

D.11572-
OK

Bogotá D.C., junio 21 de 2016

HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL
SALA PLENA

E. S. D.



REF: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTÍCULO 14, literal c), DE LA LEY 1682 DE 2013.

Jorge Hernán Gil Echeverry, mayor y domiciliado en Bogotá, portador de la cedula de ciudadanía número 10.536.467 de Popayán, obrando en mi calidad de ciudadano colombiano, en ejercicio a la acción pública de INEXEQUIBILIDAD y cumplidos los trámites de que trata el artículo 241 numeral 1º de la Constitución Nacional, me permito solicitar que se declare INCONSTITUCIONAL, el literal c) del artículo 14 de la ley 1682 de 2013.

NORMAS ACUSADA:

Se acusa por inconstitucionalidad el literal c) del artículo 14 de la ley 1682 de 2013 que expresa:

“ARTÍCULO 14. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. Para la solución de las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, las partes podrán incluir cláusulas compromisorias, debiendo siempre observar lo previsto en la Ley 1563 de 2012 y demás normas que la adicionen, modifiquen, sustituyan o reglamenten, en especial, las normas que regulan el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias para las entidades públicas.

Así mismo, de manera especial aplicarán las siguientes reglas:

a) Las decisiones proferidas en ejercicio de los mecanismos alternativos de solución de controversias relativas al contrato, deberán proferirse en derecho <sic>, salvo en el evento de la amigable composición en el que la decisión podrá adaptarse en equidad, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 1563 de 2012.

b) Las partes podrán acordar los asuntos jurídicos, técnicos o financieros que someterán a decisión, total o parcialmente;

c) Tanto los árbitros como los amigables compondores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales;

d) *En caso de pactarse el uso del amigable componedor, las entidades objeto de la presente ley deberán incluir en la cláusula respectiva las reglas que garanticen los derechos de igualdad, publicidad, contradicción y defensa;*

e) *El ejercicio de dichos mecanismos no suspenderá de manera automática el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que gocen las entidades contratantes, salvo que medie medida cautelar decretada en los términos del Capítulo XI del Título V de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011 o demás normas que le adicionen, modifiquen o sustituyan;*

f) *Queda prohibido a las entidades públicas objeto de la presente ley, nombrar los integrantes del panel arbitral o de amigable componedor en la cláusula compromisoria relativa o inequívocamente referida al contrato, o a documentos que hagan parte del mismo en los pliegos de condiciones. Se seguirán las reglas de nombramiento de la Ley 1563 de 2012;*

g) *Las entidades contratantes deberán definir desde los pliegos de condiciones el perfil de los árbitros y amigables componedores, de tal manera que sus condiciones personales y profesionales, sean idóneas respecto del objeto del contrato y las actividades a desarrollar por las partes;*

h) *Ningún árbitro, amigable componedor o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de tres (3) tribunales o amigable componedor en que intervenga como parte una entidad pública objeto de la presente ley, o en los conflictos relativos a estas;*

i) *Las entidades objeto de la presente ley deberán en las cláusulas compromisorias limitar los honorarios de los árbitros o de los amigables componedores. En caso de que la cláusula respectiva no disponga de fórmula de reajuste, el límite no podrá ser modificado ni actualizado por los árbitros o los amigables componedores;*

j) *Las entidades públicas incluirán los costos y gastos que demanden el uso de tales mecanismos en sus presupuestos.*

PARÁGRAFO. *En los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley por autonomía de la voluntad de las partes se podrá dar aplicación a las reglas que prevé el presente artículo". (La parte subrayada es la que se dice inconstitucional).*

1. HECHOS

1. La ley 1682 de 2013 fue expedida por el congreso el 22 de noviembre de 2013.

2. La ley 1682 de 2013 se encuentra vigente.

II. FUNDAMENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

CARGO UNICO: VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

La presente demanda se sustenta en la violación al principio a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, pues al disponer un trato discriminatorio irrazonable y sin fundamento objetivo, con respecto a los contratos celebrados por cualquier entidad pública o particulares que desempeñen funciones públicas, y los contratos relacionados con la infraestructura de transporte, se vulneró dicho principio.

En efecto, la norma demandada **establece un trato discriminatorio e injustificado en relación a la competencia de los árbitros cuando se trata de contratos estatales en general y con respecto a los contratos en infraestructura de transporte en particular**, trato discriminatorio e irrazonable que se evidencia de la simple comparación de lo previsto en el artículo 14, literal c) de la ley 1682 de 2013, con respecto al último párrafo del artículo 1º de la ley 1563 de 2012, según pasa a demostrarse:

Art. 1º, Ley 1563 de 2012	Art. 14, literal c), Ley 1682 de 2013
<p>“Definición, modalidades y principios. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”.</p> <p>“En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho”.</p>	<p>c) Tanto los árbitros como los amigables componedores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales”.</p>

El artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, que corresponde a la apertura de **“LAS NORMAS GENERALES DEL ARBITRAJE NACIONAL”**, en su inciso final, vino a reemplazar, en mejor forma, los artículos 70 y 71 de la Ley 80 d 1993 que fueron expresamente derogados por el artículo 118 de la misma Ley 1563.

El artículo 1º de la Ley 1563, acogiendo el criterio de la Corte Constitucional establecido en la sentencia C-014 de 2010, en el sentido que el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, con la modificación efectuada mediante la Ley 1285 de 2009, eliminó la limitante a la competencia arbitral consistentes en que los árbitros solamente podían resolver conflictos que fueran susceptibles de transacción, y estableció, como criterio rector, que mediante arbitraje se pueden resolver asuntos de libre disposición, **O AQUELLOS QUE LA LEY AUTORICE**, según su inciso primero.

De conformidad con lo anterior, el legislador, en el inciso final del mencionado artículo 1º, **decidió disponer que en los contratos estatales todas las controversias que surjan en relación o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluso controversias relacionadas con actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, tanto para definir su legalidad como para definir sus efectos económicos, pueden ser sometidas a definición arbitral.** En este aspecto, el legislador consideró que todo lo relacionado con los denominados actos administrativos contractuales, ordinarios o excepcionales, constituyen asuntos que por ley, quedan autorizados a ser definidos por árbitros, independientemente de que no se puedan considerar asuntos de libre disposición, o transigibles.

Partiendo de la premisa anterior que consagra una competencia arbitral amplia y general, con respecto a la totalidad de los denominados contratos administrativos, el Congreso, mediante la Ley 1682 de 2013, artículo 14, literal c) que corresponde a una norma posterior a la Ley 1563 de 2012, **decidió limitar y discriminar, sin justificación alguna y sin que exista fundamento objetivo, serio y razonable, la facultad de los árbitros de pronunciarse tanto de la legalidad de los actos administrativos excepcionales, expedidos en relación a contratos sobre infraestructura de transporte, como de los efectos económicos** producidos por los actos administrativos excepcionales, puesto que con respecto a los efectos patrimoniales, guardó absoluto silencio, de donde se infiere que en relación a estos últimos, tampoco existe competencia arbitral.

En la interpretación de la ley, se tiene por sabido que la de mayor fortaleza, corresponde o la denominada **INTERPRETACIÓN LEGISLATIVA** que es aquella que realiza el mismo legislador. En este orden de ideas, el Congreso, teniendo pleno conocimiento que la Ley 1563 en su artículo 1º, autorizo a la jurisdicción arbitral para pronunciarse sobre la legalidad y los efectos económicos de los actos administrativos contractuales, sean ordinarios o excepcionales, **decidió expedir una ley especial para prohibir la competencia arbitral relacionada con la legalidad y los efectos económicos de los actos administrativos**

contractuales y excepcionales, expedidos en relación a los contratos relacionados con la infraestructura con transporte, y por tal razón, expidió el artículo 14, literal c), de la Ley 1682 de 2013.

Sobre la materia arbitrable o asuntos susceptibles de resolverse por arbitraje, la Corte Constitucional ha reiterado que el artículo 116 de la Constitución, no hizo reserva alguna al respecto, por lo que **resultan arbitrables todos los conflictos que expresamente no haya prohibido la Constitución**, al respecto afirmó.

*“3.4.1. El que los asuntos susceptibles de transacción sean los únicos que pueden someterse a la justicia arbitral es tema que le compete al legislador determinar. Este puede decidir que ello sea así, o decidir qué tal criterio desaparezca del ordenamiento jurídico como delimitador de la competencia de la justicia arbitral, tal y como lo hizo en la Ley 1285 de 2009, avalada en este punto por la Corte Constitucional. Y lo puede hacer de dos maneras: **de forma general y abstracta, como lo hizo en el artículo 6º de dicha Ley, o en casos puntuales, definiendo que un determinado asunto es o no transigible**” (C-014 de 2010)*

Evidentemente, el artículo 116 de la Constitución no prohíbe, en forma alguna, que los árbitros se pronuncien sobre la legalidad y los efectos económicos de los denominados actos administrativos contractuales ordinarios o excepcionales. Es más, la única restricción constitucional relacionada con la competencia atinente a los actos administrativos, aparece en el artículo 238 de la Constitución que reservó a la jurisdicción de lo contencioso, de manera exclusiva y excluyente, el determinar la suspensión provisional de los actos administrativos. De manera que, **los árbitros, por habilitación constitucional, si pueden definir la legalidad y los efectos económicos de los actos administrativos contractuales**, pero nunca podrán disponer lo relativo a su suspensión provisional. En este sentido la amplitud consignada en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, encuentra pleno respaldo constitucional.

Con respecto al principio de la igualdad, la Corte ha dicho que el legislador solamente puede establecer diferencias a casos iguales, cuando aplicado el test de razonabilidad, sea evidentemente justificable:

“6.1. En el ordenamiento Constitucional, la igualdad tiene los siguientes reconocimientos: i) es un valor que establece los fines que deben perseguir las autoridades que crean el derecho, verbigracia el legislador o la administración; ii) es un principio que contiene mandatos específicos que sujetan de manera directa la labor del congreso o el juez; y iii) es un derecho que <se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción, como la consagración de tratos favorables para los grupos que se encuentran en debilidad manifiesta. La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles>.

decisión que adopten –cualquiera que ella sea– se ajuste al orden constitucional y legal; sino también la obligación de acatarla plenamente”. (Sentencia T-511 de 2011).

“Cabe advertir que la objeción no versa sobre la imposibilidad de escoger de común acuerdo el tribunal de arbitramento como un instrumento de resolución de los litigios que aparezcan en las empresas de servicios públicos domiciliarios, ESP; por el contrario, lo que no se ajuste al ordenamiento constitucional citado, es el carácter imperativo y genérico establecido en la norma acusada que restringe en forma absoluta el derecho fundamental de los asociados para acceder a la administración de justicia, en la forma garantizada por el artículo 229 de la Carta Política, sin tener en cuenta que son las partes las facultadas en la Constitución (artículo 126) para habilitar en cada caso concreto a los árbitros de la función de administrar justicia, en forma transitoria” (Sentencia C-242 de 1997). (En igual sentido se pronunció en Sentencia C-060 de enero 24 de 2001, en relación con los concesionarios de servicios de televisión).

“...El principio de la voluntariedad consiste en que la preferencia por el tribunal de arbitramento, antes que por los jueces ordinarios, corresponde a una elección de las partes contratantes, surgida de acuerdo previo, voluntario y libremente efectuado por ellas”. (Sentencia C-961 de 2006).

“Determinan autónoma y voluntariamente que sus diferencias no serán decididas por el Estado a través de sus jueces, sino por un particular a quien ellos le reconocen el poder y la competencia para resolver sus desavenencias, poder habilitante de las partes”. (Sentencia C-048 del 2001).

“(ii) Se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación. El artículo 116 de la Constitución Política define el arbitramento con base en el acuerdo de las partes, que proporciona su punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un litigio concreto”.

*“Como reiteradamente lo ha expresado la jurisprudencia un efecto propio y directo del principio de la voluntariedad, es que **las partes al suscribir el pacto, por anticipado, aceptan la decisión de los árbitros**, razón por la cual, el recurso de anulación no admite replantear el fondo del asunto”.*

*“La voluntad de las partes es, así, un elemento medular del sistema de arbitramento diseñado en nuestro ordenamiento jurídico, **y se proyecta en la estabilidad de la decisión que adoptará el tribunal arbitral**. Más aún, como consecuencia del acuerdo de voluntades reflejado en el pacto arbitral, las partes aceptan por anticipado que se sujetarán a lo decidido por el tribunal de arbitramento”. (Sentencia C-170 de 2014). Por lo tanto, si los árbitros han sido previamente habilitados por los contratantes para que resuelvan todos los conflictos relacionados con un contrato administrativo, la limitación establecida en el artículo 14, literal c), de la Ley 1682 de 2013, no solamente desconoce el principio constitucional de la igualdad, de manera directa sino **que igualmente***

El artículo 13 de la Carta Política reconoce que el derecho a la igualdad tiene una concepción aristotélica que **remite a un principio de razonabilidad**. Ese tratamiento trae las siguientes consecuencias: i) convierte a la igualdad en un contenido abierto que no se restringe a calidades o situaciones específicas de sexo, raza o edad. Además, la vaguedad de la norma se produce, toda vez que la disposición superior no indica cuando un trato diferente es discriminatorio o justificado, o cuando una acción u omisión de las autoridades no alcanza a remover las barreras sociales, físicas o mentales que padecen algunas personas; ii) el principio de igualdad es una norma derrotable, es decir, las prohibiciones consignadas en el artículo 13 Superior no son intangibles. De ahí que existe la posibilidad de que una medida establezca una diferencia con base en esos criterios, sin la norma que sea inconstitucional. **Ello ocurrirá, siempre que la disimilitud de trato sea razonable**; y iii) la norma de la igualdad se convierte en un principio de razonabilidad. Por ende, las leyes que establecen tratos diferenciados a situaciones iguales o similares a casos disimiles son constitucionales, **siempre y cuando sean justificables frente a las normas superiores**. Tales consecuencias advierten una indeterminación del derecho – principio de la igualdad, de modo que éste debe ser concretado en cada caso determinado.

6.2. A partir de la vaguedad - indeterminación del artículo 13 de la Constitución, la Corte Constitucional ha propuesto la metodología del juicio de igualdad para identificar cuando se vulnera ese derecho en su dimensión de prohibición de discriminación o en su deber de protección a ciertos sujetos”.

En la actualidad, la Corte utiliza la versión de juicio integrado de igualdad, metodología que implica un estudio de proporcionalidad en diferentes niveles de intensidad. Ese raciocinio tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis; (ii) definir si en el plano fáctico y jurídico existe un trato disimil entre iguales o paritario entre diferentes; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, de ahí que se concentra en estudiar el fin que busca la medida, el medio y la relación que existe entre uno y otro. El escrutinio podrá efectuarse de acuerdo a los niveles leve, estricto e intermedio. Para identificar el nivel de evaluación de la medida y los estadios que el juez debe agotar, este Tribunal ha precisado que:

“La regla es la de que al ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve o débil, que es el ordinario. Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la “presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas”. El test leve o débil busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad. El test leve ha sido

es razonable. Es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación”.

“Cuando se trata de cargos por presunta violación al principio de igualdad, el demandante deberá identificar los grupos o situaciones de hecho que, a pesar de ser iguales (o similares) desde un punto de vista jurídicamente relevante, reciben un trato legislativo diferenciado. En la misma dirección, la Corte ha explicado que el hecho de que el legislador establezca diferenciaciones no significa por sí solo una violación del principio de igualdad, de manera que el requisito de suficiencia en este tipo de cargos también exige al interesado asumir la tarea de explicar por qué se trata de una diferenciación injustificada o arbitraria”. (Sentencia C-871 de 2014).

Debido a que la Constitución Nacional no estableció ninguna restricción a los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad y los efectos patrimoniales de los denominados actos administrativos contractuales ordinarios y excepcionales, por virtud del principio de la voluntariedad, **los particulares bien pueden habilitar al tribunal arbitral, en el respectivo convenio arbitral, para que este resuelva la totalidad de los conflictos originados en un contrato administrativo determinado, incluyendo conflictos relacionados con la nulidad absoluta del contrato y la legalidad de los actos administrativos contractuales que se prefieran.**

Tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional, el principio de la voluntariedad o habilitación, constituye el principio rector y fundamental del arbitraje, según lo establecido en el artículo 116 del Constitución. Al respecto la corporación ha reiterado:

“El arbitramento es voluntario. La decisión de presentar las disputas surgidas en una relación jurídica ante un tribunal de arbitramento “antes que acudir a los jueces ordinarios”, es el resultado de un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes. El arbitramento, al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, “tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”. (Sentencia C-330 de marzo 22 de 2000. En igual sentido se pronunció la Corte mediante Sentencia C-294 de 1995).

“En la función pública de administrar justicia, los árbitros deben estar habilitados por las partes en conflicto, en cada caso concreto...”. (Sentencia C-242 de 1997).

*“... se rige por el principio de voluntariedad o habilitación, el cual establece como requisito sine qua non para su procedencia, que las partes hayan manifestado previa y libremente su intención de deferir a un grupo de particulares la solución de sus diferencias. Para la Corte, la celebración de dicho negocio supone no solamente la decisión de someter una determinada controversia a consideración de un grupo de particulares, en los cuales **depositan su confianza de que la***

deja sin efecto útil, el principio de la voluntariedad consignado en el artículo 116 de la Constitución, para estos contratos en especial, sin razón de fondo alguna y sin justificación razonable.

Como es sabido, la cláusula compromisoria que se incluye en los contratos estatales, permite a los árbitros resolver todos los conflictos que surjan por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación, liquidación e interpretación de los mencionados contratos. Por tanto, la competencia general de los árbitros, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 1563, permite que el tribunal se pronuncie sobre la legalidad y los efectos administrativos del contrato estatal que corresponde a la relación jurídica principal, así como respecto a la legalidad y los efectos administrativos de todas las relaciones contractuales accesorias, como corresponde a los activos administrativos ordinarios y excepcionales, expedidos en virtud del contrato. Por el contrario, el precepto demandado, sin razón valedera porque no aparece determinado claramente y justificado la explicación de motivos, consagra una restricción no conveniente con respecto a los contratos relacionados con la infraestructura de transporte, prohibiendo que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre la legalidad de los actos contractuales administrativos y los efectos económicos de los mismos.

Por todo lo anterior, respetuosamente solicito a la Honorable Corte Constitucional declarar la inexecutable de la norma demandada.

III. NOTIFICACIONES

El Presidente de la Republica, Dr. Juan Manuel Santos, puede ser notificado en el palacio de Nariño.

Yo recibiré notificaciones en mi despacho de la carrera 19 b # 159 – 80, apto 508, Ed. Palma Real II, y al siguiente e-mail: jhernangil@outlook.es.

De los Honorables Magistrados,

Atentamente;



JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY
10.536.467 de Popayán
T.P. 28.991 del C.S. de la J.