

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SALA PLENA

Bogotá DC, catorce (14) de marzo dos mil veinticuatro (2024)

Magistrado Ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN
Expediente: 11001-03-26-000-2022-00173-01 (68.994)
Solicitante: SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SA – SI 99 SA
Demandado: EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO SA
Medio de control RECURSO DE ANULACIÓN

ACLARACIÓN DE VOTO

En consonancia con lo manifestado en la respectiva sesión de la Sala, aclaro el voto frente a la decisión adoptada en la providencia del 14 de marzo de 2024 proferida en el proceso de la referencia, por las siguientes razones:

- 1) La discusión acerca de la competencia de los árbitros para conocer de los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades o cláusulas exorbitantes debe partir de una premisa fundamental, consistente en que si bien cambió el marco legal sobre la materia (inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 – Estatuto Arbitral), el marco constitucional no ha sufrido cambio o modificación alguna.
- 2) Sobre esa específica base, la doctrina constitucional trazada sobre esa materia está sentada en la sentencia C-1436 de 2000 proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, decisión que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional y con efectos *erga omnes* de conformidad con el artículo 243 de la Constitución Política y los artículos 45, 46 y 48 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de Administración de Justicia), razón por la cual la competencia de los árbitros para conocer de estos asuntos debe ser analizada, necesariamente, de conformidad con dicho marco constitucional y jurisprudencial¹.

¹ “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. // Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

3) En esa perspectiva, especialmente relevante señalar que, si bien el inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto Arbitral) no ha sido objeto de control de constitucionalidad, lo cierto es que, se insiste, el marco constitucional que define y delimita la materia objeto de análisis no ha sufrido cambios o alteraciones, motivo por el cual las razones contenidas en la sentencia C-1436 de 2000 continúan vigentes y producen efectos de cosa juzgada constitucional con efectos *erga omnes*, por lo cual son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades.

4) En la referida sentencia C-1436 de 2000 se puso de presente, de manera puntual y categórica, *el principio de unidad de jurisdicción* en este tipo de eventos, de allí que los árbitros no pueden conocer ni siquiera sobre los efectos económicos contenidos en actos administrativos expedidos en ejercicio de las potestades excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993; sobre el particular, la Corte Constitucional razonó de la siguiente manera:

“En este orden de ideas, las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, pues si bien los mencionados actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables, tienen implicaciones de carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto éste que no se puede desconocer y que sería la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista. Este análisis, entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces.

Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares. Por otra parte, las consecuencias patrimoniales que se pueden derivar de aplicación de estas cláusulas, no pueden ser fundamento suficiente para que se considere procedente la derogación de la jurisdicción contenciosa administrativa. Las consideraciones de tipo económico no pueden justificar una separación de competencias entre la jurisdicción contenciosa y los árbitros, que permita a estos últimos pronunciarse sobre el aspecto económico de la decisión unilateral de la administración, dejando en cabeza

de la jurisdicción contenciosa el pronunciamiento sobre la validez del acto respectivo. La unidad de jurisdicción en este punto debe prevalecer, como manifestación no sólo de un poder que es indelegable, sino en la seguridad jurídica que debe darse a los asociados” (se destaca).

Como se advierte, en ese tipo de supuestos la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la competente para juzgar no solo la legalidad del acto administrativo proferido en ejercicio de las facultades excepcionales, sino también para establecer sus efectos económicos en orden a garantizar la unidad de jurisdicción, el principio de seguridad jurídica y evitar decisiones judiciales contradictorias.

5) De otra parte, es importante precisar que si bien la misma Corte Constitucional en sentencia SU-174 de 2007 afirmó que los árbitros pueden estudiar los efectos económicos de los actos administrativos sin analizar la legalidad de estos, lo cierto es que esta sentencia de unificación fue proferida en sede de revisión de acción constitucional de tutela, por lo cual no cuenta con efectos de cosa juzgada constitucional ni tampoco de carácter *erga omnes* a diferencia de lo que acontece con lo expuesto y decidido en la referida providencia C-136 de 2000, dado que solo frente a esta última se predicen esas mencionadas consecuencias, según el artículo 243 de la Constitución Política.

6) La facultad contenida en el inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 – Estatuto Arbitral genera el efecto desafortunado de que los árbitros afirmen que no se pronuncian sobre la validez de los actos administrativos y, sin embargo, adopten una decisión que altera o muta el contenido y alcance del acto administrativo, tal como ocurrió en este caso concreto; en otras palabras, formalmente se sostiene que la decisión no versa sobre la legalidad del acto administrativo, pero materialmente se declara la invalidez de este por cuanto se modifica su contenido, con lo cual se contraviene el citado principio de unidad de jurisdicción.

7) En ese orden de ideas, comparto la regla de unificación en tanto establece que las medidas de reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones y la aplicación de los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales, con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial del negocio jurídico son inescindibles al ejercicio de las potestades previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pues, materialmente es imposible desligar en este tipo de supuestos la legalidad del acto con sus consecuencias económicas.

8) Con fundamento en las anteriores premisas, es evidente la reserva de constitucionalidad del inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 – Estatuto Arbitral.

9) Finalmente, considero pertinente advertir que la regla de unificación fijada por la Sala Plena de la Sección Tercera ha debido incorporarse en la parte resolutive de la sentencia y no solo en la motiva.

En los anteriores términos dejo planteadas las razones que me llevaron a aclarar el voto respecto de la providencia de la referencia.

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

Constancia: la presente aclaración de voto fue firmada electrónicamente por el magistrado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.