

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejera Ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., catorce (14) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Radicación número: 11001-03-26-000-2022-00173-00 (68.994)
Convocante: SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI 99 S.A.
Convocado: EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.
Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

ACLARACIÓN DE VOTO CONJUNTA

Acompañando, en su integridad, las decisiones adoptadas por la Sección con las cuales se resolvió la controversia y las consideraciones para arribar a ellas, se estima ineluctable aclarar el voto, en lo concerniente a una precisión sobre las controversias que, de forma privativa, debe conocer esta jurisdicción; previa presentación de la contextualización.

La facultad de la justicia arbitral para conocer de las consecuencias económicas de los actos administrativos del ejercicio de cláusulas excepcionales. Se reitera en la providencia que en el arbitraje está proscrito el juicio de validez (explícito o tácito) de los actos administrativos con los cuales se aplican las -en estricto sentido o propiamente dichas- cláusulas excepcionales, esto es, aquellas consignadas en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993; en consideración -principalmente- a la cosa juzgada constitucional, subsistente y, como tal, vinculante, contenida en la Sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional. Igualmente, se decanta que -con respaldo en el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012- en el entorno arbitral es posible (en función de las pretensiones) el pronunciamiento, en derecho, sobre los efectos económicos de las decisiones adoptadas en la relación contractual, incluidas las que comportan cláusulas excepcionales, siempre que, respecto de estas últimas, los efectos comporten un daño antijurídico para cuya develación no se requiera el cuestionamiento de la legalidad de los actos excepcionales. En ese contexto, se aprecia relevante precisar -para una mejor comprensión- cuándo procede lo último informado, sin que se llegue a soslayar la ley ni la jurisprudencia, tanto constitucional como contenciosa-administrativa.

Se discierne que el conocimiento que puede asumir la justicia arbitral a propósito de las consecuencias económicas de los actos administrativos de las cláusulas excepcionales, necesariamente, debe implicar que aquellas -conforme a la controversia suscitada- encuentren fuente en declaraciones legales que, bajo el daño especial, justamente, irroguen perjuicios económicos. No de otra manera se podría proteger la subregla vigente de la prohibición para el juzgamiento arbitral de la validez de los aludidos actos administrativos, en tanto, si los efectos económicos derivan, por ejemplo, de una expedición irregular de la declaración unilateral, y el panel arbitral se pronuncia sobre ellos, comportará cuestionar la legalidad de la decisión. Privativamente con fines ilustrativos, enseguida, se delinea un escenario en el que sería factible la intervención arbitral, no obstante que el conflicto tenga como núcleo la aplicación de una cláusula excepcional.

Piéñese en el acto de modificación unilateral de un contrato de concesión, en el que ya se obtuvo el retorno de la inversión y la utilidad esperada, conforme al negocio perfeccionado. Supóngase que, luego de cumplir con el trámite legal, y ante la negativa del concesionario y por interés público, la entidad estatal contratante -estando próximo a vencer- prorroga el periodo de ejecución, a los efectos de garantizar estrictamente, ante la comunidad, la continuidad en la prestación de los servicios objeto del contrato; ante lo cual reconocerá la respectiva remuneración por las actividades a cargo del concesionario. Aunque este contratista se resista, la decisión es legal y debe cumplirse el acto en firme, salvo que medien fenómenos especiales que afecten negativamente su eficacia. Si se cuestiona su validez, sería repudiar la propia facultad excepcional. Sin embargo, esa medida podría acarrear perjuicios, como la mayor duración del concesionario en el contrato; cuando, por ejemplo, pruebe que proyectaba adelantar otros negocios legítimos a la terminación del plazo inicialmente previsto; que le resultó imposible asumir ante la ampliación unilateral. Esa situación, dependiendo del contenido del pacto arbitral y las pretensiones, podría ser definida en el seno del arbitraje. Si, hipotéticamente, por ello se condena a la entidad, su sustento no será la ilegalidad o el desconocimiento del acto administrativo de modificación.

El cuestionamiento a los actos administrativos del ejercicio de cláusulas excepcionales. Así, se concibe que, como lo definió la Sección, en los conflictos por los llamados efectos económicos que tienen como causa la ilegalidad del acto administrativo con el cual se hizo ejercicio de una cláusula excepcional, la justicia arbitral tiene vedado conocer de los dos asuntos; se itera, de la validez de la declaración unilateral y de las consecuencias económicas de la ilegalidad, con lo cual se acata lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012. Por tanto, se advierte que, cuando en la subregla de unificación se plantea que *cualquier controversia* sobre ello debe ventilarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, atañe al cuestionamiento (expreso o tácito) de la legalidad de los referidos actos administrativos y a los efectos de la ilegalidad; pero, no podría cobijar

otras vicisitudes, como las consecuencias económicas del acto lícito del ejercicio de cláusulas excepcionales, cuando medie pacto arbitral válido y eficaz.

Atentamente,

Firmado electrónicamente
MARIA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ

Firmado electrónicamente
JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Nota: esta aclaración de voto fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

