



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Magistrado Ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

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

Expediente: 11001-03-26-000-2022-00173-00 (68994)
Convocante: Sistema Integrado de Transporte S.A. — SI 99 S.A.
Convocada: Empresa de Transporte del Tercer Milenio — Transmilenio S.A.
Referencia: Recurso extraordinario de anulación

Tema: Competencia de los árbitros para resolver controversias relativas a actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades excepcionales

Salvamento de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz

No estoy de acuerdo con la decisión de anular el laudo arbitral ni comparto la regla de unificación adoptada en la sentencia objeto de este salvamento. Creo que esta decisión desconoce la habilitación legal otorgada a los árbitros en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 y atenta gravemente contra la posibilidad de que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública estipulen cláusulas compromisorias que puedan considerarse como un acuerdo de voluntad obligatorio en los términos del artículo 1602 del Código Civil¹. Al prohibir que los árbitros se pronuncien sobre los actos administrativos expedidos en ejercicio de las facultades excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 basta que la entidad contratante, en ejercicio de sus potestades legales, expida uno de tales actos para que se entienda derogado el pacto arbitral.

La Sección Tercera del Consejo de Estado tenía la oportunidad de precisar el alcance del artículo 1º de la Ley 1563 de 2011 y establecer de qué manera los árbitros pueden ejercer la autorización expresa que esta disposición les otorga para resolver las controversias surgidas de un contrato estatal y para pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las potestades excepcionales. En vez de construir una solución con este propósito, la Sala adoptó

¹ <<Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales>>.



una regla jurisprudencial que, en contra de lo dispuesto en la norma citada, suprime esta autorización. En la sentencia aprobada por mayoría se adopta la siguiente regla jurisprudencial:

<<Las medidas de reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones y la aplicación de mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales, con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial son inescindibles al ejercicio de las potestades previstas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993. Los litigios que versen sobre tales medidas y mecanismos comprometen un juicio de validez y legalidad sobre el ejercicio de la función administrativa y no solamente sobre sus efectos económicos; por tanto, los árbitros carecen de jurisdicción para pronunciarse sobre esas disposiciones y cualquier controversia en torno a ellas deberá surtirse a través de la correspondiente impugnación judicial ante esta jurisdicción especializada>>.

La regla establece que los árbitros no podrán pronunciarse sobre los actos administrativos expedidos por la contratante en ejercicio de potestades excepcionales y previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. La prohibición no solo se refiere a decretar la nulidad de estos actos, sino a *pronunciarse* y a resolver *cualquier controversia* en torno a ellos. Para la Sala, los conflictos económicos derivados del ejercicio de las facultades excepcionales son inescindibles al ejercicio de tales facultades porque <<*comprometen un juicio de validez y legalidad sobre el ejercicio de la función administrativa y no solamente sobre sus efectos económicos*>>. Por esa razón, tales litigios deben surtirse ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Dicha regla viola el artículo 1º de la Ley 1563 de 2011, disposición que le otorgó a los árbitros jurisdicción para resolver en derecho las controversias surgidas <<*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*>>. Si la regla jurisprudencial afirma que los árbitros no pueden pronunciarse sobre una categoría de asuntos para los cuales una disposición legal les otorgó autorización expresa de hacerlo, es claro que la regla viola la ley.

La sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, que se cita en las consideraciones como sustento de la regla anterior, se refiere a los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 que fueron derogados expresamente por la Ley 1563 de 2021. Esa sentencia de constitucionalidad fue interpretada en la sentencia SU-174 de 2007, en la cual, luego de advertir que las entidades contratantes no pueden quedar habilitadas para *derogar unilateralmente* un pacto arbitral expidiendo un acto administrativo en ejercicio de facultades excepcionales, la Corte reiteró que los árbitros sí pueden pronunciarse sobre los efectos económicos de dichos actos. La



Sala no tiene en cuenta esta sentencia de unificación; no tiene en cuenta de manera integral las sentencias proferidas en el propio Consejo de Estado con posterioridad; y, sobre todo, no tiene en cuenta la habilitación legal que de manera expresa contiene el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, norma que sustituyó los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993.

La Sala anuló el laudo recurrido aplicando la regla jurisprudencial adoptada en la sentencia de unificación de la que me aparto —la cual se fundamenta en una interpretación restrictiva de lo resuelto en la sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, pronunciada sobre normas que no están vigentes—. La Sala estimó que los árbitros se refirieron al contenido del acto de modificación unilateral para resolver la controversia, por lo que implícitamente se pronunciaron sobre su validez.

En la sentencia objeto de este salvamento, la Sala consideró que, en el acto de modificación unilateral expedido por la entidad contratante durante la ejecución del contrato, se cumplió el mandato legal de adoptar las medidas de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, las cuales deben tomarse cuando se expiden los actos previstos en el artículo 14 de la ley 80 de 1993. Además, concluyó que esas medidas forman parte del contenido del acto, y que sobre ellas no debían pronunciarse los árbitros.

En contra de lo anterior, pienso que los árbitros sí estaban habilitados para pronunciarse sobre los efectos económicos de este acto administrativo en el que la contratante modificó unilateralmente el contrato para prorrogar su término de duración y reducir la remuneración del concesionario durante este período. Ese acto administrativo ya había producido sus efectos materiales, pues el contratista prestó el servicio durante la prórroga, por el precio dispuesto en la modificación unilateral. La demanda se presentó luego de la terminación definitiva del contrato; en ella solo se pidió el reconocimiento de los perjuicios económicos causados con la expedición y aplicación del citado acto administrativo; y los árbitros solo se pronunciaron sobre esta pretensión.

Para resolver la reclamación del contratista relativa a los perjuicios sufridos con la expedición y aplicación de la modificación unilateral, era necesario determinar si la reducción de la remuneración que allí se dispuso era una medida justificada que no afectaba la contraprestación que, de acuerdo con el contrato, debía recibir el concesionario por la prestación del servicio: considerar si, teniendo en cuenta que las condiciones en las que debía ejecutarse la prórroga, que eran distintas a las que se tuvieron en cuenta inicialmente para pactar la remuneración, dicha contraprestación



debía mantenerse (como lo solicitaba el contratista) o debía reducirse (como efectivamente lo dispuso la entidad en el acto de modificación unilateral). Esa controversia versaba sobre los efectos económicos del acto y no afectaba de ninguna manera el ejercicio de la potestad excepcional cuyos efectos ya se habían cumplido porque —se itera— el contratista ya había prestado el servicio durante la prórroga del contrato por el valor dispuesto por la entidad contratante en la modificación unilateral.

Lo que ocurrió en este caso fue que entidad contratante modificó unilateralmente el contrato en uso de una facultad excepcional que le permite hacerlo sin acudir previamente al juez del contrato con el objeto de que no se afecte la prestación del servicio, en el que está involucrado el interés general, y por tal razón la ley le otorga a la entidad estatal esta facultad excepcional: a los árbitros no puede solicitárseles que suspendan o anulen los efectos materiales de dicho acto y que obliguen a la entidad a remunerar al contratista durante la prórroga sin aplicar la reducción. Si lo hicieran estarían afectando el ejercicio de esta facultad excepcional en la cual —se resalta— está involucrado el interés público.

Si concluimos, como lo hizo la Sala en la sentencia objeto de este salvamento, que luego de que el contrato haya terminado definitivamente los árbitros no pueden pronunciarse sobre los perjuicios económicos o la alteración de la ecuación financiera del contrato causados con <<la modificación unilateral e indebida aplicación de la fórmula de remuneración>>, que fue lo que se reclamó en la demanda, pregunto: ¿sobre qué podían pronunciarse los árbitros en desarrollo de la autorización que expresamente les otorga el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012? ¿Sólo podían pronunciarse sobre las consecuencias económicas generadas con la *aplicación* de la modificación, sin pronunciarse de ninguna manera sobre la reducción de la remuneración que en ella se estableció? La norma citada dispone que los árbitros pueden pronunciarse sobre <<las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales>> y no limita esa autorización los perjuicios causados con la *aplicación* de tales actos.

Creo que esta limitación, además de desconocer la autorización legal, carece de cualquier justificación en relación con la finalidad de la restricción dirigida a que un juez transitorio no afecte el ejercicio de una potestad excepcional de las entidades estatales porque en ella está involucrado el interés público. La restricción que había establecido la Corte Constitucional al analizar los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, se justificó indicando que eran los jueces permanentes de la jurisdicción contenciosa los que podían anular o suspender los actos expedidos en uso de facultades excepcionales porque en el *ejercicio* de esas facultades estaba involucrado



el interés público. Luego de que la facultad ha sido *ejercida* y ha cumplido su propósito, no tiene sentido afirmar que los árbitros no pueden pronunciarse sobre sus efectos económicos, anulando tales actos o simplemente refiriéndose a su contenido.

Intento demostrar en este salvamento de voto que: **(i)** antes de la expedición del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, la Corte Constitucional había señalado que los árbitros podían pronunciarse implícitamente sobre los actos administrativos contractuales expedidos en ejercicio de facultades excepcionales; y **(ii)** el Consejo de Estado había indicado que podían anularse los actos en los que se hiciera uso de tales facultades, siempre que no estuvieran enumerados en el artículo 14 de la ley 80 de 1993. Luego de lo anterior, **(iii)** el citado artículo 1º de la Ley 1563 autorizó que los árbitros resolvieran las controversias derivadas de los contratos estatales, lo cual expresamente incluyó pronunciarse sobre los efectos económicos de actos administrativos contractuales: no les prohibió anularlos y mucho menos pronunciarse sobre ellos. La Sala debió interpretar el alcance de esta competencia en vez de suprimirla, que fue lo que hizo en esta sentencia.

I. La jurisprudencia de la Corte Constitucional

1.- La sentencia C-1436 de 2000 resolvió una demanda de inexecutableidad contra los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 que autorizaban a los árbitros a resolver en derecho <<*las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación*>>. Esas normas, que fueron derogadas por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, no disponían —como lo hace el artículo 1º de la Ley 1563 de 2013— que tal autorización se extendiera a <<*las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales*>>. Esta es la primera diferencia que tiene que advertirse para precisar que lo resuelto en la sentencia C-1436 de 2000 no puede servir de base para fijar el alcance de una disposición legal con un contenido sustancialmente distinto; por esta razón, la Sala no podía sustentar la decisión en lo dispuesto en la parte resolutoria de la sentencia C-1436 de 2000, que fue exactamente lo que hizo en la sentencia objeto de este salvamento.

2.- Luego de que en la sentencia C-1436 de 2000 se declararon exequibles los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, <<*bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales*>>, la Corte



profirió la sentencia SU-174 de 2007. En esta sentencia, la Corte interpretó lo resuelto en la sentencia C-1436 de 2000 y precisó que los árbitros pueden resolver las controversias relativas a los efectos económicos de los actos administrativos contractuales, sin pronunciarse sobre su legalidad. Es cierto que la sentencia SU-174 de 2007 es una sentencia de unificación proferida en una acción de tutela. Sin embargo, la Sala no podía desconocerla porque en ella la Corte expresamente advierte que está interpretando la sentencia C-1436 de 2000 y lo hace en una sentencia de unificación en la que se fija el alcance del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia en estos casos.

3.- Fundamentar una sentencia en el contenido textual de la resolución de una sentencia de la Corte Constitucional que señala que los árbitros *<<no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales>>*, sin considerar que los alcances de esta sentencia fueron precisados posteriormente por la misma Corte y sin tener en cuenta que el legislador derogó las normas sobre las cuales se pronunció el fallo de constitucionalidad condicionada, implica darle a la jurisprudencia constitucional un alcance que no tiene: implica excluir la posibilidad de que sea el legislador (y no los jueces) quien debe señalar las condiciones de la jurisdicción arbitral².

4.- Gustavo Zagrebelsky, que reconoce que los jueces y, particularmente las cortes constitucionales, tienen legitimidad para construir el derecho, advierte que esta consideración no puede privar al legislador de sus competencias.

<< En síntesis: el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como <<partes del derecho>>, y no como <<todo el derecho>>. Pero puede pretender, tanto de los jueces como de la Corte constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. Si este derecho no se respeta, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un estado constitucional democrático.

(...)

Podemos, por tanto, corregir la afirmación con que comenzamos este epígrafe. Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil

² El artículo 116 de la CP dispone que <<Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, 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**>>.



coexistencia entre la ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre el Estado constitucional y cualquier <<señor del derecho>> hay una radical incompatibilidad. El derecho no es objeto de propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos>>³.

5.- La sentencia SU-174 de 2007 decidió una acción de tutela interpuesta por el Departamento del Valle del Cauca contra un laudo arbitral que impuso una condena patrimonial en su contra: alegó que el laudo incurrió en defecto orgánico porque desconoció *implícitamente* la liquidación unilateral expedida por el Departamento (en un acto proferido después de que les habían notificado la demanda arbitral).

5.1.- En su demanda, el consorcio no solicitó la anulación de la liquidación unilateral, sino que los árbitros liquidaran el contrato. El tribunal inicialmente se declaró competente para estudiar pretensiones sobre desequilibrio económico y para liquidar el contrato y, en el laudo, condenó al Departamento porque consideró que estaba probado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato. Los árbitros expresamente indicaron que no liquidaban judicialmente el contrato porque se demostró que el contrato fue liquidado unilateralmente por la entidad contratante durante el trámite del proceso arbitral.

5.2.- En este caso era evidente que, al pronunciar una condena contra el Departamento, se desconocía *implícitamente* el acto administrativo de liquidación del contrato que, lo advertimos desde ahora, es un acto expedido en ejercicio de facultades excepcionales que no está incluido dentro del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Para resolver este punto, la Corte señaló que interpretaba la sentencia C-1436 de 2000 cuyas consideraciones transcribió; y estableció expresamente que los árbitros podían resolver esta controversia sin pronunciarse *expresamente* sobre la nulidad del acto de liquidación. En la sentencia SU-147 de 2007 se lee:

<<3.1.3. *El arbitraje en el ámbito de lo contencioso administrativo, la validez de los actos administrativos, y la resolución de conflictos contractuales de contenido económico.* De particular importancia para el caso concreto que se revisa, es el tema del control de legalidad de los actos administrativos y la diferencia entre el ejercicio de tal control de legalidad y la resolución de controversias económicas que puedan derivarse de la adopción de determinados actos administrativos. A este respecto, **resulta relevante una lectura cuidadosa de los reales alcances de la decisión adoptada por el pleno de esta Corporación en la sentencia C-1436 de 2000.** (...)

3.1.3.4. En este orden de ideas, la Corte señaló que la Ley 80 de 1993 facultó a las partes en un contrato administrativo a someter las diferencias entre ellas, derivadas de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación del contrato, a la decisión de

³ Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p .153.



tribunales arbitrales; sin embargo, afirmó que en estos casos, los límites al pronunciamiento arbitral están dados por la naturaleza del arbitramento y las normas legales aplicables, que sólo permiten decidir sobre los asuntos de carácter transigible⁴. Así, explicó que en relación con los actos administrativos dictados con ocasión de la celebración, desarrollo, terminación **y liquidación** del contrato, se debe tener en cuenta que aunque el Estado al contratar se rige por los principios de contratación entre particulares –con preeminencia de autonomía de la voluntad e igualdad entre las partes-, también hay disposiciones extrañas a la contratación particular que apuntan a la conservación y prevalencia del interés general; concretamente es el caso **del ejercicio de las facultades exorbitantes de la administración, que rompen el principio de igualdad**. Sobre *“si los árbitros, en estos casos, pueden pronunciarse también, frente a las divergencias que surjan entre las partes, en relación con los actos administrativos que dicta la administración”*, la Corte concluyó que el análisis sobre la validez de los actos exorbitantes que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de los árbitros. Esto debido a que *“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”*.

3.1.3.5. Ahora bien, la **Corte trazó una distinción, que para el caso concreto que se revisa es pertinente, entre el control de la validez de un acto administrativo y la disputa que “se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial”, así éstas “tengan como causa un acto administrativo”**; y afirmó que cuando se trate de evaluar exclusivamente las consecuencias patrimoniales de estos actos administrativos, sin controlar su validez, es constitucionalmente legítimo que los árbitros administren justicia, **puesto que no se estarían pronunciando sobre asuntos reservados a la órbita exclusiva de la jurisdicción estatal**: *“cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de*

⁴ *“Los límites al pronunciamiento arbitral, en este caso, están determinados entonces, por la naturaleza misma del arbitramento y las prescripciones legales sobre la materia, según las cuales, éste sólo es posible en relación con asuntos de carácter transigible”*.



carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado”.

Puntualizó la Corte que, si bien el ejercicio de los poderes exorbitantes de la Administración puede traer “consecuencias patrimoniales”, dichas consecuencias **no le permiten a los árbitros pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos mediante los cuales la administración ejerció tales poderes.**

3.1.3.6. Para la Corte en dicha sentencia, esta conclusión resulta reforzada adicionalmente por dos argumentos: (i) la Constitución atribuye exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa la facultad de decidir **sobre la suspensión provisional de los actos administrativos**, por lo cual *a fortiori* es únicamente esta jurisdicción la que puede pronunciarse sobre su validez, y nunca los árbitros; y (ii) la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las controversias con la Administración es la regla general, y la resolución de conflictos por los árbitros es la excepción⁵ (...)>>.

6.- De las anteriores consideraciones resulta claro que:

6.1.- La restricción introducida por la Corte Constitucional a la jurisdicción arbitral se sustenta particularmente en no permitir que jueces transitorios afecten el *ejercicio* de las facultades excepcionales de las entidades públicas en los contratos estatales, porque en ese ejercicio de tales funciones está involucrado el interés público. Por eso la Corte considera que no pueden *suspender provisionalmente* dichos actos.

⁵ “Tanto es ello así, que de manera exclusiva y excluyente, el citado artículo 238 de la Constitución autoriza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo **para “suspender provisionalmente” los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por la vía judicial, asunto este que, ni por asomo, podría dejarse dentro del campo de acción de los particulares investidos en forma transitoria de jurisdicción como árbitros.** // Entonces, a fortiori, ha de concluirse que si dentro de la competencia de los árbitros no queda comprendida, ni puede quedar en ningún caso, competencia para la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos, con mucha mayor razón queda excluida tal competencia para decidir sobre la legalidad de tales actos, pues, **en guarda de la lógica jurídica, ha de reiterarse que quien no puede lo menos, jamás podrá lo más.** // De idéntica manera, ha de recordarse que la regla general es la de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los litigios con la administración y sólo por excepción de ellos conocerán los árbitros, en virtud de la autorización constitucional contenida en el artículo 116 de la Carta. Por ello, lo atinente a la competencia de los árbitros es de interpretación restrictiva, sin que pueda llegar a trocarse lo que es la excepción en la regla general, ni tampoco autorizarse como legítima una interpretación que transforme la regla general, es decir la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, en la excepción para concluir en contravía de la Constitución que esta sólo puede actuar en ausencia de los Tribunales de Arbitramento”.



6.2.- La restricción introducida por la Corte Constitucional se refiere a *todos* los actos administrativos en los que se haga uso de estas facultades excepcionales porque en todos ellos está involucrado el interés público. La sentencia SU-174 de 2000 se refiere puntualmente a la liquidación de un contrato.

6.3.- Esta restricción no implica prohibir a los árbitros *pronunciarse* sobre los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, pues explícitamente ellos pueden resolver las controversias sobre los efectos económicos derivados de tales actos.

II. La restricción de la jurisprudencia de la Corte por la jurisprudencia del Consejo de Estado

7.- En la sentencia del 10 de junio de 2009⁶, la Sección Tercera del Consejo de Estado restringió la regla jurisprudencial adoptada por la Corte Constitucional y estableció que los árbitros sí pueden **(i)** pronunciarse y **(ii)** resolver sobre la validez de los actos administrativos contractuales expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, pero no incluidos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

7.1.- En esta sentencia se resolvió un recurso de anulación contra un laudo pronunciado en un proceso arbitral iniciado por el Consorcio Porvenir contra el Incoder⁷. El consorcio solicitó que el tribunal de arbitramento declarara el restablecimiento del equilibrio económico de un contrato de obra pública y lo liquidara, porque el Incoder había incumplido sus obligaciones al entregar diseños defectuosos. El laudo accedió a las pretensiones y el Incoder presentó recurso de anulación porque la controversia se refería a <<*actos administrativos en firme*>> y el tribunal de arbitramento no tenía competencia para resolverla. Alegó que **(i)** el tribunal arbitral declaró el incumplimiento pese a que existía un acto en el que el Incoder había impuesto una multa al contratista; y **(ii)** el tribunal ignoró la liquidación unilateral del contrato.

7.2.- El Consejo de Estado no anuló el laudo por ese cargo. Señaló que los árbitros sí tenían competencia para <<*pronunciarse sobre la validez*>> de esos actos administrativos (la imposición de multas y la liquidación unilateral del contrato), porque eran diferentes a los listados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. El Consejo de Estado concluyó:

⁶ Expediente 36252, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷ Expediente 36252, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



<<A partir de lo expuesto y con base en las argumentaciones que aquí se han desarrollado, la Sala modifica la tesis que ha venido sosteniendo jurisprudencialmente para sostener entonces que con excepción de los actos administrativos que sean proferidos **en ejercicio de los poderes excepcionales previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993** –a los cuales la Corte Constitucional circunscribió el condicionamiento del cual hizo pender la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993–, todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del Estado –independientemente de que en la concepción de la mayoría de esta Corporación, según ya se explicó ampliamente, **esos otros actos administrativos contractuales también puedan considerarse como especies del género de los poderes o cláusulas excepcionales o exorbitantes– bien pueden ser sometidos al conocimiento de la denominada justicia arbitral** en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la validez y los efectos de los mismos>>⁸.

8.- La distinción hecha por el Consejo de Estado en la sentencia del 10 de junio se sustenta en una premisa contraria a la realidad, porque no es cierto que en la sentencia C-1436 de 2000 la Corte solo se refiera a las facultades excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993; y menos aún que haya excluido el acto de liquidación: por el contrario, la Corte se refiere expresamente a ese acto como puede leerse en la transcripción de la sentencia SU-174 de 2007 hecha anteriormente. Además, la distinción de la sentencia del 10 de junio de 2009 no puede justificarse si se tiene en cuenta la razón que sustenta la limitación impuesta a los árbitros para pronunciarse sobre la validez de estos actos administrativos: ¿acaso en el ejercicio de las potestades excepcionales del artículo 14 sí está en juego la <<defensa del interés general>>, pero no lo está en el ejercicio de las demás potestades excepcionales, sólo por no estar incluidas en esa norma?

9.- De acuerdo con la regla jurisprudencial del Consejo de Estado, que se mantiene en la sentencia objeto de este salvamento, los árbitros están habilitados sin ninguna limitación para pronunciarse sobre la validez de actos administrativos contractuales en los que se ejercen facultades excepcionales, pero que no se encuentren incluidos en la lista del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Los actos administrativos contractuales no enlistados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que contienen <<otros poderes o facultades excepcionales>>, son los siguientes: **(i)** terminación unilateral como consecuencia de la nulidad del contrato (artículo 45 de la Ley 80); **(ii)** liquidación unilateral (artículo 60 de la Ley 80); **(iii)** multas (artículo 17 de la Ley 1150 de 2007); **(iv)** declaratoria de incumplimiento e imposición cláusula penal (artículo 17 de la Ley 1150 de 2007); **(v)** declaración del siniestro y efectividad de la garantía (artículo 7 de

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, expediente 36252, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



la Ley 1150 de 2007); y (vi) cesión unilateral del contrato (artículo 8º de la Ley 2014 de 2019).

10.- En la sentencia de unificación del 18 de abril de 2013 (Rad. 17859), la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que el hecho de no proponer la excepción de compromiso no derogaba tácitamente el laudo arbitral; y concluyó que la controversia debía resolverse por un tribunal de arbitramento aunque en ella estaba involucrado un acto administrativo, porque dicho acto no estaba incluido dentro de artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pues se trataba de la terminación unilateral de un contrato por advertir la existencia de una causal de nulidad. El Consejo de Estado remitió el proceso al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Yopal; y esto —se insiste— a pesar de que en la demanda expresamente solicitó la nulidad de los actos administrativos de terminación unilateral con base en artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y de liquidación unilateral del contrato.

<<En el presente asunto, el acto administrativo cuestionado por el actor es aquél por medio del cual, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, la Administración declaró la terminación del contrato 488/96 y ordenó su liquidación, con fundamento en la segunda causal del artículo 44 de esa misma Ley, esto es, por haberse celebrado el contrato estatal “contra expresa prohibición constitucional o legal”; **por consiguiente, es claro que dicho acto administrativo contractual puede ser sometido al examen de árbitros, en tanto no corresponde a alguno de los actos administrativos contractuales que surgen de lo dispuesto en el precitado artículo 14 de la Ley 80 en mención.**

(...)

En este orden, y en esta lógica, la conclusión que parece uniforme en estas líneas es que existen múltiples actos administrativos que pueden dictarse al (sic) interior de una relación contractual, y que entre ellos, una parte, los derivados de las potestades exorbitantes de la ley 80 de 1993, no pueden ser juzgados por los tribunales de arbitramento; los demás actos administrativos contractuales sí>>⁹.

11.- Estimo que la distinción hecha por el Consejo de Estado, según la cual los árbitros sí pueden anular un acto administrativo contractual expedido en ejercicio de facultades excepcionales por el simple hecho de no encontrarse incluido en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, es incompatible con la jurisprudencia de la Corte, en la cual la restricción a los árbitros se justifica señalando que solo los jueces permanentes pueden afectar el *ejercicio* de esta potestad fundamentada en el interés público en este tipo de contratos; por esta razón la Corte indica enfáticamente que los árbitros no podrían *suspender provisionalmente* sus efectos.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia 18 de abril de 2013, expediente 17859, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.



12.- Pero, independientemente de lo anterior, lo que es importante resaltar aquí es que —de acuerdo con la sentencia del 10 de junio de 2009—, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, desarrollada antes de la expedición del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, los árbitros pueden pronunciarse sobre una controversia económica que afecte o contradiga un acto administrativo contractual expedido en ejercicio de potestades excepcionales: **(i)** declarando su nulidad por cualquier causa, pues esto fue lo que se dispuso en la sentencia de unificación del 18 de abril de 2013 que acabo de citar, en la cual el proceso se remitió al tribunal de arbitramento para que hiciera tal pronunciamiento o **(ii)** desconociendo *implícitamente* el acto administrativo, que fue lo que se hizo en la sentencia del 10 de junio de 2009.

12.1.- En la sentencia del 10 de junio de 2009, el Consejo de Estado advirtió que el tribunal de arbitramento modificó implícitamente el acto administrativo de liquidación unilateral y, sin pronunciarse sobre su validez, se pronunció sobre los efectos económicos de dicho acto.

<<No obstante que el Tribunal de Arbitramento se abstuvo, de manera expresa, de efectuar pronunciamientos en relación con las pretensiones que le pudieran llevar a avocar el conocimiento de las decisiones que adoptó el INCODER al liquidar unilateralmente el contrato, lo cierto es que cuando en el laudo se efectuaron los reconocimientos económicos de que da cuenta la parte resolutive del mismo, dentro de los cuales se encuentran unos reintegros que en definitiva alteran el corte final de cuentas contenido en la respectiva liquidación, de manera tácita la respectiva liquidación resultó materialmente alterada y en últimas se modificó. Sin embargo, tal proceder de los árbitros en modo alguno puede ser objeto de reproche en tanto que, se reitera, según el criterio expuesto anteriormente por esta Sala dentro de esta misma providencia, el Tribunal de Arbitramento sí podía conocer válidamente de cualquier pretensión relativa a dicha liquidación, puesto que no se estaba frente al ejercicio de una de las precisas potestades excepcionales previstas expresamente en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, las cuales —bueno es reiterarlo— son las únicas de esa estirpe que quedaron excluidas del conocimiento de la justicia arbitral por virtud del condicionamiento al cual la Corte Constitucional sujetó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 del Estatuto de Contratación Estatal en la referida sentencia C-1436 de 2000, más allá de que la mayoría de la Sala considere que la facultad de liquidación unilateral del contrato forme parte del género de los poderes excepcionales que en materia de contratación tienen a su disposición las entidades estatales>>.

12.2.- De acuerdo con esta sentencia, los árbitros están autorizados legalmente para pronunciarse sobre perjuicios desconociendo tácita o implícitamente lo resuelto en la liquidación unilateral del contrato, porque este acto no está comprendido dentro de los enumerados en el artículo 14 de la Ley 80,



13.- En síntesis:

13.1.- De acuerdo con la jurisprudencia de Corte Constitucional, plasmada en la sentencia C-1436 de 2000 y precisada en la sentencia SU-174 de 2007, los árbitros sí pueden pronunciarse sobre la reclamación económica del contratista que provenga de un acto administrativo contractual (cualquiera), siempre y cuando no sea necesario anularlo.

13.2.- Esta posibilidad ya fue reconocida por el Consejo de Estado en la sentencia del 10 de junio de 2009, en la cual resolvió que un laudo arbitral podía pronunciarse sobre los perjuicios reclamados por un contratista y desconocer tácita o implícitamente el acto de liquidación unilateral de un contrato, sin anularlo.

13.3.- El Consejo de Estado, a partir de la misma sentencia, considera que los árbitros pueden pronunciarse sobre la validez de un acto administrativo contractual expedido en ejercicio de facultades excepcionales, sin ninguna limitación: sin importar cuál sea la causa por la que se pide la anulación; o sea *<<cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió>>*¹⁰.

13.4.- El artículo 1 de la Ley 1563 de 2011: **(i)** autorizó a los árbitros a pronunciarse sobre controversias derivadas de la ejecución de los contratos estatales incluyendo las reclamaciones económicas derivadas de los actos administrativos contractuales expedidos en ejercicio de potestades excepcionales; **(ii)** no se refirió exclusivamente a los actos enumerados en el artículo 14 de la ley 80 de 1993; y **(iii)** no prohibió que los árbitros decretaran la nulidad de dichos actos administrativos, ni que se pronunciaran sobre ellos, cuando ello fuera necesario para resolver estas controversias.

III. El artículo 1º de la Ley 1563 de 2012

14.- El texto de esta norma es el siguiente:

<<ARTÍCULO 1o. 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.**

¹⁰ Artículo 137 del CPACA.



(...)

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>>**.

15.- Una primera lectura de esta disposición sería la de considerar que, cuando exista pacto arbitral, debe tramitarse un primer proceso en la jurisdicción contenciosa para obtener un pronunciamiento sobre la legalidad del acto y luego debe convocarse un arbitramento para que en el laudo se resuelva sobre los efectos económicos del acto anulado. Esta lectura, que parte de considerar que en ningún caso pueden coexistir en el ordenamiento jurídico un acto administrativo que disponga una cosa y una sentencia judicial que la contradiga, es ilógica y, por lo tanto, inadmisibile.

15.1.- Me parece simplemente absurdo y violatorio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia que no seamos capaces construir un camino distinto al de establecer que, cuando una entidad estipula una cláusula arbitral y profiere un acto administrativo en ejercicio de facultades excepcionales, el contratista deba tramitar dos procesos para formular una reclamación contractual contra la entidad.

15.2.- Hay una sola sentencia en la que, existiendo pacto arbitral, el Consejo de Estado anuló un acto administrativo contractual y se declaró inhibido para pronunciarse sobre los efectos económicos del mismo¹¹. En los demás casos, en los cuales se ha advertido la existencia de pacto arbitral y actos administrativos, y se ha planteado la excepción de compromiso ante la jurisdicción contenciosa, dicha excepción se ha rechazado: se ha aplicado una especie de *fuero de atracción* y se ha considerado que el juez administrativo es competente para conocer de los dos asuntos. Esa es finalmente la tesis que se acoge en la sentencia objeto de este salvamento con lo que —insisto— el pacto arbitral deja de ser una cláusula obligatoria porque queda derogada cuando la entidad contratante ejerce su derecho de expedir un acto administrativo contractual en ejercicio de las facultades excepcionales que le otorga la ley.

¹¹ En la sentencia se lee: <<en el asunto sub júdice **lo único que podía ser sometido al conocimiento de esta jurisdicción era lo relativo a la legalidad de los actos administrativos** que mediante los cuales se terminó unilateralmente el contrato 145 del 17 de julio de 1995, se impuso una multa al contratista y se resolvió el recurso de reposición interpuesto, **así como los efectos que se pudieran desprender de la expedición de tales actos administrativos**>> (expediente 20814, 27 de febrero de 2013, C.P. Zambrano). De ella puede inferirse que los actos administrativos tienen efectos económicos sobre los cuales deben pronunciarse los árbitros y otros efectos sobre los cuales deben pronunciarse los jueces ordinarios.



16.- De lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 no puede inferirse, como lo hace la sentencia objeto de este salvamento, que los árbitros solo pueden pronunciarse sobre las controversias que la ley autorice. Esta deducción desconoce el artículo 116 de la Constitución Política de acuerdo con el cual <<los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de (...) árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley>>. Los árbitros, al igual que los jueces, ejercen jurisdicción, solo que la ejercen de manera temporal y, de acuerdo con la ley, sobre los asuntos de libre disposición respecto de los cuales las partes les otorguen competencia al celebren un pacto arbitral.

17.- Es en relación con los asuntos que no sean de libre disposición que los árbitros sólo podrían ejercer jurisdicción cuando la ley lo autorice. Al respecto, Juan Pablo Cárdenas indica:

<<En relación con la categoría de asuntos de libre disposición pueden hacerse las siguientes precisiones: existen asuntos que siempre son disponibles, las controversias relativas a ellos pueden entonces someterse a arbitraje. Por regla general las controversias patrimoniales son disponibles. Por el contrario, existen asuntos que en ningún caso son disponibles, en principio tales asuntos no pueden someterse a arbitraje, a menos que la ley lo autorice...>>

Es por lo demás pertinente precisar que el hecho de que para resolver la controversia hayan de aplicarse normas de orden público no altera la conclusión, pues precisamente el árbitro debe actuar como juez y resolver la controversia teniendo en cuenta dichas disposiciones.

Pero aun si la materia fuera claramente indisponible la misma puede ser sometida a arbitraje cuando la ley lo autoriza>>¹².

18.- En relación con las controversias surgidas de los contratos estatales, incluyendo las relativas a las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, la ley expresamente dispone que los árbitros pueden pronunciarse sobre tales consecuencias y solo ordena que el laudo debe proferirse en derecho. El artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 no introduce ninguna prohibición: por el contrario, dispone expresamente que los árbitros están autorizados para resolver las controversias que surjan de la aplicación de los actos administrativos contractuales <<incluyendo las consecuencias económicas>> derivadas de dichos actos. No puede verse una restricción donde lo que hay es una habilitación y, en vez

¹² Cárdenas Mejía, Juan Pablo. Módulo arbitraje nacional e internacional. Colombia: Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019, pp. 42 y 43.



de desconocerla, la Sala debía establecer cómo implementarla teniendo en cuenta las consideraciones anteriores de la jurisprudencia y la reacción que frente a ellas tuvo el legislador al expedir esta disposición.

19.- El artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, al que se hace referencia en la sentencia objeto de este salvamento, dispone que *<<los árbitros como los amigables componedores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales>>*, pero no prohíbe que se pronuncien sobre sus efectos económicos. No puede concluirse, como lo considera la mayoría de la Sala, que esta disposición guarda armonía con la del artículo 1º de la ley 1563 de 2012. Lo que hay que deducir es lo contrario: para los demás contratos estatales, el legislador no introdujo la prohibición de que los árbitros se pronunciaran sobre los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales: esta era la idea que la Sala debía desarrollar a partir de la comparación de los dos textos legales.

20.- El artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 autorizó expresamente a los árbitros para que se resuelvan en derecho las controversias surgidas *<<por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, **interpretación, terminación y liquidación** de contratos estatales>>*. Lo anterior, a sabiendas de que en estos tres aspectos del contrato dichas entidades están facultadas para proferir actos administrativos en ejercicio de facultades excepcionales, por lo que en la acción contractual relativa a estos contratos está previsto expresamente que se resuelva sobre su nulidad¹³. Y el mismo artículo dispuso que la habilitación de los árbitros incluía pronunciarse sobre *<<las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales>>*. Por ello, no puede inferirse que la ley les prohibió *pronunciarse sobre estos actos o decretar su anulación* cuando ello fuera necesario para resolver la controversia. Lo que debe inferirse es todo lo contrario. Lo que hay que deducir de todo lo anterior es que el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 autorizó a los árbitros para resolver las controversias derivadas de los contratos estatales; a pronunciarse sobre los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, y a pronunciarse sobre su validez (o sea a anularlos), cuando lo hagan exclusivamente para resolver sobre sus consecuencias económicas.

21.- Para delimitar la autorización otorgada a los árbitros en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 hay que establecer cuáles son los efectos, que no tienen el carácter de consecuencias económicas, para concluir que —solamente en estos casos— los

¹³ El artículo 141 del CPACA dispone que en el <<medio de control>> denominado controversias contractuales, las partes podrán pedir que <<se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas>>.



árbitros no pueden pronunciarse o no pueden anular un acto administrativo expedido en ejercicio de potestades excepcionales. Para que la norma tenga sentido hay que considerar que los actos administrativos contractuales en los que se ejerzan potestades excepcionales tienen: **(i)** consecuencias o efectos materiales que surgen de la ejecución del acto o del ejercicio en interés público de esta potestad excepcional, las cuales solo pueden ser suspendidas, eliminadas o suprimidas por el juez contencioso administrativo; y **(ii)** consecuencias o efectos económicos que no afectan el ejercicio o la materialización del acto. Los árbitros no pueden anular un acto administrativo contractual si al hacerlo deben pronunciarse sobre las primeras, pero sí pueden hacerlo si su decisión solo tiene efectos sobre las segundas.

22.- El artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 *autoriza* a los árbitros para que se pronuncien sobre <<*las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales*>>. De allí puede deducirse que no los autoriza a anular tales actos cuando su decisión tenga incidencia sobre sus efectos materiales o afecte su ejercicio, o tenga consecuencias sobre la ejecución de lo que en ellos se ordena: en esos casos los árbitros no pueden ni suspender ni anular tales actos. Ello no impide que puedan anularlos o pronunciarse sobre ellos cuando su decisión solo tenga efectos económicos, o solo sea necesaria para pronunciarse sobre dichos efectos; ni les impide resolver la controversia cuando al hacerlo tengan que apartarse de las consideraciones que en ellos están plasmadas.

23.- Insisto en recordar que el Consejo de Estado en la sentencia del 10 de junio de 2009¹⁴ ya había establecido que aunque los actos administrativos contractuales que no están incluidos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 son actos proferidos en ejercicio de potestades excepcionales, los árbitros estaban autorizados para anularlos por cualquier causa; y esta tesis jurisprudencial se conserva en la sentencia de unificación objeto de este salvamento. Lo que debe agregarse, con base en lo dispuesto el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, simplemente es que esta habilitación se extienda a todos los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades excepcionales, siempre que ello solo tenga efectos en relación con las consecuencias económicas de tales actos.

23.1.- Si el Consejo de Estado admite que un árbitro puede anular una liquidación unilateral por cualquier causa (falta de competencia, violación del procedimiento, de las normas legales, desviación de poder o falsa motivación), ¿por qué no pueden tomar la misma decisión frente a una caducidad, si lo hacen con el solo objeto de

¹⁴ Expediente 36252, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.



pronunciarse sobre sus efectos económicos en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012?

23.2.- Y, si para la Corte Constitucional la posibilidad de que los árbitros anularan los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales debía limitarse porque en su *ejercicio* está vinculado el interés público, tal justificación deja de tener sentido cuando la ley establece que el pronunciamiento que hagan los árbitros solo puede incluir las <<*consecuencias económicas*>> de dichos actos.

24.- A mi modo de ver, para precisar el alcance de la autorización que la ley otorga a los árbitros, resulta esencial establecer que la pretensión impetrada ante la jurisdicción arbitral no afecte *el ejercicio* de una facultad excepcional en la cual está involucrado el interés general. Si la pretensión no está dirigida a suspender o a suprimir sus efectos materiales, sino a resolver sobre sus consecuencias económicas, creo que la solución que adoptó el Consejo de Estado en la sentencia del 10 de junio de 2009¹⁵ debe aplicarse a todos los actos expedidos en ejercicio de potestades excepcionales: los árbitros están autorizados para anularlos o para pronunciarse sobre ellos cuando lo hagan exclusivamente para resolver sobre sus efectos económicos.

25.- El artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 habilita expresamente a los árbitros a determinar si el acto administrativo produjo perjuicios económicos al contratista: los habilita para analizar su contenido y la forma como fue ejecutado con el propósito de determinar si causó perjuicios al contratista.

25.1.- La pregunta que habría que formularse a continuación es si para hacerlo y para desconocer su contenido, es necesario que anulen el acto siguiendo la línea jurisprudencial de acuerdo con la cual no pueden coexistir en el ordenamiento jurídico un acto administrativo que disponga una cosa (que declare la caducidad porque el contratista incumplió) y una sentencia que disponga otra (que condene a la entidad al pago de perjuicios porque quien incumplió el contrato fue la contratante); o no puede permanecer en el universo jurídico una liquidación unilateral que establezca que las partes están a paz y salvo y una sentencia que condene a la entidad al pago de determinada suma de dinero.

25.2.- En esos casos, la jurisprudencia tradicionalmente ha señalado que es necesario anular el acto para dictar la sentencia. Pero en la jurisprudencia del 10 de junio de 2009 el Consejo de Estado no objetó que en un laudo se desconociera tácitamente

¹⁵ Expediente 36252.



una liquidación unilateral porque en este se impuso una condena desconociendo su contenido.

26.- Creo que, en algunos casos, cuando el acto administrativo produzca un efecto económico, y por ejemplo tenga la condición de título ejecutivo, será necesario dejarlo sin efectos (o anularlo) para suprimir tales efectos. En otros casos no será necesario adoptar tal determinación. Y considero que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, los árbitros pueden pronunciarse sobre los perjuicios económicos sin necesidad de anular el acto que los produjo; o pueden anularlo si esta decisión solo produce efectos económicos y no acarrea como consecuencia suprimir sus efectos materiales o impedir que se cumpla la decisión adoptada en el acto con el objeto de asegurar la prestación del servicio.

26.1.- En el caso de que la entidad contratante haya expedido una resolución en la cual se declare la caducidad de un contrato, si lo que pretende el contratista es que se anule el acto y se le restablezca su derecho a continuar ejecutando el contrato o si, además, pretende que se suspendan provisionalmente los efectos de ese acto administrativo para ejercer tal derecho inmediatamente, debe acudir al juez del contrato y no puede hacer uso del pacto arbitral. Si lo que pretende es que se le reparen los perjuicios que le causó la expedición y ejecución de ese acto, puede formular tal pretensión ante el tribunal de arbitramento pactado en el contrato. Para tal fin, el tribunal podrá anular la resolución de caducidad o, en cualquier caso, podrá pronunciarse sobre aspectos que están contenidos en ella, y que le sirvieron de fundamento. Tendrá que determinar, por ejemplo, si el contratista incumplió sus obligaciones o si ese incumplimiento fue generado por un incumplimiento previo de la contratante. Y si concluye que las pruebas demuestran esto último, deberá condenar a la contratante a pagar perjuicios, con lo cual estará apartándose de la decisión adoptada en la resolución de caducidad. Pero, en tal caso, los árbitros se estarán pronunciando exclusivamente sobre los efectos —perjuicios económicos— que generó la expedición de ese acto.

26.2.- En el caso de una liquidación unilateral de un contrato en la que se determine un saldo en contra del contratista, los árbitros pueden resolver las controversias derivadas del contrato y, si en el laudo establecen que es la entidad contratante la que le adeuda un saldo al contratista, pueden anular dicho acto o dejarlo sin efectos, con lo cual no estarán haciendo nada distinto a pronunciarse sobre los efectos económicos de un acto administrativo. Aplicando la tesis vigente del Consejo de Estado que se reitera en esta sentencia de unificación, no hay duda de que pueden hacerlo.



26.3.- En el caso de la modificación unilateral, si el contratista pretende que no se aplique ese acto y quiere seguir ejecutando el contrato como venía haciéndolo, debe acudir al juez contencioso para que lo anule o suspenda. Si lo que pretende es que se le reparen los perjuicios que le causó la expedición y la ejecución del acto, estimo que puede acudir al tribunal de arbitramento solicitando la anulación de dicho acto, o sin formular tal pretensión como lo hizo la convocante en este caso, porque lo único que persigue es que el tribunal se pronuncie sobre sus efectos económicos. Y creo que eso fue exactamente lo que la Corte Constitucional señaló en la sentencia SU-174 de 2007:

<<En la presente providencia, la Corte reiterará la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-1436 de 2000, que se acaba de reseñar, en especial la distinción trazada por la Corte **entre el control de la validez de los actos administrativos dictados con ocasión de la actividad contractual del Estado**, por una parte, y **la resolución de las controversias exclusivamente económicas que surjan entre las partes contractuales -sea con motivo de tales actos administrativos o por causa de otras circunstancias propias de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación de los contratos administrativos-**, por otra. **Es perfectamente factible que para la resolución de estas controversias exclusivamente económicas, los tribunales arbitrales no examinen la legalidad ni cuestionen en absoluto la validez de los actos administrativos; si la disputa es económica, los aspectos centrales de su resolución tienen que ver con asuntos como la existencia, el contenido, los alcances y las condiciones de la obligación pecuniaria objeto de controversia; en otros términos, si existe una deuda contractual, y cómo se ha de cuantificar. No es necesario efectuar pronunciamientos sobre la validez de actos administrativos contractuales para efectos de adoptar una decisión sobre estos puntos>>.**

27.- A partir de lo anterior, la regla jurisprudencial que debió adoptarse para resolver el caso concreto debió partir de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012; debió señalar que *<<los árbitros pueden anular los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades excepcionales o pronunciarse sobre ellos cuando con tal decisión solo se afecten las consecuencias económicas de dichos actos>>*.

28.- La sentencia de la que me aparto, en vez de construir una interpretación que permita aplicar el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 para que los tribunales de arbitramento puedan ejercer la habilitación legal que les otorgó esta disposición, optó por la salida simple y fácil de considerar que, en la medida en que para resolver sobre el efecto económico de un acto administrativo es necesario pronunciarse sobre su validez, en ningún caso los árbitros pueden resolver este tipo de controversias. Estimo que, para tomar una decisión responsable, la Sala estaba obligada a considerar los efectos de su decisión y a respetar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la convocante:



28.1.- En relación con el efecto de la decisión pregunto: ¿resulta justificado que le respondamos a una parte que ha promovido un tribunal de arbitramento —y ha invertido los gastos que tal decisión supone— que la Sala estima que los árbitros, aunque tienen competencia para pronunciarse sobre los efectos del acto, no la tienen para anularlo? ¿Que tiene que pedirle primero al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que anule el acto de modificación unilateral por falsa motivación? Y después ¿qué? ¿Que dicho Tribunal se pronuncie sobre los efectos económicos cuando hay un pacto arbitral que no ha sido derogado? ¿O que, luego de pronunciarse sobre la validez del acto, le ordene al demandante que vuelva a convocar un tribunal de arbitramento para que se pronuncie sobre estas reclamaciones?

28.2.- En relación con el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, creo que los jueces siempre debemos tener en cuenta nuestra tarea consiste en solucionar los conflictos y no obstaculizar ese derecho de las partes. No debemos permitir que se generen estas situaciones, que no dudo en calificar de caóticas; y, sobre todo, hacerlo a partir de consideraciones dogmáticas tales como que la consecuencia económica de un acto es inescindible de su validez, o que en el universo jurídico no pueden permanecer un acto administrativo y una sentencia que implícitamente lo desconozca. Debemos tener en cuenta las consideraciones que razonablemente puede hacer quien presenta una demanda y tiene en cuenta las disposiciones legales, la jurisprudencia aplicable a ellas, y el pacto estipulado en el contrato.

29.- La decisión sobre si un tribunal puede o no resolver una controversia derivada de un contrato estatal no puede depender de las discusiones acerca del *verdadero propósito* del demandante, que debe formular sus pretensiones cuidándose de no hablar de nulidad de los actos administrativos o de la *destreza argumentativa* de los árbitros para no permitir que se piense que lo hicieron. La seguridad jurídica hacía necesario adoptar una regla de interpretación clara y precisa que desarrollara la habilitación legal establecida en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2002, en vez de desconocerla.

Fecha *ut supra*,

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado