie es un secreto, que el ataque jurisdiccional a un acto ficto representa la mayor de las complejidades procesales, ya que no se conocen las verdaderas razones que la Administración tuvo para negar el asunto planteado, poniendo al interesado a imaginar cuáles pudieron ser esos motivos. Carga que

resulta desproporcionada e irrazonable dentro de esta nueva organización político-jurídica del Estado.

c) Sustituir la teoría del silencio administrativo por un nuevo mecanismo acorde con los principios y derechos constitucionales

La doctrina extranjera reciente ha venido sugiriendo, con buena razón también, la superación de la institución del silencio administrativo. Consideran que lo mejor es que se cree una nueva figura o un régimen nuevo especial en la materia, que garantice en debida forma el derecho fundamental de petición que tienen todas las personas.

En ese orden, se atreven a sugerir la sustitución del silencio por un simple recurso por inactividad o, por ejemplo, la generalización de la técnica de la comunicación previa en vez del silencio positivo. Aspecto este último, criticado igualmente, porque no parece razonable que, además del silencio negativo, el particular tenga que formular un requerimiento previo para acudir a la jurisdicción.

Estas nuevas consideraciones, aplicables al acto presunto negativo, porque es ese el silencio que hiere o vulnera los derechos de las personas, pienso podrían sugerirnos implementar dentro de nuestro sistema jurídico un recurso por inactividad, cuyo objeto sea lograr que el juez, en única instancia y en un término muy corto —3 días—, ordenará dar respuesta en un período perentorio a la Administración. Pero reitero, en los casos en que el silencio de la Administración, que sería lo excepcional, tenga efectos desestimatorios.

Hoy en el ordenamiento jurídico existe lo que se conoce con el nombre de “recurso de insistencia”, el cual tiene por objeto que un juez resuelva si se accede o no a los documentos solicitados por un interesado. Me atrevería a pensar, que a ese recurso, en un futuro, se le pueda ampliar su objeto, abarcándose en él, la posibilidad de que éste proceda en aquellos casos en que la Administración calla y dicho comportamiento genera un acto ficto negativo.

No estoy de acuerdo con aquéllos que sostendrían que para eso ya está la acción de tutela, que esto sería agregar un nuevo mecanismo que ya está siendo cumplido por dicha acción. Pienso que esa acción constitucional sólo debe ser procedente, cuando con ese silencio se cause un perjuicio irremediable al interesado, pero en casos, además donde sólo se busca la respuesta de la Administración en determinado

asunto, debería proceder este recurso que simplemente va a constatar que se presentó una petición y que vencido el plazo no se ha notificado decisión sobre ella.

Sería un procedimiento mucho más expedito y breve que el de la acción de tutela, porque podría ser de única instancia y resuelto, como lo he mencionado, en un término corto, por ejemplo: tres días. Con lo cual, se garantizaría, en debida forma, en esos casos de silencio administrativo desestimatorio, el derecho fundamental a obtener pronta y efectiva respuesta.

Con estas reflexiones doy por concluido este trabajo, esperando que las mismas sean el principio de un debate que debe darse en el país y, específicamente, entre los estudiosos de estos temas administrativos que trascienden el ámbito de los derechos constitucionales fundamentales.

Bibliografía Consultada

Libros y artículos

- ALESSI, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I. Casa Editorial BOSCH. Traducción de la Tercera Edición Italiana. Barcelona. 1970.
- ALONSO MAS, María José y NARBÓN LAINEZ, Edilberto. El Silencio Administrativo y su problemática procesal. Tirant lo Blanch. Valencia. 2009.
- BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Tercera Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá. 2004.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Séptima edición. Señal editora. Medellín. 2009.
- BREWER-CARÍAS, Allan. Principios de Procedimiento Administrativo en América Latina. Legis. Primera edición. Bogotá. 2003.
- CEPEDA, Manuel José. Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991. Editorial Temis. Bogotá. 1992.
- DROMI, Roberto. El Acto Administrativo. Tercera edición. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2000.
- MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Cuarta Edición. Buenos Aires. 2003.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. Séptima edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín. 2010.

Informe Defensorial número 145 de la Defensoría del Pueblo del Perú. Septiembre del 2009.

Leyes y decretos

Constitución Política de 1991.

Ley 1437 de 2011.

Ley 393 de 1997.

Decreto 01 de 1984.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia T – 406 de 1992. M. P. Dr. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia T – 479 de 2009. M. P. María Victoria Calle.

Corte Constitucional. Sentencia T- 365 de 1998. M. P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia T – 391 de 1994. M. P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. Sentencia T – 377 de 2000. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T – 724 de 1998. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia T – 667 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. M. P. Juan Ángel Palacio H. Expediente: 13272. Sentencia del 17 de junio de 2004.



SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, DEL 6 DE JULIO DE 1914, ANÁLISIS

Luis Andrés Fajardo Arturo

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 6 julio 1914, constituye una pieza fundamental para los estudiosos del abordaje constitucional colombiano respecto del derecho internacional público, puesto que si bien se enmarca en una Constitución diferente de aquella que actualmente nos regenta, el modelo estatal implantado en 1886, al menos en lo que respecta a la conducción de las relaciones internacionales, parecería asimilarse completamente al que se dibujó en la Constitución de 1991. Fuera de ello, la sentencia es muy relevante puesto que da cuenta de la posición respetuosa de las obligaciones internacionales que el Estado colombiano tiene ya en una época que bien puede calificarse como temprana para el derecho internacional público puesto que aún no se habían tomado, con la claridad y el rigor con que se tomarían varias décadas después, decisiones fundamentales sobre los principios que rigen la comunicación entre derecho internacional y los derechos nacionales.

En 1914, no existía un tratado internacional que regulara o definiera la posibilidad de afectar el cumplimiento de obligaciones internacionales amparado en disposiciones constitucionales internas; por eso la discusión que surge en la sentencia del 6 julio 1914 plantea un interrogante fundamental y es el de determinar, qué debe hacer el órgano judicial de control constitucional cuando haya divergencias entre un tratado vigente y aprobado con el lleno de los requisitos fundamentales sobre competencia para firmar tratados, y las disposiciones de la Carta Constitucional.

En la sentencia sub examine, la Corte toma una posición que genera una división en el seno del cuerpo colegiado. Básicamente, la Corte

asume que el postulado establecido por el Art. 57 de la Carta según el cual todos los “poderes públicos” son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones, lo que implica que al haber conferido al ejecutivo y en su cabeza al presidente de la República la potestad para firmar tratados y al congreso la potestad para aprobarlos a través de leyes, y puesto que a la Corte la Constitución no le confirió ninguna competencia específica en esa materia, rompería el equilibrio entre los órganos del Estado el entrometerse en competencias ajenas.

Este argumento implica una toma de posición respecto de una discusión que en aquel momento estaba en plena vigencia. Se trataba de determinar, en primer lugar, si el derecho internacional y el derecho interno eran dos sistemas jurídicos diferentes autónomos y excluyentes, cuyas relaciones eran accidentales y por lo tanto no existía jerarquía entre las normas de los distintos sistemas. O si por el contrario, el derecho internacional y el derecho interno son parte de un mismo sistema jurídico, una única pirámide frente a la cual lo único relativamente importante era determinar cuál era la norma de mayor jerarquía, si la Constitución nacional o los tratados firmados con otros Estados.

El examen jurídico de la sentencia parte de un a priori indiscutible, aquél según el cual el tratado en cuestión generará efectos directos en el derecho colombiano, incluso, habida cuenta de la naturaleza misma del tratado, efectos sobre la composición territorial del Estado y por ende, afectará normas constitucionales que versaban sobre la materia.

La Corte Suprema no niega que el tratado en cuestión haga parte o afecte el derecho colombiano. Su argumento no es la falta de competencia por tratarse de una norma que pertenezca a un orden jurídico distinto del de su jurisdicción, sino por el contrario, asume que un tratado público por su importancia y naturaleza ha sido delegado por la Constitución a las competencias de otros órganos del Estado, por lo que inmiscuirse en su constitucionalidad sería atentar contra la integridad de la Constitución misma. Reafirma la Corte que intervenir en ello, sería invadir competencias de otros órganos de la siguiente forma: “Admitir la intervención de la Corte Suprema de Justicia para invalidar, por inconstitucional, un tratado público,

equivaldría, en último análisis, a asumir la corte para sí el ejercicio de la soberanía transeúnte del Estado, que a ella no le está atribuido, ya que vendría, en definitiva, a darle o negarle el pase a las estipulaciones de los pactos internacionales.”

La posición hasta allí parece claramente conservadora, puesto que la Corte asume de plano que no tiene competencia para conocer sobre la inexecutable de las leyes aprobatorias de los tratados, por no afectar el ejercicio de la competencia para dirigir las relaciones internacionales del Estado, aún si, como en este caso, el tratado no ha sido ratificado por el ejecutivo.

Debe tenerse en cuenta que, en la estructuración de un tratado internacional, la obligación de cumplir con las disposiciones del tratado solo surge a partir del momento en que el tratado entra en vigor, lo cual, en tratándose de tratados bilaterales como aquel que se examinaba, sucede con el canje de notas, es decir con la notificación del segundo instrumento de ratificación a la contraparte.

En el momento en que se encontraba el tratado en cuestión, Colombia, como Estado, no tenía ninguna obligación internacional. Ese es el sentido que tiene la figura de la ratificación, a través de la cual, el ejecutivo que ha participado en la negociación de un tratado y que está interesado en que el Estado haga parte del mismo, somete a la consideración del legislativo el texto del tratado en cuestión a fin de revisar que el convenio sea acorde con la legislación e intereses del derecho nacional. En caso de que los órganos del derecho interno consideren que dicho texto es contrario a la legislación nacional, el ejecutivo no podría comprometer válidamente al Estado a cumplir con ese tratado. Esta figura evita que el Estado entre en contradicciones con la legislación nacional a la hora de cumplir el tratado, facilitando el cumplimiento del mismo y al mismo tiempo, garantiza una especie de control democrático sobre las decisiones del ejecutivo en cuanto a la dirección de las relaciones internacionales del Estado.

Algunos países, suman al control legal de los tratados un control constitucional, a cargo de órganos judiciales, sin que ello genere, de ninguna forma una contradicción con el derecho internacional.

Es solo a partir de la ratificación del tratado y más específicamente, a partir de la entrada en vigor del instrumento internacional, cuando

el Estado queda obligado, según el principio *pacta sunt servanda*, a cumplir con las obligaciones del tratado, de forma que si no se cumple se compromete la responsabilidad internacional del Estado.

Por ello las consideraciones de la Corte implican una posición rígida de no intromisión en asuntos de tratados por parte del alto órgano judicial. La Corte establece un argumento constitucional de fondo y es la división de funciones a los órganos del poder público, argumento que no le permite, de ninguna forma y en ninguna circunstancia, entrometerse en la construcción de los tratados públicos. Los argumentos de refuerzo sobre los efectos en el derecho internacional, que vienen a sentar posición sobre la necesidad de respetar la intangibilidad de un tratado en firme para garantizar la seguridad jurídica internacional corresponden a una discusión formal.

Esta posición de la Corte respecto de su falta de competencia sobre tratados, da cuenta de otra toma de posición importante en materia de constitucionalismo y derecho internacional, y es la primacía de los tratados internacionales sobre el derecho interno.

En efecto, al asumir que los tratados hacen parte del derecho interno, la Corte debía tomar la posición sobre si la Constitución primaba respecto de los mismos o si, por el contrario el derecho internacional tenía primacía respecto de la Constitución. En el tratado sobre examine se establecían puntos referentes a los límites territoriales del país, que implicaban la sesión de territorios importantes de la nación, y el reconocimiento de la soberanía de un nuevo Estado nacido por la secesión de un territorio Colombiano. Ello sin lugar a dudas, contrariaba las normas constitucionales que habían establecido como parte del territorio nacional, dichas áreas geográficas, y por lo tanto, existía entre dichas normas una contraposición que evidenció en su demanda el señor Carlos José Espinoza.

La Corte era consciente de dicha contraposición, y era consciente de que al declararse inhibida por falta de competencia permitiría que el tratado en cuestión entrara en vigor, y por lo tanto, que las normas constitucionales dejaran de cumplirse. Sin embargo, la Corte decide evitar el examen de fondo del instrumento internacional y se dedica a analizar elementos de procedibilidad de la acción con base en la competencia del órgano, a partir de lo cual, la Corte construye un argumento según el

cual el control constitucional a ella otorgado no le permite analizar la congruencia de los tratados internacionales con la carta magna nacional. De dicho postulado, sumados aquellos que refuerzan la decisión con base en principios del derecho internacional público, según los cuales un Estado no podría dejar de cumplir sus obligaciones internacionales fundamentándose para ello en el respeto de sus disposiciones constitucionales, es posible concluir, que para la Corte existe una primacía de los tratados internacionales respecto de la Constitución.

El segundo argumento enarbolado por la Corte Suprema tiene relación con el derecho internacional público y la seguridad jurídica que él mismo exige: “si a la luz de elementales principios no puede admitirse que la validez y eficacia de los pactos internacionales queden sujetas, y sobre todo sujetas de forma indefinida, a la decisión de una sola de las altas partes contratantes, es forzoso deducir que la Corte no puede acceder a la demanda promovida contra el tratado del 6 abril del año en curso, por carecer de facultades para ello.” En virtud de ello, al decidir sobre la Ley aprobatoria, en realidad estaría la Corte decidiendo sobre el tratado mismo, frente a lo cual no tiene competencia alguna, puesto que ello traería consecuencias graves para la seguridad jurídica internacional: “(...) menos aún podría la corte declarar la inconstitucionalidad del tratado, después del canje de las ratificaciones; porque, siendo un acuerdo de voluntades entre los dos Estados, no sería dable que uno solo de ellos, aun por medio de su más alto tribunal, desatare el vínculo contraído, que a tanto equivaldría declarar inconstitucional y por lo mismo sin fuerza obligatoria la ley que lo aprobó.”

En realidad esta última postura resulta adelantada a lo que, unas décadas después, se consagraría en el derecho internacional público y que, si bien en su momento no existía convencionalmente sí estaba implícito en la costumbre internacional en materia de tratados.

En efecto, en la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, el Art. 27 establece: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.” A su vez el Art. 46 determina:

“Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación manifiesta sí resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.”

En pocas palabras, lo que determina la Convención de Viena es que si el consentimiento de un Estado para obligarse con un tratado ha sido válidamente otorgado por haberse dado en cumplimiento de las normas fundamentales (léase constitucionales) en la materia, el Estado no podrá excusarse en las normas del derecho interno para dejar de cumplir con sus obligaciones internacionales, sin importar que las normas del derecho interno sean de carácter constitucional, y sin importar el modelo jurídico adoptado por dicho Estado.

Esta posición ha sido ratificada en toda una serie de tratados internacionales que normalmente contienen disposiciones referentes a la improcedencia de las normas de derecho interno como eximentes de responsabilidad internacional en caso de violaciones del tratado. Así por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo segundo establece no sólo la obligación de cumplir con el tratado sino incluso la de adoptar disposiciones de derecho interno incluyendo disposiciones legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades en ella contenidos.

Muy interesante resulta en la materia el Proyecto de Artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados, que en su Art. 3 estipula: “Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito. La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.” Y en su Art. 32 reitera: “y relevancia del derecho interno. El estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte.” Lo que deja en claro que existe

consensus internacional respecto de la imposibilidad de argumentar normas de derecho interno como causal válida para el incumplimiento del derecho internacional.

Por lo tanto, esta posición tempranamente tomada por el derecho colombiano no sólo tenía validez para la época, sino que su fuerza argumentativa dejó marcada una línea de conducta en el derecho colombiano de respeto a las obligaciones internacionales, aún por encima de las normas constitucionales, que perduró al menos hasta 1993.

En efecto, con la Constitución de 1991 se estableció el control previo de constitucionalidad de los tratados y las leyes aprobatorias de los mismos (Art. 241.10) pero, tal como lo entendió la Corte Constitucional en un primer momento, el alcance de dicha competencia estaba limitado exclusivamente a ello, y no tendría sentido adentrarse en el examen de un tratado en vigor puesto que el mismo debería seguir cumpliéndose por encima de la norma constitucional. Así lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C 276 de 1993:

“en el caso bajo examen, el presupuesto procesal para que la revisión sobre el contenido de los tratados prospere no se cumple por cuanto el examen constitucional no se puede ejercer respecto de instrumentos públicos internacionales ya perfeccionados. Esto se entiende como un reflejo natural de la supranacionalidad en este tipo de convenios que comprometen a la relación, como persona de derecho público internacional, en un acto en el que ha perfeccionado su voluntad y en donde ningún organismo de carácter interno, ni siquiera el órgano encargado de la jurisdicción constitucional, puede entrar a revisar aquello que es ley entre las partes, siendo tales los Estados vinculados. La carta política ha tenido en cuenta este espíritu de equivalencia entre las partes, al considerar que el control constitucional tan sólo se puede ejercer con anterioridad al momento en que se perfeccione el tratado, esto es, previamente a la manifestación íntegra de la voluntad del Estado pactante.”

Y reitera:

“La ley aprobatoria de los tratados es una ley que, si bien cumple con una función de carácter interno, darles un fundamento a los tratados internacionales que se pretende hacer valer, los tratados en el ámbito internacional están incólumes, sin estar condicionados a que exista o no un pronunciamiento, bien jurisdiccional o bien legislativo,

respecto de los mismos. Es cierto que a la Corte Constitucional le confía la carta política la cuarta de la integridad y supremacía de la Constitución; pero esta cláusula general de competencia no debe interpretarse, en el caso que nos ocupa, de manera absoluta, pues debe recordarse que a renglón seguido, la norma constitucional que se la otorgó le está señalando unos límites perentorios: “en los estrictos y precisos términos de este artículo” (artículo 241). La actuación del órgano jurisdiccional sólo puede recaer sobre aquello que legalmente está dispuesto como apto para ser revisado. No considera esta Corte que proceda la revisión de un acto jurídicamente superfluo, puesto que la materia sobre la cual recae, los tratados ya perfeccionados, no puede ser afectada por decisión alguna del orden interno. Es así como sobre estos tratados no cabe pronunciamiento de fondo y, por tanto esta corporación habrá de inhibirse en el presente caso.”

Esta jurisprudencia da cuenta de un apego riguroso a la línea establecida por la sentencia aquí estudiada, según la cual, se respeta la intangibilidad de los tratados en vigor, en consonancia con las costumbres, y ya para la época, obligaciones convencionales existentes en la materia.

Según esta decisión, a la Corte Constitucional solamente le era posible conocer la exigibilidad de los tratados y las leyes aprobatorias antes de su perfeccionamiento, en un control previo dirigido a evitar que entraran en vigor tratados contrarios a las disposiciones constitucionales; pero no le era posible conocer demandas de inconstitucionalidad contra las leyes aprobatorias de aquellos tratados que ya están en vigor, puesto que la Corte consideraba que en cualquier caso dichos tratados eran intangibles, y por ende la anulación o no de la norma que había servido para la autorización de su ratificación terminaba siendo inocua frente a la validez del tratado.

En esta decisión la Corte da cuenta nuevamente de una posición comunista con primacía del derecho internacional. De hecho, la misma Corte habla del valor “supranacional” de los tratados, queriendo significar con ello la imposibilidad de afectarlos con decisiones judiciales del orden interno.

Sin embargo, pocos años más tarde la posición de la corte constitucional al respecto varió de forma fundamental en la Sentencia C 400

de 1998 cuando el alto tribunal, al interpretar el Art. 4 constitucional entendió la supremacía constitucional como aplicable incluso a los tratados internacionales con excepción de aquellos relativos a fronteras, derechos humanos y Dih.

La Corte cambio su propia jurisprudencia a fin de ampliar sus competencias de control constitucional frente a los tratados que estaban en firme, aun antes de entrada en vigor la Carta del 1991, de forma tal que su competencia no se restringiera al control previo de constitucionalidad sino que llegara incluso al control posterior, a través de la posibilidad de conocer las demandas de inconstitucionalidad que se hiciese sobre leyes y tratados que el Estado colombiano ya hubiere ratificado y que incluso estuvieran en vigor.

Justamente, en la Sentencia C 400 del 98, la Corte debe revisar la exequibilidad del Tratado VIENA II, que al igual que el Convenio de Viena sobre tratados entre Estados, contiene en su Art. 27 la norma según la cual el derecho interno no puede servir de excusa para dejar de cumplir las obligaciones internacionales. En dicha providencia, la Corte, considerando la exequibilidad del tratado en cuestión, desarrolla una serie de argumentos según los cuales, la Constitución es la norma superior y a excepción de los tratados limítrofes y de derechos humanos, todos los demás están sometidos al orden constitucional, y el Alto Tribunal es competente tanto previa como posteriormente para conocer sobre la adecuación de los mismos a las normas constitucionales.

La dificultad identificada por las Cortes anteriores sobre la posibilidad de declarar inconstitucional un convenio en firme, es resuelto por la Corte en el 98 a través de la denominada “integración dinámica” del derecho constitucional con el derecho interno en el siguiente sentido:

Un pronunciamiento de la Corte sobre la constitucionalidad o no de las leyes aprobatorias de tratados perfeccionados en manera alguna afecta las relaciones internacionales del país sino que, por el contrario, les confiere mayor seguridad jurídica, en el entendido de que si la Corte declara su inexecutable, es deber del Gobierno proponer la reforma de la Carta, o renegociar o denunciar los correspondientes tratados, según el caso. De esa manera, y conforme a la tesis de la integración dinámica entre el derecho internacional y el derecho

interno, quedan solucionados los eventuales problemas que puedan surgir por contradicciones entre la Constitución y los tratados, o por conflictos que deriven de sentencias de la Corte Constitucional que puedan entrar en contradicción con los compromisos internacionales del Estado colombiano. Por esa razón, también en otros países se admite que el tribunal constitucional pueda controlar la constitucionalidad de tratados que ya se encuentran perfeccionados.

Con ello la Corte Constitucional rompe con una tradición constitucional de antaño, y genera una variación compleja, de difícil ejecución, respecto de la relación entre derecho interno y derecho internacional. Sin embargo, es necesario entender que la posición que se toma en 1998, es fruto de un avance que ya se había construido previamente con sentencias como la C 225 de 1995, en que, al analizar la constitucionalidad del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, la Corte desarrolló la teoría del Bloque de Constitucionalidad internacional, estipulando para ello, que en Colombia existía un sistema monista constitucionalista moderado, en el sentido en que la Constitución primaba sobre todas las normas incluso los tratados internacionales, existiendo la excepción para los de derechos humanos y Dih, que al hacer parte del Bloque de Constitucionalidad tienen el mismo nivel que la Constitución.

La Sentencia del 6 de julio de 1914 da cuenta de una posición metódica en el respeto de las competencias internas e internacionales, tanto de los órganos como del Estado. Esta posición aún se mantiene en muchos países, la mayoría de ellos del primer mundo y en general facilita el cumplimiento de las obligaciones internacionales, sin que por ello se deba entender, ni *más faltaba*, un *menoscabo a la Constitución*.

En Colombia, la Corte Constitucional decidió abrir la puerta a una vía muy compleja de integración, permitir que los ciudadanos demanden tratados por inexecutable cuando ya estén en vigor, lo que podría generar situaciones difíciles de sortear a la hora de cumplir obligaciones internacionales en firme. Lo cierto es que a catorce años de haberse tomado esta decisión aún no ha habido ningún inconveniente de esa naturaleza, pero, con el advenimiento de los Tratados de Libre Comercio, es posible que la puerta abierta se convierta en un camino de tropiezos si no se administra con prudencia.

*Corte Suprema de Justicia – Sala Plena – Bogotá,
julio seis de mil novecientos catorce¹.*

(Magistrado ponente, doctor Suárez Murillo).

Vistos:

El señor Carlos José Espinosa ha comparecido ante la Corte Suprema de Justicia acusando como inconstitucional la Ley número 14 del año en curso, por la cual se aprueba un Tratado entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, y solicita que, en ejercicio de la atribución consignada en el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, se declare inexecutable dicha Ley.

A su petición acompaña los siguientes documentos:

1°. Copia auténtica expedida por el Director de la Sección 2ª del Ministerio de Relaciones Exteriores, de la Ley 14 de 1914, en la cual copia se halla inserto el Tratado que celebró la República de Colombia con los Estados Unidos de América, el seis de abril del año en curso.

2°. El memorial que a los honorables Senadores y Representantes dirigieron el 15 de mayo del propio año los señores Carlos José Espinosa y Jorge Martínez L; y

3°. El número 15216 del Diario Oficial de 13 de junio del mismo año, debidamente autenticado, en el que aparece publicada la Ley número 14 de 1914, por la cual se aprueba un Tratado. Este, que es el celebrado entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, para el arreglo de sus diferencias provenientes de los acontecimientos realizados en el Istmo de Panamá en noviembre de 1903, se encuentra reproducido en su totalidad en el cuerpo de esa Ley.

La demanda en cuestión fue pasada al señor Procurador General de la República, para que diese su dictamen, como lo estatuye la Carta Fundamental; y este alto empleado, en memorial de fecha 25 del pasado mes, dice lo que en seguida se copia: <<Creyendo ejercitar el derecho que da el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, y demandando en apariencia la inexecutable de la Ley 14 del presente año, lo que el señor General Carlos José Espinosa pide, en realidad, es que se decida por vosotros la inconstitucionalidad del proyecto de tratado entre Colombia y los Estados Unidos. Yo os daré con mucho gusto mi concepto sobre el fondo del extenso y razonado memorial del señor General Espinosa, cuando hayáis decidido por auto ejecutoriado

¹ Gaceta Judicial, Tomo XXIII, Números 1147 y 1148, Bogotá, p. 9-16.

que la Corte Suprema de Justicia tiene facultad constitucional o legal para intervenir en la hechura de tratados públicos de la manera ideada por el señor General Espinosa, o de cualquiera otra manera, y que un fenómeno jurídico en potencia imperfecto o incompleto puede ofrecer materia de acciones judiciales. Antes de dictarse esa decisión, mi trabajo carece de objeto.

>>Señores Magistrados. “Ricardo Ochoa González”>>.

Siendo llegado el caso de que esta corporación decida lo que sea legal sobre la demanda del señor Espinosa, se procede a ello, mediante los razonamientos que van en seguida:

Empieza el solicitante por manifestar que el artículo único de la Ley que acusa ante la Corte dice así: “Apruébase el Tratado suscrito en esta capital el día seis de abril del corriente año, entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”; y para sostener que su acusación es fundada, se expresa en los siguientes términos:

<<El Tratado que se aprueba por medio de esa Ley es inconstitucional porque viola los artículos 1°, 2°, 4°, 19, 76 y 120 de la Constitución, y el artículo 1° del Acto legislativo de 1910, que sustituye el artículo 3° de la Constitución, y más que eso, porque pugna abiertamente con los principios fundamentales de esa Constitución, con el espíritu que la informa y que presidió a su expedición, y por consiguiente mina por su base todo nuestro sistema constitucional, como me propongo demostrarlo>>.

Al fin de su demanda concreta el solicitante los motivos en los cuales funda su petición, en la forma siguiente:

<<1°. El reconocimiento de la independencia del Departamento de Panamá, hecho por el Tratado de 6 de abril del presente año, rompe la unidad nacional y, por consiguiente, VIOLA EL ARTÍCULO 1° DE LA CONSTITUCIÓN según el cual *la Nación Colombiana es una República unitaria*;

>>2°. Al reconocer la independencia y por consiguiente la soberanía del Departamento de Panamá SE HA VIOLADO EL ARTÍCULO 2° DE LA CONSTITUCIÓN, según el cual *la soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación*;

>>3°. El reconocimiento de la independencia de Panamá, a que se ha hecho referencia, y la consiguiente segregación de una porción del territorio colombiano, VIOLA EL ARTÍCULO 1° DEL ACTO LEGISLATIVO DE 1910, *que demarca y circunscribe claramente el territorio de la República*.

>>4°. Por el Tratado de 6 de abril del presente año, no sólo se han cambiado sustancialmente los límites de la República con una de las naciones limítrofes, sino que se ha sustituido esta nación limítrofe, por uno de los Departamentos

que componen la República, luego SE HA VIOLADO POR SEGUNDA VEZ EL ARTÍCULO 1° DEL ACTO LEGISLATIVO DE 1910, *que señala y determina cuáles son los límites de Colombia, y cuáles las naciones limítrofes;*

5°. Al reconocer a Panamá como nación independiente por el Tratado en referencia, se ha enajenado parte del territorio de la República y segregado una de las secciones que la integran, luego SE HA VIOLADO EL ARTÍCULO 4° DE LA CONSTITUCIÓN, *que expresa cuál es el territorio de la República, y cuáles las secciones que la componen;*

>>6°. Por el dicho Tratado de 6 de abril, al borrar los límites constitucionales y fijar otros con la titulada República de Panamá, se le entrega a ésta la región colombiana del Darién, dejando a los indios que la habitan a merced de los panameños, sus mortales enemigos; luego no se dispensa a estos ciudadanos colombianos la protección a que tienen derecho, y por tanto SE VIOLA EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN, *según el cual las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes;*

>>7°. Por el Tratado mencionado, al reconocer la independencia de Panamá, se *desmiembra* el territorio de la República y se alteran de una manera sustancial sus límites constitucionales con la aprobación del Congreso, luego se VIOLA EL ARTÍCULO 76 DE LA CONSTITUCIÓN, que fija, determina y, por consiguiente, limita las atribuciones del Congreso, entre las cuales no se encuentra la de desmembrar la República ni la de cambiar sus límites constitucionales;

>>8°. Por el Tratado tantas veces citado, al convenir celebrar con Panamá un tratado *de paz y amistad que tenga por objeto el establecimiento de relaciones diplomáticas regulares* con esa supuesta República, tácitamente se conceden indulto y amnistía a reos de delitos comunes y, por tanto, SE VIOLA POR SEGUNDA VEZ EL ARTÍCULO 76 DE LA CONSTITUCIÓN, según el cual el Congreso sólo puede conceder estas gracias por delitos políticos, y esto “por dos tercios de votos en cada Cámara” y “por graves motivos de conveniencia pública”;

>>9°. Por el Tratado aludido, al aceptar Colombia, de los Estados Unidos, una suma de dinero sin que se diga a título de qué, se ha celebrado un contrato ilícito, lo cual es lesivo de la honra nacional, y por consiguiente, SE HA VIOLADO EL ARTÍCULO 120 DE LA CONSTITUCIÓN, que impone al Presidente de la República el deber de “defender la independencia y la honra de la Nación”;

>>10°. El reconocimiento de la independencia del Departamento de Panamá, llevado a cabo por el Tratado en referencia, es una desmembración

territorial, y por tanto UNA SEGUNDA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 120 DE LA CONSTITUCIÓN, que impone al Presidente de la República el deber de defender la inviolabilidad del territorio;

>>11°. Al reconocer el Departamento de Panamá como nación independiente y por consiguiente soberana, no sólo se han violado todos los artículos constitucionales enumerados en esta demanda, sino lo que es más grave, SE HA VIOLADO LA CONSTITUCIÓN EN SU ESENCIA MISMA, EN LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA INFORMAN, como se deduce de todos los antecedentes de esa Constitución, cuyo preámbulo dice: “.....

“Y CON EL FIN DE AFIANZAR LA UNIDAD NACIONAL y *asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz, hemos venido en decretar, como decretamos, la siguiente CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA*”;

>>12°. Aunque la secesión del Departamento de Panamá se considere como un hecho cumplido, no por eso es menos inconstitucional reconocerlo como nación independiente; porque en derecho y constitucionalmente, Panamá continúa siendo uno de los Departamentos que integran la República de Colombia, y así lo estatuyó el constituyente de 1910 al dejar vigentes todos los artículos constitucionales que consagran la unidad y la soberanía de la República y garantizan la integridad y el honor nacionales;

>>13°. No puede exceptuarse de lo preceptuado por la Constitución la Ley 14 del presente año, porque el artículo constitucional que confiere a la Corte Suprema la atribución de decidir sobre la exequibilidad de las leyes acusadas como inconstitucionales, no sólo no establece excepción alguna sino que se refiere a “TODAS LAS LEYES”, y porque hay razones muy poderosas para que aquéllas por las cuales se aprueban los tratados públicos, no puedan exceptuarse por ningún motivo de lo prescrito en tal artículo;

>>14°. El dicho Tratado de 6 de abril del corriente año, no sólo es inconstitucional, sino que traería consigo grandes males y graves peligros a la Nación; luego al acceder a mi solicitud, la Corte Suprema de Justicia no sólo salvaría la integridad de la Constitución, sino que prestaría un inmenso servicio a la República;

>>15°. El Tratado suscrito en esta ciudad el 6 de abril del presente año, entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, es a todas luces inconstitucional; luego la Ley 14 del presente año, que lo aprueba, que le da validez, y en la cual ha quedado incorporado, como consta de la copia autorizada que tengo el honor de acompañar adjunta, es una ley inconstitucional, y por consiguiente, inexecutable>>.

Se ve, pues, sin lugar a duda, que la demanda sobre inexecutable se dirige contra el artículo único de la Ley 14 de 1914, aprobatoria de un tratado, y que el fundamento de esa inexecutable se hace consistir, no en que ese artículo sea contrario a la Carta Fundamental, sino en que algunas de las estipulaciones contenidas en el expresado pacto violan, no sólo los preceptos que se citan de la Constitución, sino que pugnan contra el espíritu que informa nuestro Estatuto. En otros términos, se ataca el espíritu de la Ley, no en sí mismo, sino en cuanto aprueba un tratado que contiene cláusulas que atentan contra la Constitución Nacional.

Como, por otra parte, el demandante razona largamente sobre la competencia que la Corte tenga para decidir el asunto, y el señor Procurador general manifiesta que no emitirá su concepto en el fondo de la cuestión, sino cuando este Cuerpo resuelva, por auto ejecutoriado, que tiene facultad constitucional o legal para intervenir en la negociación de tratados públicos, es preciso entrar a dictaminar si la Corte tiene o no la competencia que le atribuye el demandante.

Invoca éste, en su apoyo, lo que dispone el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, reformativo de la Constitución, que dice: “A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la executable de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación”.

Se acoge especialmente el autor a lo dispuesto en la segunda parte del inciso segundo, es decir, a la facultad concedida a la Corte para decidir sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales; y alega que, dados los términos generales en que está concebida esta disposición, *le compete a la Corte decidir sobre todas ellas*, sin que pueda argüirse que la ley a que se refiere su acusación es una ley excepcional, y que por lo tanto no cae dentro de la atribución citada.

Aun cuando la ley que aprueba un tratado público esté sometida en su formación a los requisitos ordinarios que presiden la expedición de los actos legislativos comunes, no puede revocarse a duda que, por otros aspectos, difiere sustancialmente de las leyes ordinarias. Estos son actos unilaterales, expresión de voluntad del soberano que manda, prohíbe o permite, y que se cumplen con sólo el requisito de su sanción y promulgación. Aquella es elemento de un acto jurídico complejo, es la manera como una de las altas partes contratantes manifiesta su consentimiento a las estipulaciones

de un pacto sinalagmático internacional, no establece por sí sola relaciones de derecho, y su eficacia depende del consentimiento de la otra nación contratante, si ésta por su parte ratifica las cláusulas convenidas por sus negociadores. La ley que aprueba un tratado público tiene, pues, un carácter especial. “El papel del Parlamento, en materia de tratados –dice el ilustre profesor francés Merignhac- no se asemeja al que desempeña en materia legislativa”.

A pesar de que, según se ha dicho antes, la ley viene a ser un elemento necesario del tratado, no por eso puede lógicamente confundirse el pacto con la ley que lo aprueba. Aquél contiene las estipulaciones recíprocas de las partes, los deberes que contrae cada una de ellas y los derechos que adquiere, y no surge a la vida jurídica sino cuando las potestades supremas contratantes lo han ratificado y se han canjeado las ratificaciones. Esta, o sea la ley, es tan sólo el acto en virtud del cual uno de los dos Estados que negocian acepta las cláusulas convenidas, cuando, según sus instituciones, se exige la intervención del Poder Legislativo en la celebración de los tratados públicos.

Ahora bien: como los fundamentos de la acusación promovida ante esta Corte se encaminan todos a demostrar que existe pugna entre algunas de las cláusulas del Tratado de 6 de abril y varias de las disposiciones de nuestra Carta Fundamental, es evidente que la materia sujeta a la decisión de la Corte es el Tratado mismo. Y esta Superioridad no tiene, según la Constitución, facultad ninguna para resolver si han de subsistir o no las estipulaciones acordadas, porque no es de su incumbencia el conocimiento de tratados públicos.

Menos aún podría la Corte declarar la inconstitucionalidad del Tratado, después del canje de las ratificaciones; porque, siendo un acuerdo de voluntades entre los dos Estados, no sería dable que uno solo de ellos, aun por medio de su más alto Tribunal, desatase el vínculo contraído, que a tanto equivaldría declarar inconstitucional y por lo mismo sin fuerza obligatoria la ley que lo aprobó.

Según esto, por más que el artículo 41 del Acto legislativo reformativo de la Constitución hable, en términos generales de que a la Corte Suprema corresponde decidir definitivamente sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano, como inconstitucionales, si de la aplicación del tenor literal de este precepto se llega a conclusiones que abiertamente hieran otros cánones fundamentales de la Carta, la jurisprudencia y la más sana crítica forense imponen el no darle a aquel precepto mayor alcance que el que debe tener para llenar su fin, que es el de guardar la integridad de la Constitución. En tal virtud, si conforme al artículo 57 del Estatuto, todos

los poderes públicos son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones; si de acuerdo con el artículo 34 del Acto legislativo número 3 de 1910, reformatorio de la Constitución, corresponde al Presidente de la República celebrar con potencias extranjeras tratados y convenios que se someterán a la aprobación del Congreso; si según el numeral 20 del artículo 76 de la Carta corresponde al Poder Legislativo aprobar o desaprobar los tratados que el Gobierno celebre con potencias extranjeras; si la misma Constitución no le ha dado al Poder Judicial ingerencia en la formación de tratados públicos; y por último, si a la luz de elementales principios no puede admitirse que la validez y eficacia de los pactos internacionales queden sujetas, y sobre todo sujetas de modo indefinido, a la decisión de una sola de las altas partes contratantes, es forzoso deducir que la Corte no puede acceder a la demanda promovida contra el Tratado de 6 de abril del año en curso, por carecer de facultades para ello.

Compete a la Corte Suprema la guarda de la integridad de la Constitución, y no sería mantener esa integridad el romper con la armonía que existe y debe existir entre sus diferentes partes. Por eso, si de la observancia textual del artículo 41 ya citado, resultan en algún caso vulneradas otras reglas constitucionales, es indudable que entonces no corresponde aplicarlo.

Admitir la intervención de la Corte Suprema de Justicia para invalidar, por inconstitucional, un tratado público, equivaldría, en último análisis, a asumir la Corte para sí el ejercicio de la soberanía traseúnte del Estado, que a ella no le está atribuido, ya que vendría, en definitiva, a darle o negarle el pase a las estipulaciones de los pactos internacionales.

De otro lado, considérese la consecuencia, absolutamente inadmisibles, que surgiría de que la Corte pudiese declarar la ineficacia de la ley que aprueba un tratado, después que haya recibido la ratificación de la otra parte contratante. El Gobierno y el pueblo de la Nación se hallarían en un conflicto irresoluble: de un lado, en la obligación de cumplir lealmente las estipulaciones de un pacto internacional perfecto, en el cual estaría solemnemente empeñada la fe pública; y de otro, en el deber de acatar la decisión del más alto Cuerpo judicial del país, que al declarar inconstitucional el tratado, implícitamente dispondría que no obedeciese. No cabe en modo alguno suponer que semejante absurdo, que nace de la aplicación literal del artículo 41 del Acto reformatorio, haya estado en la mente de los que expidieron ese acto inconstitucional.

En mérito de las razones anteriormente expuestas, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se abstiene de decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley 14 de 1914, aprobatoria del Tratado entre la República

de Colombia y los Estados Unidos de América, por estimar que carece de facultad para ello.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta providencia en la *Gaceta Judicial*.

El Presidente, EMILIO FERRERO – El Vicepresidente, LUIS EDUARDO VILLEGAS – MANUEL JOSÉ ANGARITA – CONSTANTINO BARCO – TANCREDO NANNETTI – BARTOLOMÉ RODRÍGUEZ P. – LUIS RUBIO SAIZ – AUGUSTO N. SAMPER – ALBERTO SUÁREZ MURILLO – *Vicente Parra R.*, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO

Estando en absoluto desacuerdo, como lo estamos, con la anterior decisión de la mayoría de la Corte, salvamos nuestro voto, por las razones que a continuación exponemos.

Para ello seguiremos el orden de las razones que se exponen en la sentencia, las cuales creemos concretar fielmente, como en seguida lo hacemos.

1ª. Que aun cuando la ley que aprueba un tratado público es *un elemento necesario* del mismo, no se confunden lógicamente la una y el otro, porque el tratado no tiene vida jurídica, sino desde que las potestades respectivas lo ratifican y se canjean las ratificaciones, mientras la ley es tan sólo la aceptación de él por uno de los Estados contratantes.

Y que como la acusación de la ley que aprueba el Tratado celebrado entre Colombia y los Estados Unidos del Norte, se funda en que alguna de las estipulaciones pugnan con la Carta Fundamental, lo que se ha sometido a la decisión de la Corte es el tratado mismo, para lo cual no es ella competente, porque dicha Carta no le asigna el conocimiento de las denuncias de tratados públicos;

2ª. Que después de ratificado el Tratado menos puede la Corte tener la facultad de declararlo inconstitucional, porque eso sería desatar uno de los dos Estados contratantes el vínculo que lo ha ligado al otro, y que es inadmisibles por elementales principios, que la validez y eficacia de los pactos internacionales, queden sujetas a la decisión de una sola de las altas partes contratantes;

3ª. Que siendo atribución del Poder Ejecutivo y del Congreso, como lo es, celebrar y aprobar tratados públicos respectivamente, y no habiéndole dado la Constitución ingerencia a la Corte *en la formación de éstos*, el artículo 41 del Acto legislativo reformativo de aquélla no tiene aplicación a las leyes que aprueban pactos internacionales, porque si la tuviera, violaría esta Superioridad la misma integridad del Estatuto, cuya guarda le ha confiado

dicho artículo 41, interviniendo en asuntos que la Constitución ha asignado a los otros Poderes;

4ª. Que con la ingerencia de la Corte a invalidar los tratados por inconstitucionales, se arrogaría la soberanía transeúnte y daría y negaría el pase a aquéllos, sin que se le haya conferido esta atribución; y

5ª. Que si la Corte pudiera declarar ineficaces los tratados por inconstitucionales, surgiría para el Gobierno un conflicto irresoluble, pues se hallaría entre la obligación de cumplir los tratados y la de obedecer la resolución de aquella corporación, lo que por absurdo no ha podido estar en la mente de los que adoptaron el referido artículo 41.

Separadamente examinaremos estas argumentaciones.

1ª. La primera de ellas considera en síntesis que el tratado se anexa las leyes de las naciones que lo aprueban, y que éstas son actos constitutivos de aquél, por lo cual la ley acusada no está sujeta a que la Corte la declare inconstitucional, siendo mero elemento del tratado.

Esta teoría, si fuera jurídicamente verdadera, no justificaría la resolución de la cual nos apartamos, puesto que no ha sido aprobado el tratado referido sino por ley de uno de los dos Estados contratantes, y no existe por ello el pacto producto de las leyes de ambos, que sería el que, según la misma teoría, había de anexarse una y otra ley. No es posible por lo mismo que lo acusado por el Señor Espinosa sea el tratado.

No ha sido tampoco el que está en gestación, esto es, el aprobado por la ley colombiana, el que se ha sometido a la decisión de la Corte, porque él está incorporado en la ley y es parte integrante de ella. No es la ley elemento necesario del tratado en desarrollo, como lo enuncia la mayoría sentenciadora, sino, al contrario, el último es elemento necesario de la primera, porque el tratado no existe jurídicamente sin la aprobación de la ley.

Mas la teoría de que el tratado ratificado por leyes de las potencias contratantes, adhiere éstas a él, no se ajusta a la relación de causa y efecto entre uno y otras, porque son las leyes las que generan el tratado, no éste a aquéllas, y una vez que, según expresión de la mayoría de la Corte, no se confunden lógicamente el uno y las otras.

Así pues, no es el tratado lo que acusa el peticionario, puesto que todavía no ha sido ratificado por ley del otro Estado contratante. Si lo hubiese sido, el denunciante habría contraído la acusación a la ley colombiana que lo aprobó, por no autorizar la Constitución la solicitud de inexistencia de una ley extranjera, solicitud que por lo visto no ha hecho ni podía hacer.

La acusación versa sobre la ley, y así lo expresa claramente el señor Espinosa. La inexecutableidad de ella es lo que está en discusión, no la del tratado. La Corte estaba por tanto en el deber de resolver este punto preciso que se ha sometido a su consideración. La distinción que ha hecho entre tratado y ley, para abstenerse de decidir la cuestión, no reviste la solidez jurídica indispensable para apoyar la abstención.

2ª. Si la Corte pudiera declarar inexecutable la ley que aprueba un pacto internacional, aprobado también por ley de otra nación contratante con Colombia, dice la mayoría de esta corporación, la República haría ineficaz el pacto por su sola voluntad, contra triviales principios de Derecho Universal. Este razonamiento es la aplicación efectiva de la teoría de la mayoría, sobre que el tratado se anexa las leyes de los países que lo aprueban, teoría que traducida a un lenguaje más inteligible significa que el tratado impide a los Poderes públicos de cualquiera de los Estados contratantes, acto alguno que tienda a hacerlo ineficaz. Ahora bien, esta teoría es contraria a los principios reconocidos por el Derecho Internacional, para los casos en que los tratados públicos violan la Constitución de alguna de las naciones contratantes, por lo que pasamos a exponer acerca de punto tan importante, y sobre el cual ha guardado silencio la mayoría sentenciadora.

Los expositores de Derecho Internacional asientan el principio de que los tratados públicos pueden no ejecutarse cuando son contrarios al Derecho Constitucional de los Estados que los celebran, salvo en muy pocos casos. Entre otros autores que tratan de esta materia se encuentra Bluntschli, quien en su obra *Droit International*, a las páginas 248 y 249 de la cuarta edición se expresa así:

<<Les traités qui tendent à abroger ou à modifier la constitution ou les lois d'un état ne constituent pas nécessairement une violation du droit international, lorsqu'ils ont été conclus par les représentants de l'état ; mais ils seront dans certains cas inexécutables et resteront sans effet. "Le droit international n'oblige que l'état dont les représentants ont conclu le traité, et admet que c'est à l'état à réaliser, en modifiant sa constitution ou ses lois, les promesses faites par le traité. Mais on peut concevoir le cas où l'exécution du traité rencontrerait de la résistance dans le pays ; dans ce conflit, le droit international ne doit pas nécessairement avoir la préférence sur le droit constitutionnel. Car on pourrait de cette façon renverser la constitution d'un pays et réduire à néant les libertés des citoyens. La résistance constitutionnelle à l'exécution du traité doit être reconnue et sanctionnée par le droit. On doit cependant faire une exception pour les traités de paix, parce qu'ils sont l'expression de la nécessité des faits>>.

Calvo en su tratado *Le Droit International*, a la página 665 de la tercera edición, dice que no puede ser obligada una nación a cumplir un tratado que constitucionalmente no puede entrar en vigor.

De acuerdo con este principio, observado por las naciones civilizadas, los tratados que violan manifiestamente la Constitución de uno de los Estados contratantes, pueden no ser cumplidos por él, exceptuándose los tratados de paz, por ser una imposición del vencedor a que no puede resistir el vencido.

La Ley acusada está por consiguiente bajo la jurisdicción de la Corte, aun después de ratificado el tratado que ella aprueba por los dos contratantes, teniendo, como tiene, esta corporación a su cargo la guarda de la integridad de la Constitución, cuando las leyes son contrarias a ella, porque el Derecho Público colombiano conserva su imperio sobre aquella ley, según el principio de Derecho Internacional que se acaba de exponer. Puede por ello la Corte declarar inexecutable esa Ley, si hay fundamentos para estimarla inconstitucional, sin que por esto se ingiera indebidamente en la inexecución del tratado, porque el Derecho Internacional reconoce a los Estados celebrantes de un pacto, y en consecuencia a los Poderes públicos que deben ejercer la atribución correspondiente, el derecho de resolver que no se puede cumplir el pacto cuando viola la Carta constitucional de la Nación.

La Corte puede hoy con mayor razón decidir la solicitud de inexecutable del acusador de la misma ley, una vez que el tratado no ha surgido a la vida jurídica, según el concepto de la mayoría de la Corte, porque no lo ha aprobado todavía el Senado americano.

Si los tratados ratificados por los Poderes respectivos de las naciones contratantes, sustrajesen las leyes que los aprueban de la acción del Derecho Constitucional de las mismas naciones, y fueran por esto un obstáculo inallanable, para que el soberano de un país, cuyo Estatuto constitucional ha sido violado por un pacto internacional, pudiera excusarse de cumplirlo por este motivo, esta regla absoluta sería la justificación de todo atentado, por las habilidades de la diplomacia o la presión de los Estados fuertes sobre los débiles, contra la soberanía, la independencia, la libertad y demás atributos de la personalidad internacional de los Estados, lo cual es contrario a los altos fines del Derecho Internacional, que son principalmente los de asegurar todos los atributos esenciales de la existencia, la integridad y la honra de las naciones.

El Derecho Internacional en la imposibilidad de establecer sanción por los tratados injustos, consagra por lo menos el principio de la ineficacia de ellos si quebrantan el Derecho Público de los Estados contratantes, porque los Poderes nacionales que los acuerdan carecen en tal caso de la potestad

de obrar contra la Constitución. Si no fuese así, el Jefe de un Estado y su Cuerpo Legislativo no obrarían como mandatario del país en la celebración de los pactos internacionales, sino como árbitros absolutos de él, lo cual por antipatriótico y funesto se debe rechazar.

3ª. La decisión de la Corte sobre inexecutableidad que se solicite de la ley que aprueba un tratado público, sería una ingerencia indebida de ella en la formación del mismo, dice la mayoría sentenciadora, porque la celebración de ellos y su aprobación corresponden al Poder Ejecutivo y al Congreso, respectivamente.

Este argumento reposa sobre una apreciación inexacta del asunto, cual es la de estimar que la Corte cooperaría a *la formación* del tratado, al decidir sobre la inexecutableidad de la ley que lo aprueba. En la formación del Tratado de Colombia con la Unión Americana, o sea en la celebración y en la ratificación de él, ninguna ingerencia tendría la Corte por el hecho de que decidiera la petición de inexecutableidad de la ley que aprobó ese tratado, porque las funciones de los Poderes nacionales que lo *formaron*, ya las ejercieron. Y en cuanto a la ratificación que haga el Senado americano del tratado, es imposible que esta Superioridad intervenga en las deliberaciones de ese Cuerpo extranjero.

Lo que la mayoría de la Corte califica de ingerencia de ésta en la formación del tratado, es el conocimiento que asumiera de la petición de inexecutableidad de la Ley que lo aprueba. Pero esto no constituiría en manera alguna intervención en las atribuciones del Ejecutivo y del Legislativo, puesto que ellos las han ejercido sin la cooperación de esta Superioridad. Lo que ésta hiciera en tal caso sería ejercer una atribución que recae sobre un objeto diferente del que determina el ejercicio de las adscritas a los otros dos Poderes, visto como es que ninguno de los dos tiene facultad de declarar que las leyes son inconstitucionales, la cual es privativa de la Corte, y que el reformador constitucional de 1910 se la asignó, precisamente para limitar el radio de acción de los otros Poderes en armonía con el artículo 57 de la Constitución, que estatuye que los Poderes Públicos son limitados.

4ª. No pudiendo establecer relaciones la Corte con los soberanos extranjeros, no se comprende cómo pudiera arrogarse la soberanía traseúnte por el hecho de que conociera de las peticiones sobre inexecutableidad de las leyes que aprueben tratados.

Tampoco se ve por qué con el ejercicio de esta función, se erigiera la Corte en dispensadora del pase de una ley de esa especie, porque lo que ella decidiera no sería potestativo, sino fundado en la Constitución, y no para aprobar o improbar la ley sino para declararla inexecutable por contravenir a la Carta.

Las razones de la Corte sobre este punto son propiamente hipérboles, que no perjudican la aplicación del artículo 41 supradicho al presente asunto.

5ª. El Gobierno no sabría qué cumplir, dice la mayoría de la Corte, si el Tratado, o la decisión de ésta que declarara inexecutable la ley que lo hubiese aprobado, y por ello reputa absurdo que esa ley quedara sometida al expresado artículo 41.

El conflicto que de esta enunciación se cree que resultaría para el Gobierno, no puede presentársele, porque desde que la Corte declarara inexecutable una ley que apruebe un tratado, el Gobierno ya no estaría obligado a cumplir éste, sino a expresar al soberano del otro Estado contratante que no le sería posible cumplirlo, porque la Corte Suprema en virtud de disposición constitucional había decidido que no era ejecutable por ser contrario a la Constitución. Si después de representarlo así el Gobierno al soberano de la nación con la cual se hubiese celebrado el pacto, ésta exigiera sin embargo su cumplimiento, se suscitara entre las dos naciones una disputa, que se solucionaría de común acuerdo o por las armas, y si por medio de éstas se forzara a la República a ejecutar el tratado, el Gobierno habría cumplido su deber obedeciendo primero lo resuelto por la Corte, y resignándose después a cumplir el tratado por la imposición violenta de la otra potencia contratante.

La mayoría de la Corte ha introducido pues una excepción al artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, porque este artículo somete a la jurisdicción de ella *todas las leyes*, para el efecto de declararlas inexecutable por inconstitucionales cuando lo pida algún ciudadano. Para hacer esa excepción, en presencia de la claridad de ese artículo, la Corte no tiene facultad de ninguna especie. Las razones que ha presentado la mayoría para sostener que la ley aprobatoria de un tratado público no quedó incluida en la disposición constitucional citada, no obstante la respetabilidad de su origen, se estrellan con lo expreso y terminante del mismo artículo 41, y con principios tutelares del Derecho Internacional.

La mayoría de la Corte no ha tenido pues fundamentos sólidos de derecho para declarar que no le incumbe resolver sobre la acusación hecha por el señor Espinosa, de la Ley aprobatoria del tratado de que se ocupa el fallo de esta corporación, y ha debido resolver la acusación, declarando que es inexecutable por inconstitucional la ley en referencia, por las consideraciones de que vamos a hacer mérito.

La solicitud del denunciante de la ley se contrae con especialidad al artículo del Tratado en que Colombia reconoce a Panamá como nación independiente, por considerarla contraria, entre otros, a los artículos 1º, 2º, 4º, 76 y 120 de la Constitución, y al 1º del Acto legislativo 3 de 1910. El artículo

1° de la Carta Fundamental reconstituye la Nación en República unitaria, de federal que era; el 2° radica la soberanía exclusivamente en la Nación; el 4° establece que el territorio con los bienes públicos a él anexos pertenecen a la Nación, y que los Estados y Territorios que formaban la Unión Colombiana constituirán la República de Colombia, con el nombre de Departamentos, y dentro de los límites que entonces tenían; el 76 enumera las atribuciones que el Congreso puede ejercer por medio de leyes; y el 120 detalla las atribuciones del Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, entre las cuales está la de defender la inviolabilidad del territorio nacional.

Y el artículo 1° del Acto legislativo número 3 de 1910 determina los límites de la República con las naciones vecinas, y dispone que las líneas divisorias de aquélla con éstas, sólo podrán variarse por tratados públicos aprobados por ambas Cámaras.

Claramente se ve en los artículos 1°, 2° y 4° de la Ley cardinal, y en el 1° del de su reforma de 1910, que el Departamento de Panamá es una porción integrante del territorio nacional, sobre el cual, como sobre el resto del país, ejerce soberanía exclusivamente la Nación, a la cual pertenece. En consecuencia es canon constitucional el derecho de soberanía y propiedad de Colombia sobre todo el territorio nacional, y sobre cada una de las secciones que lo componen, y es deber del Presidente defender el territorio. Ese canon es la base esencial de la existencia e integridad de la nacionalidad colombiana; y como fue el constituyente el que así lo estatuyó, sólo a él corresponde resolver en definitiva las cuestiones que sobrevengan, relativamente a la soberanía y propiedad de la Nación sobre el territorio que la integra.

El legislador carece de facultad para ello, no sólo porque el Estatuto constitucional no se la ha asignado en disposición alguna, ni siquiera en el artículo 76, que enumera las materias de las leyes que puede expedir, sino porque conforme a la ciencia del Derecho Constitucional no debe tener tal facultad.

Por el tratado que aprueba la ley acusada, el Congreso colombiano acepta la desmembración del Departamento de Panamá del territorio nacional, y reconoce al mismo Departamento como nación independiente de Colombia, lo que implica sustancialmente la pérdida de la soberanía y propiedad nacionales sobre esa sección de la República. La inconstitucionalidad de la ley es manifiesta, porque de los derechos de soberanía y propiedad del territorio patrio no puede disponer el legislador sino el constituyente, como ya lo hemos demostrado de manera irrefutable.

Los defensores del tratado en cuestión, excepto uno que otro, han sostenido que no es inconstitucional, por cuanto el artículo 1° del Acto legislativo

número 3 de 1910 señala en su primer inciso los límites del territorio nacional con las naciones vecinas, y el segundo faculta al Poder Ejecutivo y a las Cámaras para variar las líneas divisorias con las mismas naciones por tratados públicos, deduciendo del contexto de uno y otro inciso que la segregación de Panamá la autoriza esa disposición constitucional, por medio de un tratado como el de que venimos hablando. Este razonamiento lo apoyan los defensores de dicho pacto, en la equivalencia que dan a la palabra *límites* con las palabras *líneas divisorias*, empleadas en el uno y en el otro de esos incisos, respectivamente, de lo cual concluyen que por medio de tratados públicos se pueden fijar los límites de la República, por donde estimen conveniente el Gobierno y el Cuerpo Legislativo.

Empero, esta argumentación es inconducente en el caso del reconocimiento de la independencia de Panamá, por el Presidente y el Congreso de Colombia, en el Tratado celebrado con los Estados Unidos, porque el inciso 2 del artículo 1° del Acto legislativo número 3 de 1910 habla claramente de la variación, por tratados públicos, de las líneas divisorias del territorio colombiano con el de las naciones vecinas, y el Tratado que aprueba la ley denunciada no tiene por objeto variar línea divisoria alguna con otra nación limítrofe de Colombia, sino aprobar la segregación del Departamento de Panamá, parte integrante de la Nación, y reconocerlo como Estado independiente, lo cual es del todo diferente de variar la línea divisoria del territorio patrio con la República de Costa Rica, que es la limítrofe con él, según el inciso 1 del mencionado artículo 1° de la reforma constitucional de 1910.

La desmembración de aquel Departamento del suelo nacional no corresponde decretarla al Congreso como legislador, por poderosos que sean los motivos que haya para ello, porque en virtud de lo que atrás hemos demostrado, la potestad de consentir en la desintegración de la República, es exclusiva del constituyente, quien, como tal, posee la plenitud de la soberanía de aquélla. La ley acusada no ha podido, constitucionalmente hablando, reconocer a Panamá como un Estado internacional.

Se ha argüido también por los sostenedores de la constitucionalidad del tratado colombo-americano, que por él se determina la línea divisoria entre el territorio colombiano y el de la vecina nación de Panamá de acuerdo con la precitada disposición constitucional. Pero no es exacto que sea nación esa sección colombiana, porque el reconocimiento que de tal le hace la ley denunciada, no lo habilita de persona internacional para Colombia, no estando autorizados los Poderes Públicos que han reconocido la independencia del mismo Departamento por la ley suprema de la República, como no lo están, para reconocerlo como Estado independiente.

Fuera potestativo de la ley desmembrar el territorio nacional, y entonces cualquier dictador audaz, secundado por un Congreso pasivo, podría enajenar a Gobiernos extranjeros ambiciosos las secciones más importantes de la Nación, reduciéndola a ínsula despreciable. Todavía no ha degenerado el pueblo colombiano hasta el extremo de tolerar que Gobernantes faltos de patriotismo mutilen y degraden la patria.

Para la solución del asunto de Panamá se han dividido los colombianos en dos opiniones: unos piensan que conviene a los intereses nacionales aceptar la desmembración de aquel Departamento del territorio colombiano, a trueque de unos millones de dólares y algunas concesiones en el Canal istmico y su zona adyacente; y otros, que es preferible para el bien de la República persistir en la reclamación de sus derechos o si fuese imposible que se la satisficiera por esta vía, exigir una satisfacción por el atropello al derecho nacional, y una indemnización proporcionada a la magnitud del daño causado al país, por la usurpación del mismo Departamento, y que el Congreso, obrando como constituyente, aprobara el tratado en que se diese la satisfacción y se estipulase la indemnización por la separación forzada de Panamá de la República.

Habiendo prevalecido en el Gobierno y en el Congreso la primera de las opiniones expresadas se celebró el tratado supradicho con los Estados Unidos y fue aprobado por la ley cuya inconstitucionalidad hemos examinado.

Por nuestra parte, sin inclinarnos como Magistrados a ninguno de los conceptos relacionados antes, estimamos, no obstante, que sostener la inviolabilidad de los fundamentos de la Nación, reconocidos en la Carta constitucional, es el primer deber de todo funcionario público, y que obedeciendo nosotros a este imperativo indeclinable, hemos votado en la definición del presente asunto porque se declare inexecutable, como contraria a los principios constitucionales, la ley que reconoce la desmembración del Departamento de Panamá.

Por la exposición que antecede, conceptuamos que la Corte, en guarda de las instituciones y de la integridad nacional, ha debido declarar inexecutable la Ley 14 de 1914, por la cual se aprueba el Tratado celebrado entre Colombia y la Unión Americana, el 6 de abril del corriente año.

Bogotá, julio 6 de 1914.

BARTOLOMÉ RODRÍGUEZ P. – AUGUSTO N. SAMPER – FERRERO – VILLEGAS – ANGARITA – BARCO – NANNETTI – RUBIO SÁIZ – SUÁREZ MURILLO – *Vicente Parra R.*, Secretario en propiedad.

COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE PRIVADO

Marcela Palacio Puerta*

RESUMEN

Este artículo pretende explicar las formas en las cuales se otorga competencia a los árbitros en el arbitramento privado. Adicionalmente, haciendo uso de un caso en concreto se describe si los árbitros, a pesar de poder determinar su propia competencia, respetan la voluntad de las partes establecida en un pacto arbitral.

Palabras claves

Arbitramento, Competencia, Pacto arbitral, cláusula compromisoria.

ABSTRACT

This article explains the different venues to give competence to arbitrators. Moreover, using a case as example, this article describes whether arbitrators, despite their ability to determine their own competence, respect the agreement between the parties to an arbitration covenant.

Key words

Arbitration, Competition, arbitration Covenant, arbitration clause.

SUMARIO

1.El pacto arbitral. 2.Principio de autonomía de la cláusula compromisoria. 2.2. Autonomía del pacto arbitral en relación con el contrato. 2.3. Autonomía del pacto arbitral en relación con la voluntad de las partes. 2.3.1 Determinación de la competencia por las partes en el arbitraje nacional. 2.3.2 *Determinación De La Competencia Por Las Partes En El Arbitraje Internacional*. 3. *¿Cómo ven los árbitros su Competencia?*

* Investigadora, Escuela de Derecho. Universidad Sergio Arboleda.

Introducción

El arbitramento es una forma eficaz de dirimir conflictos, en la cual, unos particulares, llamados árbitros, son investidos temporalmente, por las partes, de la facultad de administrar justicia, a través del denominado pacto arbitral. El objetivo de realizar dicho pacto es sustraer de la competencia de los jueces estatales la materia sobre la cual versa el acuerdo; es constituir una limitante al monopolio estatal de la administración de justicia a través de una autorización constitucional¹.

1. El pacto arbitral

Como su nombre lo indica, el pacto arbitral es un acuerdo de voluntades, del cual, se derivan dos consecuencias, la primera, que es voluntario: las partes otorgan consentimiento para que una controversia sea conocida por los árbitros²; la segunda, que debe cumplir con los mismos requisitos de validez de cualquier contrato: existencia, capacidad, consentimiento exento de vicios, objeto lícito y causa lícita. Su principal característica, es que cumple con el papel de una cláusula de competencia.

Existen dos formas de pacto arbitral, el compromiso y la cláusula compromisoria (art.115 ley 446), los cuales, varían especialmente en dos aspectos: el tipo de controversias a las que hacen referencia y el momento en el cual se realiza la expresión del consentimiento³ (GIL ECHEVERRI, 2004). El compromiso es un contrato solemne, principal y autónomo, en el cual se delimitan con exactitud los temas, de una controversia actual, que serán de competencia del tribunal. La cláusula compromisoria consagra las eventuales controversias, que se puedan llegar a derivar del contrato, que se someterán a un tribunal de arbitramento (ARTS 116 Y 117 LEY 446). De esta forma, vemos que el compromiso puede versar sobre temas de res-

¹ A partir de la Constitución de 1991 se le da rango constitucional al arbitramento, el cual, anteriormente no tenía dicha jerarquía. (Molina, 2005).

² Salvo algunos casos donde hay arbitramento legal, como en materia laboral.

³ La cláusula compromisoria, es el pacto por escrito, que puede estar contenido en el contrato o en documento aparte, en el que las partes acuerdan someter a un tribunal de arbitramento las eventuales controversias que puedan surgir a raíz de ese contrato. Mientras que el compromiso es el pacto en el cual las partes de una controversia, deciden someter su solución a un tribunal de arbitramento y por lo tanto puede versar sobre asuntos de responsabilidad extracontractual. (ARTS 116 Y 117 LEY 446).

ponsabilidad contractual o extracontractual y la cláusula compromisoria solo respecto los primeros.

2. Principio de autonomía de la cláusula compromisoria

La cláusula compromisoria puede estar comprendida dentro del texto del contrato a que se refiere o en documento aparte. Esta situación hizo que se generaran dudas acerca de la naturaleza jurídica de la cláusula comprendida dentro del texto del contrato, puesto que se consideraba que los árbitros no podían conocer de aspectos relativos a la nulidad o existencia del contrato por estar la cláusula afectada también por dichas vicisitudes, al ser parte del texto. No obstante, hoy en día es claro que la cláusula compromisoria se rige por el principio de autonomía de la libertad, la cual, al igual que en derecho francés se debe ver desde dos perspectivas (LAROUNET, 2005): la primera referida a la relación del acuerdo arbitral con el contrato que lo contiene, la segunda, referida a la soberanía de la voluntad de las partes.

2.2. Autonomía del pacto arbitral en relación con el contrato

La autonomía del pacto arbitral “implica que el pacto arbitral es considerado independiente del contrato principal a que se refiere el litigio, por lo cual el pacto arbitral no se ve afectado por los hechos que determinan la extinción e invalidez o suspenden la eficacia del contrato” (CÁRDENAS MEJÍA, 2005). Dicho principio ha sido consagrado a nivel internacional en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París en su numeral 6 y en el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, artículo 21, entre otros reglamentos arbitrales. En Colombia, La ley 446 de 1998 introdujo un nuevo artículo al Decreto 2279 de 1989, en el cual se consagraba de manera expresa la autonomía de la cláusula. De igual manera, el nuevo proyecto de Estatuto de Arbitraje que se tramita hoy en día en el Congreso, ha establecido de manera expresa el principio de Autonomía de la cláusula arbitral en su artículo 5.

Este principio se encuentra relacionado con el principio de la competencia-competencia, el cual establece que es “el árbitro a quien le corresponde decidir si es o no competente, cuando se cuestiona directamente la existencia o validez del pacto arbitral y no la del contrato mismo” (CÁRDENAS MEJÍA, 2005).

2.3. Autonomía del pacto arbitral en relación con la voluntad de las partes

El principio de autonomía de la voluntad también se ve reflejado en el principio de soberanía de la voluntad; esto significa que las partes tienen un mayor ámbito de acción y decisión que durante un proceso judicial ordinario, ya que la ley en diversos aspectos cumple una función marco sobre el accionar de las partes y supletiva cuando estas no se han pronunciado. De esta forma, son las partes las que van determinando el contenido de la cláusula compromisoria, que es la que delimitará el ámbito de actuación de los árbitros. Dicho principio es más limitado en los arbitramentos nacionales que en los internacionales.

Como ha dicho el Consejo de Estado en sentencia de 1992 Radicado 5326 “ En el trámite arbitral la competencia de los árbitros y los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente, han de ser señalados de manera expresa, clara y taxativa por las partes. Son las partes las que habrán de señalar las estrictas materias que constituyen el objeto del arbitramento. Si los árbitros hacen uso extensivo de su poder jurisdiccional transitorio a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra el principio de la congruencia (...)”

2.3.1 determinación de la competencia por las partes en el arbitraje nacional

Veamos cómo es el campo de acción de las partes al momento de determinar la competencia de los árbitros:

2.3.1.1 clases de arbitramento

Las partes podrán acordar si desean un arbitramento en equidad, técnico o en derecho. La misma ley se encarga de definirlos. El arbitraje en derecho es aquel en el cual, los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente; en equidad, es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad, y por último, el arbitraje es técnico cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, profesión u oficio. (ART 111 LEY 446 DE 1998). Si las partes no establecen qué tipo de arbitraje desean, la ley suple el vacío estableciendo que será en derecho.

2.3.1.2 *Materia Del Arbitramento*

Las partes también podrán delimitar la materia sobre la cual versará el arbitramento, siempre que dicha materia cumpla con el principio de arbitrabilidad, el cual hace referencia a la posibilidad de someter ante un árbitro determinada controversia. Dicho principio en la legislación colombiana se encuentra relacionado con la transigibilidad del asunto, es decir, que solo se podrán llevar ante la justicia arbitral asuntos que sean susceptibles de transacción⁴. Es necesario tener en cuenta, que dicho requisito exige una calificación especial para las partes del pacto arbitral, y es que estas posean capacidad para transigir sobre el asunto.

Con base en esta limitación, las partes quedan en libertad de escoger qué materias transigibles podrán abordar los árbitros. En el caso del compromiso, los árbitros solo estarán facultados para fallar en relación con las personas y controversias que en él específicamente se establezcan. En la cláusula compromisoria, si las partes no han delimitado la eventual controversia que será de conocimiento de los árbitros, se entenderá que estos están facultados para conocer de cualquier controversia que se origine directa o indirectamente del contrato.

Esto ha sido establecido por el Consejo de Estado, Sección tercera, en sentencia de 2000, radicado 16394, “la cláusula compromisoria tiene, pues, su fuente jurídica en el contrato y su finalidad no es otra que la de procurar la solución ágil de los eventuales conflictos que surjan entre las partes que lo celebran. Debe la sala precisar cómo, cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, esto es, que no se especifican las controversias y desacuerdos que hay que someter al conocimiento de los árbitros, válidamente debe entenderse que la cláusula compromisoria se extiende, en principio, a los conflictos que tengan, directa o indirectamente, relación con el contrato que le sirvió de fuente; por el contrario, cuando las partes expresamente convienen y disponen

⁴ Este requisito fue establecido expresamente por la ley 446 de 1998 en su artículo 111, inciso 1, al establecer: “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”.

la exclusión de determinados asuntos del conocimiento del juez arbitral, es claro entonces, sin que haya duda alguna, que los árbitros no pueden con validez, pronunciarse sobre los asuntos excluidos, so pena de contrariar elementales principios sustanciales y de procedimiento (...)"

Otro aspecto importante, respecto de la materia arbitral, es que los árbitros solo tendrán competencia para declarar, mas no para ejecutar sus decisiones, salvo que las partes expresamente les hayan atribuido dicha facultad, tal como lo estableció el Consejo de Estado sentencia de 2001: "cabe precisar que si bien es cierto que se ha reconocido la competencia de los árbitros para adelantar juicios ejecutivos, también lo es que se ha condicionado su procedencia a que la cláusula compromisoria comprenda claramente esa voluntad de las partes" (Sección tercera, sentencia radicado: 15310).

2.3.2.3 Normas Procedimentales y ley sustancial

Respecto de las normas de procedimiento que guiarán a los árbitros, las partes podrán acordar que el arbitramento sea independiente, institucional o legal. Es independiente aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto; institucional, aquel en que las partes se someten a un procedimiento establecido por el Centro de Arbitraje; y legal, cuando el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes. (ART 112 LEY 446 DE 1998). Cuando las partes no acuerden el tipo de procedimiento a que se someterá al arbitraje, la ley suple su voluntad estableciendo que este será legal.

Aspecto diferente sucede con la ley sustancial a aplicar, cuando se está frente a un arbitramento en derecho. En este caso, es de vital importancia diferenciar entre un arbitramento nacional y uno internacional. En un arbitramento nacional en derecho, las partes no tienen poder de decisión respecto de la ley sustancial aplicable, ya que la Ley 446 de 1998 ha determinado que la ley sustancial a aplicar será el derecho positivo vigente, haciendo referencia al derecho vigente en Colombia. Mientras que en un arbitramento internacional en derecho las partes tienen la facultad de escoger la ley sustancial aplicable al proceso.

2.3.2.4 *Termino Del Arbitramento*

La competencia de los árbitros se encuentra limitada por el factor temporal, ya que estos se encuentran transitoriamente investidos de la facultad de administrar justicia, lo que indica que no es una función permanente como la de los jueces estatales. Dicha limitación también fue impuesta por el legislador colombiano, al establecer que el tribunal arbitral queda “transitoriamente” investido de la facultad de administrar justicia. Las partes se encuentran facultadas para determinar el término de duración del proceso, no obstante, en caso de que no establezcan el término de duración del arbitramento se entenderá que este será de 6 meses por mandato legal (ART 103 LEY 23 DE 1991).

2.3.2.5 *Partes Del Arbitramento*

Los árbitros sólo podrán conocer acerca de asuntos que generen efectos jurídicos respecto de determinadas personas. Dichas personas serán las partes del pacto arbitral, las cuales, como se dijo anteriormente, deben tener capacidad para transigir sobre el asunto objeto del arbitramento y son quienes han facultado a los árbitros para conocer la controversia.

Adicionalmente, podrán conocer de asuntos que creen efectos jurídicos sobre terceros al pacto arbitral, siempre y cuando estos hayan manifestado expresamente su voluntad de adherir a dicho pacto, so pena de verse el tribunal en la obligación de tener que declarar extinguidos los efectos de la cláusula o del compromiso (ART 149 LEY 446 DE 1998). Respecto de intervención de terceros no vinculados por el laudo, está permitida siempre que el interesado pague oportunamente los honorarios establecidos (ART 150 DECRETO 1818 DE 1998): “Si el tercero no quiere renunciar a la justicia ordinaria, la norma acusada dispone en su tercera parte, la continuación del proceso arbitral sin su presentación, lo cual es razonable pues el laudo arbitral no puede involucrar a quienes no suscribieron o no se adhirieron al pacto arbitral, pero tampoco se debe permitir a los terceros bloquear la continuación del proceso arbitral. En efecto, lo propio de un tercero, a diferencia del litisconsorte necesario, es que las consecuencias del laudo no lo cubren obligatoriamente, por lo cual resulta razonable que la ley permita que el proceso arbitral continúe sin su presencia” (Corte Constitucional, Sentencia c-672 de 1999).

2.3.2.6 Número de Árbitros

Por último, las partes podrán nombrar conjuntamente los árbitros y determinar el número de integrantes del tribunal que deseen que conozcan de su proceso, siempre que este número sea impar; o, si lo prefieren podrán delegar dicha facultad a un tercero. Se debe tener en cuenta que, aunque la ley les brinda la libertad a las partes de determinar sus árbitros, exige que dicha persona presente determinadas calidades, a saber: ser colombiano ciudadano en ejercicio; no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, ni estar inhabilitado para ejercer cargos públicos o haber sido sancionado con destitución. Y cumplir con las mismas calificaciones necesarias para desempeñarse como Magistrado del Tribunal Superior del distrito judicial.

Ante el silencio de las partes, la ley suple su voluntad estableciendo que los árbitros será tres salvo en asuntos de menor cuantía donde solo conocerá un árbitro.

2.3.2. Determinación de la competencia por las partes en el arbitraje internacional

La ley 446 de 1998 brinda un mayor campo de acción a las partes en la determinación de la competencia de los árbitros en el arbitraje internacional que en el arbitraje nacional, ya que las partes tienen libertad para escoger el idioma y sede del arbitraje, libertad para escoger a los árbitros en cuanto a su nacionalidad, libertad para escoger el procedimiento y, lo más importante, libertad para escoger la ley sustancial aplicable a la controversia (HERRERA MERCADO, 2007).

3. ¿Cómo ven los árbitros su Competencia?

Como se mencionó anteriormente, las partes son las que delimitan la competencia de los árbitros, pero son estos finalmente, bajo el principio de la competencia-competencia, quienes establecen cuándo poseen competencia para fallar sobre un asunto.

De esta forma, veamos cómo ven los árbitros su competencia usando como guía un laudo arbitral:

3.1. Proceso arbitral promovido por ALIANZA FIDUCIARIA S.A como representante del patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO TRANSACTIVOS en contra de FIDUCIARIA INTEGRAL S.A- EN LIQUIDACION- Laudo de 18 de septiembre de 2003

La FIDUCIARIA INTEGRAL S.A., como fiduciaria, celebró con Luis Eduardo Herrera, como fideicomitente, un contrato de fiducia mercantil de garantía irrevocable con el objeto de constituir un Patrimonio Autónomo para garantizar el pago de las obligaciones señaladas por el fideicomitente. Dicho patrimonio autónomo consistía en una finca rural denominada “El Cortijo” de 164 hectáreas, avaluada en \$ 5.632’ 624.300.

Entre los acreedores garantizados se encontraba Leasing Capital, hoy Fideicomiso Transactivos, administrado por Alianza Fiduciaria S.A., y en su calidad, se le expedieron los debidos certificados de garantía.

Se trataba de un contrato en el cual “una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, o los entrega en cargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y en favor de terceros, designando como beneficiario al acreedor de estas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previas en el contrato” (Circular Básica Jurídica No 007 de 1996 de la Superintendencia Bancaria Cit. por el Tribunal).

Al incurrir en mora el fideicomitente, Leasing Capital informa a la Fiduciaria sobre el incumplimiento para que se inicie el proceso de realización del bien fideicomitado, pero ante los intentos fallidos de enajenación del patrimonio autónomo, leasing Capital acepta recibir en dación de pago parte de este bien. Frente a dichas circunstancias, el fideicomitente alega que el avalúo del bien se encuentra desactualizado, aportando que el actual precio del bien era de 14.835.590.400, avalúo que a pesar de ser objetado por la demandante debido a su incrementado valor, fiduciaria integral decide aprobarlo.

Sin haberse realizado el bien fideicomitado, pero habiéndose iniciado el proceso, en el 2000 Fiduciaria Integral S.A suscribió 5 escrituras en

las cuales entregaba en dación de pago casi 104 de las 164 hectáreas del patrimonio autónomo a terceros no beneficiarios, sin haber notificado o pedido autorización a los acreedores beneficiarios para hacerlo, quienes se enteraron por una carta un mes después de los hechos.

Ante estas circunstancias, el beneficiario decide convocar un tribunal de arbitramento con base en la cláusula compromisoria que contenía el contrato de “fiducia mercantil de garantía irrevocable”, expresada en los siguientes términos:

“TRIGÉSIMA SÉPTIMA: TRIBUNAL: Las diferencias o conflictos surgidos entre las partes o con los beneficiarios con ocasión del presente contrato durante su ejecución o al momento de su extinción o liquidación se someterá al siguiente trámite:

- a. Etapa de arreglo directo: tendrá un plazo de quince (15) días hábiles.
- b. Etapa de arbitramento: el tribunal estará integrado por (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes en conflicto, dentro de los quince (15) días siguientes al recibo del escrito solicitando la convocatoria del Tribunal. El Tribunal fallará en derecho y funcionará en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá”.

Esta cláusula otorga y delimita la competencia al tribunal para conocer del asunto en cuestión en varios aspectos:

1. Referido a las partes:

La cláusula compromisoria no sólo confiere competencia al tribunal para conocer aspectos relacionados con las partes, sino que también permite al tribunal conocer de asuntos que se presente entre estas y los beneficiarios del contrato de fiducia en garantía, quienes en estricto sentido, no son parte del contrato de fiducia y por lo tanto, tampoco de la cláusula compromisoria incluida dentro del texto del contrato.

2. Referido a la materia

Las partes someten al conocimiento del tribunal todas las “diferencias o conflictos surgidos entre las partes o con los beneficiarios con ocasión del presente contrato durante su EJECUCIÓN O AL

MOMENTO DE SU EXTINCIÓN O LIQUIDACIÓN” (mayúsculas por fuera del texto). Por lo tanto, las partes delimitaron la competencia del tribunal para conocer las controversias que se presentaran en dos momentos del iter contractus, la ejecución y la liquidación de este. De esta forma, fue voluntad de las partes excluir de su competencia las controversias que se pudieran llegar a presentar en la fase precontractual o de acuerdos preliminares y en la celebración del contrato.

3. Numero de árbitros, Clase de arbitramento y lugar

Igualmente, las partes confirieron competencia a 3 árbitros para que solucionaran su conflicto en derecho, es decir, haciendo uso del derecho positivo vigente y con sede en Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El beneficiario decide convocar al tribunal de arbitramento, para que declare que la demandada incumplió el contrato de fiducia en garantía por haber incumplido sus obligaciones como fiduciaria y por lo tanto indemnice los perjuicios causados, asunto sobre el cual, el tribunal considera que goza de plena competencia para conocer y decidir, debido al campo de acción que las partes le confirieron en la cláusula compromisoria.

De esta forma, el tribunal entra a dilucidar si la no realización de los bienes fideicomitidos en un contrato de fiducia en garantía en beneficio de los acreedores garantizados, constituye una violación a los deberes, legales y contractuales, indelegables de la fiduciaria, y por lo tanto un incumplimiento de dicho contrato; resolviendo que efectivamente la enajenación del bien fideicomitido en detrimento de los acreedores garantizados constituye un incumplimiento del contrato de fiducia y de los deberes indelegables del fiduciario.

La valoración probatoria realizada por el tribunal, utilizada para sustentar la decisión, fue ejecutada con base en pruebas decretadas y practicadas tanto a petición de parte como de oficio. Dicho material probatorio estuvo compuesto por gran cantidad de pruebas pertinentes, respetando el principio de libertad probatoria, a falta de la exigencia de una prueba conducente.

Para resolver este planteamiento, el tribunal empieza a determinar, haciendo uso de todas las fuentes de derecho, si el accionar de la

demandada daba lugar a que esta incurriera en responsabilidad civil contractual, por lo que debe comprobar: a) si hubo por parte de la convocada incumplimiento del contrato, b) en el supuesto de haber incumplimiento si este fue culpable, c) si la convocante sufrió daño, d) si el daño tiene como origen el hecho del incumplimiento e) el monto del daño.

a) Incumplimiento del contrato

El tribunal encontró que la convocada había incumplido el contrato, la ratio decidendi utilizada por este es encontrada en la ley mercantil artículos 1234 y 1242 y en las estipulaciones contractuales.

La ley mercantil establece en su artículo 1234 que “son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes: 7) transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a ley, una vez concluido el negocio fiduciario....” Y en el artículo 1242 establece que “salvo disposición en contrario el acto constitutivo del negocio fiduciario, a la terminación de este por cualquier causa, los bienes fideicomitidos pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos”. La ley mercantil en este aspecto cumple una labor supletiva de la voluntad de las partes.

Al estudiar las estipulaciones contractuales, el tribunal encuentra que en la cláusula vigésima segunda y trigésima sexta, las partes muestran su voluntad de que a la terminación del contrato el bien fideicomitido se devuelva al fideicomitente siempre que no subsistan obligaciones pendientes.

Bajo estos supuestos normativos y contractuales, el Tribunal considera que el demandado efectivamente violó sus obligaciones legales y contractuales indelegables de fiduciaria por haber enajenado parte del patrimonio autónomo a terceros no beneficiarios a la terminación del contrato.

b) Culpa y grado de la culpa por parte de la fiduciaria

El tribunal considera que la fiduciaria actuó con culpa grave, ya que la ley mercantil es clara en establecer la obligación de devolver el bien fideicomitido al fideicomitente, y su desconocimiento por parte de la fiduciaria no la exonera de culpa, menos cuando quien se

aparta de esta es un profesional del derecho, quien al mismo tiempo actuaba como representante legal de la fiduciaria..

Se suma a lo anterior la manera negligente y cuestionable del manejo del avalúo del bien El Cortijo, que realizó la fiduciaria, el cual, sirvió de base para realizar las enajenaciones a terceros no beneficiarios.

c) El incumplimiento provocó un daño

Evidentemente la convocante sufrió un daño, en razón a que la fiduciaria incumplió sus deberes legales y contractuales, por no haber cancelado los créditos de los acreedores garantizados antes de devolver el bien o su remanente al fideicomitente.

d) Relación causal entre el daño sufrido y el incumplimiento por parte de la fiduciaria

El daño sufrido fue una consecuencia natural de la omisión de la ley y las estipulaciones contractuales que realizó la fiduciaria, por lo tanto, existe una relación de causalidad entre el daño sufrido y el incumplimiento causado

Llaman la atención los obiter dicta que hace el tribunal refiriéndose a otros laudos arbitrales y a doctrina, donde se abarcan diversos temas como: los fundamentos de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, el traslado de la carga probatoria cuando se está frente a un negativo indefinido, la interpretación de contratos, el principio de ignorancia de la ley, las etapas del iter contractus, entre otros.

4. Conclusión

De esta forma, vemos cómo los árbitros a pesar de tener un alto poder de determinación en cuanto a su competencia, otorgado por el principio de la competencia-competencia, estos de manera general, son respetuosos en su actuación y mantienen su proceder en el campo de acción que las partes y la ley han determinado para ellos, permitiendo que sean las partes, en la justicia arbitral, quienes realmente tengan el poder de conceder a unos particulares, la competencia para que decidan con fuerza de cosa juzgada, asuntos que, por su especialidad o por la premura del tiempo, no desean que sean fallados por la justicia estatal.

Bibliografía

Doctrinales

GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán (2004). Nuevo Régimen de Arbitramento, Manual Práctico. Tercera Edición ED. Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá.

FERNÁNDEZ MASÍÁ (2008), Enrique. Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras. ED Marcial Pons. Madrid.

SILVA ROMERO, Eduardo, MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (2005) El contrato de Arbitraje. ED Legis. Bogotá.

HERRERA MERCADO, Hernando, MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (editores) (2007). Temas Estructurales en torno al Arbitraje, La conciliación y la Negociación. ED. Universidad del Rosario, Bogotá

PALLARES BOSSA, Jorge. Arbitraje Conciliación y Resolución de Conflictos. Teoría, Técnicas y Legislación. ED. Leyer. Bogotá.

Legales

Decreto 2279 de 1989

Ley 23 de 1991

Decreto 1818 de 1998

Ley 446 de 1998

LA HUMANIDAD DEL ÁRBITRO, CONTINGENTE ÓBICE A LA COSA JUZGADA EN EL ARBITRAJE: *Análisis al recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral**

Luis Felipe Téllez Rodríguez**

“Que los primeros jueces sean aquellos que el demandante y el demandado hayan elegido, a quienes el nombre de árbitros conviene mejor que el de jueces; que el más sagrado de los tribunales sea aquel que las partes mismas hayan creado y elegido de común consentimiento”
Plato, *De legibus*, § VI, XII.

RESUMEN

Este documento contiene una somera referencia histórica del arbitraje a la que sigue un análisis sobre la naturaleza del mismo y sobre sus elementos con la finalidad de, en primer lugar, poner de relieve cómo carece de doble instancia e identificar cuáles son los recursos que contra el laudo arbitral proceden; en segundo lugar, determinar qué tan conveniente resulta cuestionar la autoridad del árbitro en sus decisiones, sobre la base de que puede errar en sus apreciaciones al administrar justicia, y, en tercer lugar, lograr la proposición de un nuevo recurso que, persiguiendo la revisión de la decisión arbitral, atienda a las necesidades actuales.

Palabras clave

Arbitraje, naturaleza del arbitraje, árbitro, laudo arbitral, Justicia, administración de justicia, recursos contra el laudo arbitral.

ABSTRACT

This document contents a brief historic reference about arbitration which will be followed by an analysis on its nature and on its elements in order to, firstly,

* Este artículo es el resultado de la indagación académica adelantada dentro de la línea de investigación Organización y actuación estatales del Grupo de Investigación en Derecho Público y Económico CREAR de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

** Alumno de Noveno Semestre de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Semillero de Investigación de del Grupo de Investigación en Derecho Público y Económico CREAR de la misma, miembro del Programa de Honores Rodrigo Noguera Laborde. Correo electrónico: lufetel@gmail.com; teléfono: (57) (1) 2 11 2366. Bogotá, Colombia.

highlight how it lacks of second instance and identify which are the recourses that proceed against arbitration award; secondly, determine how convenient is to question arbitrator's decisions, on the basis of his fallibility at the time he judges, and, thirdly, attain the proposition of a new recourse that, seeking arbitral award's review, fits in with present necessities.

Key words

Arbitration, nature of arbitration, arbitrator, arbitral award, Justice, justice administration, recourses against arbitral award.

Introducción

En el presente documento, haciendo una somera referencia histórica del arbitraje, seguirá un análisis sobre la naturaleza del mismo y sobre sus elementos, particularmente, para poner de relieve cómo carece de doble instancia e identificar cuáles son los recursos que contra el laudo arbitral proceden; a fin de determinar qué tan conveniente resulta cuestionar la autoridad del árbitro en sus decisiones, sobre la base de que puede errar en sus apreciaciones al administrar justicia, y, si es el caso, proponer un nuevo recurso que atienda a las necesidades actuales, con las consecuencias que esto conlleva.

1. Brevísimos repaso a la historia del arbitraje

Desde tiempos pretéritos la figura del juez ha sido irremediablemente asociada a la divinidad, no sólo porque los que administraban justicia fueran sacerdotes, como el caso del Sanedrín judío (COHN-SHERBOK, 2003, p. 131), sino también porque la idea de justicia, egregiamente definida por Ulpiano: “*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*” (BETANCOURT, 2007, p. 143), no podía ser aplicada por otra persona diferente de aquella que estaba en contacto con la esfera divina. Roma no fue la excepción, porque “ella creía que sus magistrados venían de los dioses” (DE COULANGES, 2007, p. 215).

De hecho, un grupo de sus ministros religiosos, los pontífices (LOMAS y LÓPEZ, 2004, p. 150), eran los encargados de velar por el cumplimiento de las leyes. Luego, con el proceso de laicización del Derecho [comprendido entre el año 367 a. C., “fecha de expedición de la ley *Licinia Sextia*” (ARBIZU, 2000, p. 54), y el año 27 a. C., data aproximada de la entronización de Octavio Augusto como Emperador], tránsito del *fas* y el *non fas* al *Ius*, se acuñó el término de *jurista*

para designar al hombre *aquel inclinado* o *partidario* ‘del Derecho’¹, o mejor todavía, *el que se ocupa de él* (del Derecho). Sin embargo, dado que ser un *aficionado* al Derecho no era suficiente para lograr la Justicia en una sociedad se empezó a hablar de la *prudencia* en el Derecho. Por ello, el término de *Iurisprudens* – *Iurisprudentis* adquirió relevancia y una doble acepción: por una parte, el perito y conocedor de las leyes (normas) como también de las Ciencia del Derecho; y, de otra, aquel prudente en sus consejos (*prudens*).

Sí, en el decir de Ulpiano, tanto el juez como el abogado deben reflejar al “hombre prudente perito en derecho”, pues son los encargados de guiar a la sociedad hacia el bien común por la aplicación de las leyes al caso concreto ya que –en el decir del ilustre catedrático Javier Paricio Serrano– “la ciencia jurídica que ellos elaboran, íntimamente conectada con la práctica, es una de las más altas creaciones del espíritu humano”.

Por ello mismo, porque los jueces son humanos son falibles, es decir, cualquier valorador de la justicia puede errar y equivocarse en sus apreciaciones. Y porque la Civilización ha sentenciado que es fundamental delimitar el poder del magistrado y desarraigarlo de la arbitrariedad, a pesar del principio procesal de la *Cosa juzgada* –ciertamente garantizador de la seguridad jurídica, porque “se traduce en la prohibición de volver a discutir lo ya decidido” (PECCHI, 1974, p. 16)–, acaecen los recursos desarrolladores del famoso principio de procedimiento de la *Doble instancia*, entre los cuales está, para los efectos del presente documento, el de la *Anulación del laudo arbitral*.

2. La naturaleza del arbitraje

En efecto, la naturaleza primitiva del arbitraje se encuentra en los momentos más remotos de la Historia humana. Según los registros, en “Mesopotamia y Grecia se utilizaba este mecanismo para regular sus conflictos” (JARROSSON, 2005, p. 5); en Roma se lo erigió “como la forma de resolver las controversias jurídicas sin acudir a la *iurisdictio* al encomendar las partes la solución a una persona –o a varias– de su confianza dentro del marco procesal de las acciones

¹ *Del derecho*, que también podría ser *de la justicia*, responde al genitivo de la palabra latina *Ius-iuris*, como su derivado.

de la ley; más tarde fue absorbido por el proceso formulario” (DE CANCINO, 2005, p. 21); y, “durante la Edad Media, lo emplearon los mercaderes de la República de Venecia para resolver sus conflictos durante las ferias” (JARROSSON, 2005, p. 5). Así, pues, nuestra tradición jurídica no ha sido ajena al arbitraje como un *mecanismo alternativo de solución de conflictos*, esto es, “medios alternativos para la resolución de controversias sin la intervención del juez” (BADELL, 2006, p. 105) ordinario².

Por ello, en primer lugar, al tenor del Artículo 116 de nuestra Constitución Política, el arbitraje tiene un rango explícito constitucional –no extensivo como en el caso de la Constitución de 1886, que dejó a la ley esta labor–, lo cual implica que la función de *administrar justicia* en Colombia aparte de ser ejercida por “la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces”, también puede serlo por los particulares al estatuir la misma norma superior que “los particulares pueden ser investidos *transitoriamente* de la función de administrar justicia en la condición de (...) conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

En el mismo sentido, es fundamental dilucidar esta noción jurídica indeterminada –aquella “no susceptible de una sola interpretación sino por la aplicación al caso concreto” (LARNAUDE, 1972, p. 39)– de la *función de administrar justicia* que el Artículo 1 de la Ley 270 de 1996 define en los siguientes términos: “la administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional”; y que el Consejo de Estado colombiano ha referido en su jurisprudencia al sentenciar: “*la función pública significa una actividad del Estado que no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular, sin perjuicio de los particulares transitoriamente investidos de la*

² Entiéndase el adjetivo “ordinario” –que nosotros hemos agregado– al juez estatal, por oposición a los administradores de justicia en la calidad de árbitros, quienes pertenecen a un orden *extraordinario*.

función de administrar justicia como conciliadores o árbitros (...) En la función pública participa el poder del Estado, es de carácter siempre jurídico y en ella quedan comprendidas las actividades estatales como la ejecutiva, la legislativa o la judicial” (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicaciones No.: ACU-798 de 5 de Agosto de 1999³ y ACU-356 de 26 de Julio de 2001⁴).

Así las cosas, se evidencia que dentro de la *función pública del Estado* (género) se encuentra la *función judicial o de administrar justicia* (especie), y que ésta última puede ser ejercida de la manera acostumbrada por los jueces ordinarios o de manera extraordinaria por los árbitros y conciliadores; de lo cual se colige que todo cuanto se predique de las primeras puede predicarse perfectamente del arbitraje como modalidad de actividad jurisdiccional. Por tanto, el objeto del arbitraje no es otro que *hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en la Constitución y la ley, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional*. Empero, es fundamental agregar a esta escueta definición que, en sentido estricto, el arbitraje propende a *hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades* de las partes que a él se han sometido pues así lo han pactado contractualmente, porque, en definitiva, “el arbitraje es un contrato” (SILVA, 2005, p. xvii).

En consecuencia de lo anterior, si bien es menester entregar una definición certera de *arbitraje*, lo cierto es que éste “no está definido por ninguna convención internacional ni por ninguna legislación nacional salvo la colombiana” (JARROSSON, 2005, p. 6):

Decreto 1818 de 1998. Artículo 115: “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” [*Subrayas fuera de texto*].

³ [En línea] Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Accesible en: <http://74.125.45.132/search?q=cache:5IUhmWEIRk4J:190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%25201999/ACCION%2520DE%2520CUMPLIMIENTO/CE-SEC3-EXP1999-NACU798.doc+consejo+de+estado+ACU-798&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=co>. pp. 1 y 7.

⁴ [En línea] Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez. Accesible en: [http://74.125.45.132/search?q=cache:umG7jdr4CmYJ:190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%25202001/ACCION%2520DE%2520CUMPLIMIENTO/25000-23-24-000-2001-0178-01\(ACU-356\).doc+consejo+de+estado+ACU-356&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co](http://74.125.45.132/search?q=cache:umG7jdr4CmYJ:190.24.134.67/pce/sentencias/ANALES%25202001/ACCION%2520DE%2520CUMPLIMIENTO/25000-23-24-000-2001-0178-01(ACU-356).doc+consejo+de+estado+ACU-356&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co). p. 6.

Definición ésta que la doctrina ha considerado correcta por consagrar los dos elementos fundamentales del arbitraje: el poder jurisdiccional y su origen convencional. Los que, a su vez, ha compendiado el mismo JARROSSON al decir que “el arbitraje es la institución por la que un tercero dirime la controversia que opone a dos o más partes, ejerciendo la misión jurisdiccional a él confiada por aquellas” (1987, p. 372). Por tanto, decir “que las partes difieran” (D. 1818/98) o “confiar a un tercero” (JARROSSON) implica, como ya se había anticipado, que la naturaleza del arbitraje es contractual, sin perjuicio de que la del laudo, como se verá más adelante, no lo sea.

Así, entonces, es importante señalar que, en un primer momento, para acceder al arbitraje se requiere que concurren los cuatro elementos que el Código Civil colombiano en su Artículo 1502 exige para que una persona se obligue y que el Artículo 117 del Decreto 1818 de 1998 ha sabido también señalar: (i) que sea legalmente capaz, pues las partes deben *poder* obligarse; (ii) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, dado que, en efecto, las partes *se obligan* por la cláusula compromisoria [Arts. 2 y 2A D. 2279/1989]; (iii) que recaiga sobre un objeto lícito, o sea, que las pretensiones no se hagan valer ante los jueces sino ante un centro de conciliación o tribunal de arbitramento; y (iv) que tenga una causa lícita, que bien puede ser el laudo —o sea, dirimir la controversia— porque hacia él tiende todo el proceso arbitral, o bien “devolver transparencia y darle un nuevo rumbo al mundo de los negocios, escenario asiduo del arbitramento” (SILVA, 2005, pp. xxx y xxxi).

Y, en un segundo instante, dado que “naturalmente todo contrato está destinado a producir sus efectos entre los contratantes que han concurrido a su formación” (CLARO, 1992, p. 468) y el arbitraje no es la excepción, si éste se configura según los elementos arriba señalados, genera efectos jurídicos. Los cuales son, a saber, “la producción de tres obligaciones esenciales: (i) una de *hacer*, que consiste en la prestación de someter la controversia presente o futura al arbitraje; (ii) otra de *no hacer*, que implica la prestación de no someter la decisión de dicha controversia ante la jurisdicción estatal; y, (iii) una última de *dar*, que radica en la prestación de financiar y sufragar los costos del arbitraje” (SILVA, 2005, pp. 523 y 524).

3. La carencia de la doble instancia en el arbitraje

En efecto, las partes al someter a un tribunal de arbitramento el conocimiento de la controversia y de sus pretensiones, renuncian ciertamente a la competencia pero jamás a la jurisdicción. Esto es, por la mencionada obligación de *no hacer*, –consecuencia del pacto arbitral–, las partes han determinado a que se declare cierto el derecho de alguna de ellas, bien de la parte demandante, bien de la parte demandada; pero con la particularidad de que si bien dicho acto declarativo será eminentemente jurisdiccional, éste no será efectuado por un juez ordinario sino por uno extraordinario: el árbitro.

Así las cosas, dado que la justicia arbitral –huélguese así llamarla– no puede ser considerada bajo ninguna circunstancia como una *jurisdicción paralela* a la Ordinaria –por eso se llama a estos mecanismos “alternativos” y no sustitutivos como tampoco supletivos– cuando su carácter es siempre transitorio; aunado a lo cual se encuentra la singularidad de que, consecuencia de lo anterior, los tribunales de arbitramento carecen en todo momento de una estructura jerarquizada aplicante del *Principio funcional*, es decir, no existe un superior permanente ante el cual interponer los recursos contra el fallo proferido. Es aquí, pues, donde el “absoluto” principio procesal de la *Doble instancia* en toda actuación judicial encuentra su excepción: el proceso arbitral es de única instancia y su fallo –el laudo–, en principio, hace tránsito a cosa juzgada (Art. 192 D. 1818/1998).

A simple vista, resalta cómo el deseo de las partes contratantes del pacto arbitral, bien por la cláusula compromisoria o bien por el compromiso (Art. 117 D. 1818/1998), entraña un grave deseo por obtener una solución “más rápida”, casi que inmediata, a la materia litigiosa “que la que podría ser obtenida de la jurisdicción ordinaria” (MONROY, 2005, p. 671); a la par de que dicho sometimiento de la causa al conocimiento de los árbitros es una exteriorización de la confianza que las partes tienen en el criterio de estos, sin perjuicio de que sea en derecho o en equidad. Entonces, dados los anteriores elementos, ¿por qué interponer un recurso para solicitar la complementación, corrección, aclaración e, incluso, anulación del laudo (Art. 311 C. de P. C. y Art. 163 D. 1818/1998)?

La respuesta es aparentemente sencilla: la falibilidad del juez. Sin embargo, es necesario considerar la absolución de este interrogante a

partir de la evaluación de los dos posibles escenarios que concurren al final del procedimiento arbitral. En otras palabras, al momento de proferir el laudo —como fallo judicial que es— siempre concurren el demandante y el demandado, uno de ellos será la parte vencedora y el otro será la parte vencida: o bien han prevalecido las pretensiones del demandante, o bien se ha cedido por el interés del demandado o parcialmente del uno y del otro. En todo caso, sea quien sea, la parte vencida tiene una de dos opciones al conocer el laudo: o acata la decisión del tribunal porque la considera justa, o interpone un recurso extraordinario contra ella, probablemente, por considerar que el administrador de justicia —en este caso el árbitro—, ha errado; y el trámite de este recurso, sin importar el juez competente, terminará en la confirmación del laudo o en la anulación del mismo, total o parcialmente.

Empero, sin perjuicio de que exista la solicitud de complementación, de corrección y de aclaración del laudo (Art. 160 D. 1818/1998) cuyo trámite es relativamente sencillo, pues, constando en documentos separados que también hacen parte del laudo, procede de oficio o a petición de parte para que el tribunal arbitral, en el primer caso, se pronuncie sobre las pretensiones que no fueron resueltas en el laudo proferido; en el segundo, para enmendar los “errores mecanográficos, de cálculo o mecanográficos que pueda contener el laudo” (BARRAGÁN, 2005, p. 665); y, en el tercero, para emitir “una explicación sobre los apartes del laudo que ofrecen verdadero motivo de duda” (BARRAGÁN, 2005, p. 666). Pero ha de hacerse la siguiente salvedad: ninguno de éstos es *recurso* del laudo.

Mas sin embargo, en lo atinente al recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, es fundamental anular los presupuestos que permiten su procedibilidad. En primer lugar, su carácter: MONROY establece que debe considerarse a este recurso como “extraordinario” (2005, p. 671), pero a nuestro juicio, este apelativo implicaría admitir lo *extraordinario* en lo *extraordinario*. Esto es, dentro de la jurisdicción ordinaria proceden *recursos ordinarios* (apelación, queja, reposición y súplica) y *recursos extraordinarios* (casación y revisión), recursos todos que cumplen sus objetivos en el desarrollo del carácter *funcional* (jerarquizado) de las dos instancias en la jurisdicción ordinaria. Caso contrario, en la justicia arbitral, de cuyo

extraordinaria, sólo proceden –como ya se ha dicho– los recursos de anulación y revisión, los cuales, consideramos, dentro del arbitraje son *ordinarios*. Esto debido a que en el arbitraje sólo existe un tipo de recursos entendidos como tales: anulación y revisión, por lo que la distinción se haría innecesaria y, en últimas, imprecisa. Así, pues, no puede entenderse el recurso de anulación del laudo arbitral ni como *ordinario* ni tampoco como *extraordinario* sino solamente como un recurso *sui generis*; en otras palabras, un recurso ciertamente único en su clase y sólo como es él, pues, como bien ha de recordarse, el arbitraje en su globalidad es “una de las excepciones que consagra la ley” (Art. 31 C. de P. C.).

Y más aún, este *recurso de anulación de laudo arbitral* no implica una segunda instancia –como pudiera ser la apelación–, muy por el contrario, es un examen sobre “los errores *in procedendo* y no *in iudicando*” (MONROY, 2005, p. 673), “lo cual excluye la revisión *in integrum*” (IBÁÑEZ, 2010, p. 133) en los que haya podido incurrir el árbitro, es decir, se inspecciona el laudo en cuando atañe a su aspecto formal y no material o de fondo. Aunado a lo cual, el recurso llamado “extraordinario” de nulidad nunca procede, ni en la justicia arbitral ni en la jurisdicción ordinaria, ni por especulación, interpretación, extensión o analogía, sino sólo bajo los supuestos que la ley consagra taxativamente en Artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, porque “no cualquier irregularidad en el fallo, o cualquier incongruencia, tiene entidad suficiente para invalidar la sentencia. Ha de tratarse de una irregularidad que pueda caber en los casos específicamente señalados por el legislador como motivos de anulación, puesto que en el punto rige en el [sic: *dentro del*] procedimiento civil el principio de taxatividad”⁵.

4. El trámite del aludido recurso “extraordinario” de anulación

Ahora bien, el legislador vernáculo ha vertido en el citado Artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 las causales de nulidad que se pueden alegar contra el laudo arbitral y que pueden ser sintetizadas de

⁵ [EnLínea] Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, Sent. Rev. S-078 de 12 de marzo de 1991, sin publicar; en la Sent. De 15 de Julio de 2008, Ref: Exp. 1100102030002007-00037-00, M. P. César Julio Valencia Copete. Accesible en: http://74.125.45.132/search?q=cache:GQO65aa7eEAJ:www.dmsjuridica.com/JURISPRUDENCIA/SALA_CIVIL/docs/2008/1100102030002007-00037-00%2520%255BSR-066-2008%2520%255D.doc+Ref:+Exp.+1100102030002007-00037-00&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co, p. 9.

la siguiente manera: (i) la nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita (Numeral 1); (ii) la indebida integración del Tribunal (Numeral 2); (iii) la dejación de decretar pruebas (Numeral 4); (iv) el proferir extemporáneamente el laudo arbitral (Numeral 5); (v) el fallar en conciencia cuando se ha debido hacerlo en derecho (Numeral 6); (vi) el contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias (Numeral 7); (vii) proferir un fallo *ultra y extra petita* (Numeral 8); y, (viii) emitir un fallo *minima petita* (Numeral 9). Y, dado que su asidero doctrinal es bastante amplio, no se considera relevante emitir consideraciones en el mismo sentido.

Por ello, en lo que atañe a la circunscripción temática de este documento, es el momento de referir *en propiedad* el trámite del recurso de nulidad contra el laudo arbitral. En consecuencia, es de capital importancia precisar que el objeto de este recurso no es la contraparte vencedora, ni siquiera bajo un símil de la *demanda en reconvencción*—mal denominada *contrademanda*, en contravía de los términos empleados por el C. de P. C., Art. 400—; su objeto “es el laudo arbitral” (MONROY, 2005, p. 673).

Según el Artículo 161 del Decreto 1818 de 1998, el recurso “extraordinario” de anulación se interpondrá “ante el Presidente del Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente”, si fuere un laudo privado, “se surtirá ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda a la sede del Tribunal de Arbitramento” y si fuere un laudo administrativo, según lo previsto en el Artículo 162 de este Decreto, será conocido este recurso por el Consejo de Estado, en la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, “privativamente y en única instancia, para los (...) conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia”. De igual manera, al tenor del Artículo 166 de este Decreto, si se interpusiere el recurso de revisión “contra la sentencia del Tribunal Superior que decide el recurso de anulación, lo conocerá la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia”, y contra la decisión que bajo su competencia emite el Consejo de Estado “sólo procederá el recurso de revisión” ante la misma Corporación (Art. 162 No. 5 D. 1818/98).

En efecto, “el principio de seguridad jurídica que rige todo Estado de Derecho impone que la decisión del conflicto mediante la sentencia adquiera la fuerza de la denominada *cosa juzgada material* y que expanda sus efectos fuera del proceso otorgando no sólo firmeza a lo declarado, sino haciéndolo vinculante para el futuro” (LÓPEZ, 2004, p. 57) [Subrayas fuera de texto], de manera que se impida, por consiguiente, que prospere un *nuevo* proceso por la misma causa y el mismo objeto, so pena de menoscabar la seguridad jurídica.

Con todo, de no prosperar el recurso de anulación, se lo declarará infundado, se condenará a asumir las costas del proceso al recurrente y se protocolizará el laudo arbitral. Caso contrario, de un lado, si prospera el recurso, significará que no halló su fin la controversia en el tribunal de arbitramento y menos ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial donde se profirió el laudo como tampoco, si es el caso, ante el Consejo de Estado, pues si prosperare el recurso por las causales de los incisos 1°, 2°, 4°, 5° y 6° previstas en el Artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, se declarará la *nulidad absoluta del laudo*, y este aparente “recurso extraordinario” cristalizará la ineficacia del proceso; esto es, ninguna de las partes resultará vencedora ni tampoco vencida, y se deberá iniciar un nuevo proceso ora ante la jurisdicción ordinaria, ora ante un nuevo tribunal de arbitramento —en el caso de que se pacte un compromiso para el efecto—. En pocas palabras, se reputará que la actuación arbitral jamás ocurrió. De otro lado, si prosperare el recurso por los eventos contemplados en los incisos 7°, 8° y 9° del mismo artículo, *se corregirá o adicionará el laudo* dentro de lo que podría denominarse una *nulidad relativa* y, por tanto, saneable.

5. Conveniencia del actual procedimiento para la anulación del laudo

La naturaleza del laudo arbitral pone, pues, de presente, que la actividad de los tribunales de arbitramento se separa en dos aspectos principales de la actividad judicial del Estado: (i) la competencia de los árbitros surge en virtud de la voluntad de las partes (Art. 116 *superior*) y no por ministerio de la ley como en la jurisdicción ordinaria; y (ii) los honorarios de los árbitros son asumidos por las partes (Arts. 143 a 145 D. 1818/98)—contrario a la jurisdicción ordinaria donde esta carga la asume el Estado—.

¿Habría, entonces, doble instancia en la justicia arbitral? No. Efectivamente, “el proceso arbitral —sin lugar a dudas— no está configurado para desarrollarse en dos instancias: una arbitral y otra judicial, pues no es un proceso híbrido” (BONET, 1995, p. 186), pero tampoco por ello se lo puede considerar, como ha querido un “buen sector doctrinal, desarraigado completamente de todo carácter jurisdiccional” (BONET, 1995, p. 189), no sólo porque contrariaría las disposiciones constitucionales y legales que ubican al arbitraje dentro de la *función jurisdiccional con carácter transitorio*, sino también porque se erigiría al arbitramento como una verdadera jurisdicción paralela y francamente independiente.

En tanto, la segunda fase *sui generis* de los recursos impugnatorios del laudo arbitral se surtiría ante un ente superior y análogo, cuando estos se surten y deben surtirse ante un “órgano no superior pero sí distinto” (BONET, 1995, p. 186), el cual avoca para sí el conocimiento de la causa litigiosa para constatar si efectiva y realmente se configuró una causal de nulidad que pueda hacer revertir lo fallado en el laudo arbitral. Pensar en la posibilidad de implantar un modelo de doble instancia como el de la jurisdicción ordinaria dentro del arbitraje sería desnaturalizar este procedimiento gestado para *hacer efectivos* —más ágilmente— *los derechos, obligaciones, garantías y libertades* de las partes que se han sometido al pacto arbitral.

Y, sin embargo, cuando pareciera que el recurso “extraordinario” de anulación agota la oportunidad de recurrir contra el laudo arbitral, la jurisdicción constitucional permite la instauración de un proceso alternativo que, de prosperar, logra revocar los pronunciamientos de las *jurisdicciones ordinaria* en todos sus órganos, como también de la *extraordinaria* (o sea, la *justicia arbitral*), por vía de la acción de tutela bajo los supuestos de *vulneración al debido proceso* y de *acceso a la administración de justicia*, entre otros. Fenómeno jurídico que permitiría “llegar a la conclusión de que el contenido mismo del laudo no sea tan importante en términos del objetivo final de las partes, que consiste en la búsqueda del cumplimiento de las decisiones que allí se adoptan, como el hecho de que se hubiese respaldado en [sic: *con*] un procedimiento rodeado de garantías que permitiesen su ejecución” (BARRAGÁN, 2005, p. 657).

En ese sentido, que la acción de tutela contra el laudo arbitral prospere podría llegar a desencadenar la declaración de nulidad del mismo⁶, toda vez que se acuda a la acción de tutela como un recurso excepcional dados los siguientes presupuestos: “1. Respetar el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela a quien se impide pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento; 2. Que se haya configurado una vulneración directa a los derechos fundamentales; 3. La aplicación de la doctrina de las vías de hecho con respeto por los elementos propios de la naturaleza del arbitraje; y, 4. Que se hayan agotado todos los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos” (IBÁÑEZ, 2010, p. 143), establecidos para restringir que “la acción de tutela se transforme en un recurso ordinario contra las providencias judiciales” (IBÁÑEZ, 2010, p. 144), ya sean ordinarias o extraordinarias (arbitrales).

Conclusión

En virtud de lo expuesto, se puede argüir que el arbitraje adoptado por nuestra legislación es, pues, una forma de no librar enteramente a los tribunales de arbitramento como entes autárquicos, porque si bien los principios generales del derecho como el de *Non bis in idem* propenden a garantizar que las obligaciones tengan un término cierto y evitar, por ende, que su existencia se prolongue indefinidamente en el tiempo; cerrar las puertas a la contingente presentación de un recurso contra el laudo arbitral implicaría menoscabar la justicia material, lo que en otras palabras significaría *una denegación de justicia*.

Por lo que, sin perjuicio de lo anterior, desarraigar completamente los laudos arbitrales del *control* –si así puede llamárselo– que sobre ellos ejerce la jurisdicción ordinaria llevaría a la necesidad de erigir, tal vez, un tribunal de arbitramento seccional –incluso nacional– ante el cual procediera el recurso “*extraordinario*” de anulación, cosa que resaltaría por su carácter contradictorio ya que la administración de justicia implica una intimísima relación entre los tribunales de arbitramento y las instancias de la jurisdicción ordinaria.

En el mismo sentido, debe hacerse la salvedad de que un órgano arbitral permanente de las características anteriormente señaladas

⁶ Como fue el caso de la “Sentencia T- 058 de 2009 (...) y de los Autos 104, 105 y 106 de 24 de febrero de 2009” (IBÁÑEZ, 2009, p. 169).

desfiguraría la natural índole *extraordinaria* de la justicia arbitral. Con la obligada anotación de que, en consecuencia, dado que no existe tribunal arbitral subordinado a ningún otro, de que la avocación de cada caso es transitoria y de que el recurso de anulación versa sólo sobre errores *in procedendo* mas no *in iudicando*, los laudos arbitrales, si bien pueden llegar a constituir doctrina probable en los términos de la L. 153/87, Art. 10, no tienen la entidad para configurar un sistema de precedente judicial obligatorio a semejanza de la Administración judicial inglesa o norteamericana.

Finalmente, si bien la falibilidad de los jueces, sean ordinarios (*justicia estatal*) o extraordinarios (*justicia arbitral*), es un fenómeno inevitable por la irrenunciable humanidad que ellos –como todos nosotros– encarnan; no representa un óbice a la recta aplicación de justicia toda vez que sus erróneas valoraciones puedan ser corregidas por medio de un recurso, pues son el momento oportuno para reevaluar las concepciones pretéritas que por las circunstancias deben ser readaptadas para lograr efectivamente *la complementación, la corrección y la aclaración del laudo*.

Lo cual pone de relieve la urgente necesidad de depositar cabalmente la confianza general –como bien lo han hecho las partes suscribientes del pacto arbitral– en la valoración que el tribunal pueda emitir sobre la materia litigiosa y garantizar íntegramente el principio de única instancia que rige al arbitraje, por lo que –en nuestra opinión– debiera proceder contra el laudo arbitral solamente un «*Recurso de reposición del laudo*» para su *complementación, corrección y aclaración* que fuera conocido de manera exclusiva por el mismo tribunal que lo profirió, tal cual como procede el *recurso de reposición* en la *jurisdicción ordinaria* cuando ya se han agotado las demás vías de recurrencia (Arts. 348 y 349 del C. de P. C), para cumplir con el deseo de inmediatez que motivó a las partes a suscribir el pacto arbitral y, además, evitar la saturación y el desgaste innecesario de las jurisdicciones ordinaria y constitucional.

Bibliografía

- ARBIZU, José María. (2000) “*Res publica oppressa: política popular en la crisis de la República (133-44 a. C.)*” Madrid, España: Editorial Complutense.
- BADELL MADRID, Rafael. (2006) “*Medios alternativos de solución de conflictos en el derecho administrativo venezolano. Especial referencia*

- al arbitraje en los contratos administrativos*”, Congreso Internacional de Derecho Administrativo en homenaje al Prof. Luis H. Farías Mata. Tomo II, Caracas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello.
- BETANCOURT, Fernando. (2007) “*Derecho romano clásico*” Utrera, España: Universidad de Sevilla.
- BONET NAVARRO, Ángel. (Mayo-Agosto de 1995) “El control judicial de la nulidad de pleno derecho del laudo arbitral” *Revista de Derecho Privado y Constitución - Comentarios y Notas. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia del Reino de España*. Número 6.
- CLARO SOLAR, Luis. (1992) “*Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*” Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- COHN-SHERBOK, Dan. (2003) “*Breve enciclopedia del judaísmo*” Madrid, España: Ediciones Itsmo.
- DE CANCINO, Emilssen “*Arbitraje Romano*” En: SILVA ROMERO, Eduardo y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. (2005) “*El contrato de arbitraje*” Bogotá, Colombia: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario – Facultad de Jurisprudencia, Legis Editores.
- DE COULANGES, Fustel. (2007) “*La ciudad antigua*” Bogotá, Colombia: Panamericana Editorial Ltda.
- IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. (2010) “*La acción de tutela contra laudos arbitrales*” Colección de Monografías – Facultad de Ciencias Jurídicas – Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- JARROSSON, Charles. (1987) “*La notion d’arbitrage*” Paris, France : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – Bibliothèque de Droit Privé.
- JARROSSON, Charles. (2005) “*La notion d’arbitrage*” En: SILVA ROMERO, Eduardo y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. (2005) “*El contrato de arbitraje*” Bogotá, Colombia: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario – Facultad de Jurisprudencia, Legis Editores.
- LARNAUDE, Ferdinand. (1972) “*Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*”, Volume 88. Paris, France : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- LOMAS SALMONTE, Francisco Javier y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Pedro. (2004) “*Historia de Roma*” Madrid, España: Akal Textos.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. (2004) “*El principio: non bis in idem*” Madrid, España: Editorial Dykinson.

- MONROY CABRA, Marco Gerardo “*Recursos contra el laudo arbitral*”
En: SILVA ROMERO, Eduardo y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio.
(2005) “*El contrato de arbitraje*” Bogotá, Colombia: Universidad Co-
legio Mayor de Nuestra Señora del Rosario – Facultad de Jurisprudencia,
Legis Editores.
- PECCHI CROCE, Carlos (Marzo de 1974) “Algunas consideraciones sobre la
preclusión. *Revista de Derecho Procesal*, Departamento de Derecho Pro-
cesal – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – Universidad de Chile.,
Año VI, No. 7. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA ROMERO, Eduardo. (2005): “*El arbitraje examinado a la luz del
derecho de obligaciones*” En: SILVA ROMERO, Eduardo y MANTI-
LLA ESPINOSA, Fabricio. (2005) “*El contrato de arbitraje*” Bogotá,
Colombia: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
– Facultad de Jurisprudencia, Legis Editores.