

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

Magistrada Ponente: María Adriana Marín

Referencia: Recurso extraordinario de anulación
Radicación: 11001-03-26-000-2022-00173-00 (68994)
Convocante: Sistema Integrado De Transporte S.A. – SI 99 S.A.
Convocado: Transmilenio S.A.

Salvamento de voto de Alberto Montaña Plata

Considero que, en virtud de la postura jurisprudencial restrictiva, según la cual *un tribunal arbitral no puede pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales*, el caso debía resolverse como lo hizo la posición mayoritaria, es decir, mediante la anulación del laudo arbitral, por haber incumplido tal limitación. Ello, pues, como lo concluye la sentencia, bajo el pretexto de restablecer el equilibrio económico del contrato, el panel arbitral efectuó un juicio de legalidad sobre las fórmulas adoptadas por Transmilenio en las Resoluciones 589 y 691 de 2017.

No obstante, (1) la regla de unificación adoptada es excesivamente restrictiva y antitécnica; (2) la tesis restrictiva respecto de la competencia de los tribunales arbitrales debió abandonarse y, en lugar de ello, (3) la sentencia de unificación profundiza la confusión en relación con la administración de justicia por parte de los tribunales arbitrales que resuelven diferencias ocasionadas en contratos estatales y, por último, (4) la sentencia desconoce el principio dispositivo.

1. La regla de unificación adoptada es antitécnica y excesivamente restrictiva

La regla de unificación creada en la sentencia de la cual me aparto es extremadamente puntual, poco clara y limita, aún más, la lectura restrictiva de la competencia de los tribunales arbitrales en relación con el juicio de legalidad de los actos administrativos contractuales, producto del ejercicio de cláusulas exorbitantes.

Adicionalmente, la regla establecida en la providencia no materializa una verdadera unificación jurisprudencial. En el Auto de 20 de abril de 2023, la Sección Tercera avocó conocimiento del recurso extraordinario de anulación, por la *“necesidad de sentar jurisprudencia”* en relación con *“el real alcance de la competencia atribuida a los árbitros en el artículo 1o del estatuto de arbitraje, en relación con los actos administrativos en los que se ejerce una facultad excepcional por parte de la entidad contratante”*. Sin embargo, la decisión no define dicho alcance, sino que establece una regla para un supuesto específico, cuya solución ya estaba dada por la abundante jurisprudencia restrictiva de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado respecto de la competencia de los árbitros para anular actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas excepcionales.

2. La tesis restrictiva respecto de la competencia de los tribunales arbitrales debió abandonarse

A mi juicio, no debe mantenerse la referida tesis jurisprudencial restrictiva, pues considero que el ordenamiento jurídico vigente sí faculta a los árbitros para estudiar y juzgar la validez de cualquier acto administrativo que se produzca con ocasión de una relación contractual. La interpretación de las normas vigentes al respecto, expuesta por la sentencia de la que me aparto, además de ser contraria a la ley, atenta contra la autonomía de la voluntad y la libertad contractual de las partes que eligieron al arbitraje como el mecanismo idóneo para resolver sus conflictos. Igualmente, esta restringe, de forma manifiesta, la capacidad de un panel arbitral para solucionar un litigio derivado de un contrato estatal, ya que el cuestionamiento sobre la validez de los actos administrativos contractuales que comportan el

ejercicio de cláusulas excepcionales suele ser una parte esencial de dichas controversias. Expondré a continuación las razones que soportan dicha idea:

En primer lugar, debo advertir que, en la materia, no existe cosa juzgada constitucional que hubiera impedido adoptar un criterio diferente. La providencia de unificación sustentó su postura jurisprudencial restrictiva en la sentencia C-1436 de 2000, sin embargo, la limitación interpretativa ordenada por la Corte Constitucional en dicha providencia desapareció del ordenamiento jurídico.

En efecto, (1) la Corte Constitucional ha precisado que la cosa juzgada no se predica de *disposiciones* –identificadas por un número de artículo de una ley–, sino de *normas jurídicas* –contenido normativo–, por lo que la decisión sobre su exequibilidad (simple o condicionada) o inexecutableidad extiende sus efectos, incluso si la disposición fue derogada, pero la norma juzgada ahora se encuentra en otra ley. En este caso, ocurre el fenómeno de la cosa juzgada material y no formal. Sin embargo, el presupuesto para predicar la existencia de la cosa juzgada material es que se trate de la misma norma jurídica, aunque cambie de ubicación legal. Tal situación no ocurre en lo que respecta a la competencia de los árbitros para juzgar actos administrativos. Basta con constatar que los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 –hoy derogados– sobre los que recayó el control de constitucionalidad que se materializó en la exequibilidad condicionada que dispuso la sentencia C-1436 de 2000¹, no contienen, de manera alguna, una norma equivalente, ni al menos cercana, a la prevista en el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 (se transcribe):

Ley 80 de 1993	Ley 1563 de 2012
Artículo 70.- DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.	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. El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad,

¹ "Decláranse 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."

<p><i>El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.</i></p> <p><i>La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.</i></p> <p><i>Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.</i></p> <p><i>En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional.</i></p>	<p><i>igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.</i></p> <p><i>El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.</i></p> <p><i>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.</i></p>
<p><i>Artículo 71.- Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su desarrollo, terminación y liquidación.</i></p> <p><i>En el documento de compromiso que se suscriba se señalará la materia objeto de arbitramento, la designación de los árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos de los mismos.</i></p>	

Es decir que, al recaer el condicionamiento a la exequibilidad sobre una norma hoy inexistente, tal restricción interpretativa ordenada por la Corte Constitucional desapareció igualmente del ordenamiento jurídico. La ausencia de cosa juzgada material fue reconocida por la misma Corte Constitucional en la sentencia C-457 de 2015, citada en la decisión de unificación, en donde, en lugar de estarse a lo resuelto en la sentencia C-1436 de 2000, se inhibió de proferir una decisión de fondo por ineptitud de la

demanda. De la lectura de los argumentos para abstenerse de fallar se evidencia que, en esa oportunidad, la Corte entendió que se trataba de normas diferentes.

(2) Ahora bien, de llegarse a concluir, con hermenéutica forzada, que los contenidos normativos de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 corresponden al artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, tampoco habría cosa juzgada constitucional, considerando que la misma jurisprudencia constitucional ha aceptado que no existe cosa juzgada "en dos eventos: (i) cuando haya operado una **modificación en el referente o parámetro de control**, (la Constitución Política o el Bloque de Constitucionalidad), bien sea ésta formal (reforma constitucional o inclusión de nuevas normas al Bloque) o en cuanto a su interpretación o entendimiento (Constitución viviente²), cuyo efecto sea relevante en la comprensión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma que ya fue objeto de control; o (ii) cuando haya operado una **modificación relativa al objeto de control**, esto es, en el contexto normativo en el que se encuentra la norma que fue controlada, que determine una variación en su comprensión o en sus efectos. En estos casos, en estricto sentido, no se trata de excepcionar la cosa juzgada, sino de reconocer que, en razón de los cambios en algunos de los extremos que la componen, en el caso concreto, no se configura una cosa juzgada"³ (negritas agregadas).

En este caso, el contexto normativo en el que se encuentra la norma que fue controlada es completamente diferente y, por lo tanto, su entendimiento es tan distinto, que no podría afirmarse que la norma jurídica ya fue objeto de control de constitucionalidad. La Ley 80 de 1993 no pretendió realizar una regulación integral de la figura del arbitraje y, por el

² "El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva - aun cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental -, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. El concepto de "Constitución viviente" puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, - que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades -, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica": Corte Constitucional, sentencia C-774 de 2001. Sobre el tema, entre otras sentencias, puede consultarse: C-332 de 2013, C-166 de 2014, C-687 de 2014 y C-007 de 2016.

³ Corte Constitucional, sentencia C-096 de 2017.

contrario, únicamente, se refirió a aspectos puntuales del mismo. En cambio, el Estatuto Arbitral realizó una regulación completa y sistemática de la figura, inspirada por una ampliación de la competencia de los paneles arbitrales y, por ello, como lo explicaré más adelante, aceptó, de manera explícita, la competencia de los árbitros para juzgar la validez de cualquier acto administrativo proferido dentro de la relación contractual del Estado. Adicionalmente, es de esperarse un cambio en la interpretación de los textos constitucionales que dieron lugar a la formulación de la tesis que restringe la competencia de los árbitros –*Constitución viviente*– mutación constitucional no formal, sino hermenéutica, que abandone los yerros y prejuicios que fundaron la postura formulada en el año 2000. La realidad de los jueces, el arbitraje, y la asunción de competencias y funciones públicas por parte de particulares no es la misma al inicio de siglo que en la actualidad.

En segundo lugar, y una vez despejado el camino para el abandono de la tesis restrictiva, debió considerarse que las normas vigentes sobre la justicia arbitral no soportan la postura mayoritaria. La regla general –cuyas excepciones expondré luego– determinada por la Constitución Política y el Estatuto Arbitral en relación con las facultades de los tribunales arbitrales define una competencia arbitral plena. El artículo 116 superior no establece, como sí lo hace respecto del ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas⁴, restricción material alguna en cabeza de los árbitros en el ejercicio de la administración de justicia, sino que se limita a definir que estos pueden ser *“habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”* y así serán *“investidos transitoriamente de la función de administrar justicia (...) en los términos que determine la ley”*. En virtud de dicha norma, debe entenderse que los tribunales arbitrales cuentan con las mismas facultades que los jueces, mientras administran justicia de forma transitoria. Así lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia C-242 de 1997 (se transcribe):

“(...) el arbitramento representa un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido, y claramente consagrado por el ordenamiento jurídico; es más, dicho instituto goza de autorización constitucional expresa, (...) en donde los árbitros quedan investidos transitoriamente, de la función de administrar justicia, con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades, en razón de haber

⁴ *“Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”.*

quedado habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que señale la ley”.

En la misma línea, la Corte Constitucional señaló en la decisión de unificación SU-174 de 2007 que *“la función principal de los árbitros es la de resolver en forma definitiva una disputa, conflicto o controversia, de índole fáctica o jurídica – por lo cual, desde esta perspectiva, los árbitros cumplen una función de tipo jurisdiccional”*. Luego, en la sentencia C-305 de 2013, la Corporación señaló que dicha función jurisdiccional, de conformidad con el artículo 228 de la Constitución, es una función pública.

Cualquier limitación a la función de los tribunales arbitrales de administrar justicia deberá provenir de una ley y, actualmente, no existe una norma que restrinja, en términos generales, dicha función en relación con la facultad de anular actos administrativos. De hecho, el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 precisó que el arbitraje puede recaer sobre *“asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”* y dicha norma no excluye expresamente la facultad de los árbitros de hacer un juicio de legalidad sobre los actos administrativos contractuales. Esta corporación se pronunció al respecto en la providencia de 8 de noviembre de 2012 (exp. 36709)⁵ (se transcribe):

*“(…) aparte de la establecida específicamente respecto de los actos administrativos contractuales a los que se refiere la sentencia C1436 de 2000 de la Corte Constitucional, **en el ordenamiento jurídico colombiano no se ha introducido ninguna otra restricción a la facultades de los Tribunales de Arbitramento para pronunciarse sobre actos administrativos** o que limite las competencias que éstos pueden ejercer en su condición de particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política”* (negritas agregadas).

Estimo que la interpretación acogida por la mayoría de la Sala es incompatible con la Constitución y desconoce el *“carácter incuestionado de la actividad de producción normativa del legislador”*, que debe ser el fundamento de todo método de interpretación⁶. La sentencia de la cual me aparto sostiene que *“el nuevo Estatuto Arbitral no contempla una autorización para que los árbitros puedan pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos fruto del ejercicio de facultades excepcionales”* y que *“dicha norma no dijo nada sobre [la] legalidad [de los actos proferidos*

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 8 de noviembre de 2012, exp. 36709.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-054 de 2016.

en ejercicio de poderes excepcionales]; de allí, anticipa la Sala, se deriva la falta de jurisdicción de la justicia arbitral, ya que cualquier atribución de facultades de juzgamiento en estos asuntos debe ser expresa y clara”. No obstante, no le competía al legislador “autorizar” a los tribunales arbitrales a realizar dicho juicio, en la medida en que, en contraposición con los señalado en la providencia, la Constitución ya había otorgado a los árbitros la función de administrar justicia transitoriamente, sin limitación alguna “en los términos que determine la ley”; por lo que el legislador podía restringir dicha función, mas no establecer “autorizaciones” en relación con esta.

Ahora, como excepción respecto de la plena competencia arbitral establecida en la Constitución, existen dos normas especiales que la restringen en casos específicos: la Ley 418 de 1997 y la Ley 1682 de 2014 –Ley de Infraestructura de Transporte–. La primera, en su artículo 91, dispuso que no podrá ser sometida a arbitraje la aplicación de la cláusula de caducidad cuando el contratista haya incurrido, con ocasión del contrato, en determinadas conductas relacionadas con grupos armados organizados al margen de la ley⁷. Por su parte, el artículo 14, literal c, de la Ley de Infraestructura de Transporte dispone que los árbitros “no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales”.

Con ocasión de lo anterior, no comparto la afirmación de la mayoría de la Sala según la cual la Ley 1682 de 2014 “cristaliza la voluntad del legislador, orientada a que los árbitros no puedan conocer de la legalidad de actos

⁷ “Artículo 90. El Gobierno podrá declarar la caducidad o decretar la liquidación unilateral de todo contrato celebrado por una entidad pública, cuando el contratista incurra, con ocasión del contrato y en relación con los grupos armados organizados al margen de la ley, en cualquiera de las siguientes causales:

Ceder injustificadamente ante las amenazas proferidas por dichos grupos.

Recibir, suministrar, administrar, intervenir, financiar, transferir, guardar, transportar, almacenar o conservar dineros o bienes provenientes de o con destino a tales grupos o colaborar y prestar ayuda a los mismos.

Construir, ceder, arrendar, poner a disposición, facilitar o transferir a cualquier título, bienes para ser destinados a la ocultación de personas o al depósito o almacenamiento de pertenencias de dichos grupos.

Paralizar, suspender o disminuir notoriamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por atender instrucciones de dichos grupos.

Incumplir el deber de denunciar hechos punibles, cuya comisión sea imputable a dichos grupos, conocidos con ocasión del contrato.

PARÁGRAFO. Para efecto de lo dispuesto en el presente artículo, constituye hecho del contratista la conducta de sus agentes o dependientes, de la cual haya tenido conocimiento”.

Artículo 91. La declaratoria de caducidad deberá proferirse mediante resolución motivada de la entidad contratante, haciendo efectivas la cláusula penal y las multas contractuales a que hubiere lugar. Dicha resolución prestará mérito ejecutivo contra el contratista y las personas que hayan constituido las respectivas garantías y se hará efectiva por jurisdicción coactiva.

(...)

En ningún caso la aplicación de esta cláusula podrá ser sometida a conciliación o a decisión arbitral. (...) (negritas agregadas).

expedidos en ejercicio de poderes excepcionales". Ello, ya que la citada norma representa la voluntad del legislador de limitar la competencia de los árbitros, exclusivamente, en relación con los contratos de infraestructura y contempla, precisamente, una excepción a la regla general dispuesta en los artículos 116 superior y 1 de la Ley 1563 de 2012, que no excluyen la facultad de los árbitros de anular actos administrativos. Así como la Ley 80 de 1993 había abandonado la restricción al arbitraje que existía en el Decreto Ley 222 de 1983 respecto de las facultades exorbitantes⁸ y la jurisprudencia constitucional la revivió, sin fundamento y contrariando la voluntad del legislador, ahora también revive la antigua restricción general, en contra del Estatuto Arbitral vigente.

3. La sentencia de unificación profundiza la confusión en relación con la administración de justicia por parte de los tribunales arbitrales que resuelven diferencias ocasionadas en contratos estatales

Considero que, en contra de la seguridad jurídica, la Sala desaprovechó una oportunidad importante de crear una construcción jurisprudencial que apuntara a la claridad y no a la confusión en relación con la administración de justicia por parte de los tribunales arbitrales que resuelven diferencias ocasionadas en contratos estatales. Existen dos distinciones arbitrarias y ficticias que merecían y requerían la atención del Consejo de Estado y que no fueron estudiadas por la sentencia de unificación: (1) la diferencia entre el pronunciamiento sobre la legalidad del acto administrativo y sobre sus efectos económicos y (2) la oposición entre los poderes exorbitantes o excepcionales contemplados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y aquellos que no están incluidos en dicha norma.

(1) En primer lugar, es hora de superar la imposible y artificial distinción entre hacer un estudio sobre la legalidad de un acto administrativo y pronunciarse sobre sus "consecuencias económicas", como las llama el artículo 1 del Estatuto Arbitral. Considero imposible que un tribunal arbitral decida en relación con los efectos económicos de un acto administrativo expedido en ejercicio de facultades excepcionales sin pronunciarse sobre su legalidad.

⁸ Decreto 222 de 1983, "Artículo 76. De la cláusula compromisoria. Salvo disposición en contrario, en los contratos podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato. Los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será siempre en derecho. **La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no son susceptibles de decisión arbitral. Tampoco lo serán las cláusulas que contengan los principios previstos en el Título IV**" (negritas agregadas).

El estudio de la validez del acto está ligado de forma inescindible con el análisis de sus efectos. Precisamente, un “efecto” es *“aquello que sigue por virtud de una causa”* y el efecto económico de cualquier acto administrativo halla su causa en sus elementos de validez. Siempre que los árbitros estudien las consecuencias económicas de un acto administrativo, están analizando, a su vez, la motivación del acto, porque tales efectos deben estar sustentados. Como ocurrió en este caso, al pronunciarse sobre las supuestas consecuencias económicas del acto, el tribunal arbitral, necesariamente, estudió su legalidad y validez.

De conformidad con la sentencia, *“los análisis del panel arbitral no se limitaron [...] a valorar o cuestionar las cargas o prestaciones correlativas entre las partes, con ocasión de la modificación unilateral de la concesión”*. No es claro, y tampoco lo esclarece la providencia, cuáles serían las *“cargas o prestaciones correlativas entre las partes”*. Además, la decisión señala que *“TRANSMILENIO modificó no solo el plazo del contrato, mediante la prórroga, sino también la forma de remuneración del concesionario, por lo que ese mecanismo de mantenimiento del equilibrio económico del contrato que se implementó en la decisión administrativa no constituye un mero efecto económico de la misma, sino que hace parte del acto administrativo”*. Tampoco es comprensible qué podría constituir un *“mero efecto económico”*. De la redacción de la consideración citada podría entenderse que las consecuencias económicas no podrían formar parte del acto administrativo; lo cual sería un sinsentido jurídico.

La regla de unificación adoptada en la sentencia determina que los litigios que versen sobre *“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 (...) comprometen un juicio de validez y legalidad sobre el ejercicio de la función administrativa y no solamente sobre sus efectos económicos”*. No obstante, nuevamente, la providencia no esclarece en qué supuestos el tribunal se podría pronunciar, únicamente, sobre los efectos económicos de un acto, sin estudiar su validez y legalidad. Considero que dicha explicación no se realizó porque dicho supuesto, sencillamente, no existe. En este orden de ideas, considero que la distinción entre el pronunciamiento sobre la legalidad del acto administrativo y sobre

sus efectos económicos corresponde a una clasificación imposible jurídicamente.

(2) En segundo lugar, estimo que la diferenciación entre los poderes exorbitantes o excepcionales contemplados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y aquellos que no están incluidos en dicha norma también debería desaparecer.

La decisión de la que me aparto sustenta sus consideraciones en la providencia de 10 de junio de 2009 (exp. 36252)⁹, que reiteró la postura de la sentencia C-1436 de 2000 –respecto de la cual no operó la cosa juzgada constitucional– en relación con la restricción de la competencia de los tribunales arbitrales. Esta desafortunada tesis distingue las facultades exorbitantes del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 de aquellas que no están contenidas en esa disposición y sostiene que los árbitros solo pueden controlar la legalidad de los actos administrativos derivados de estas últimas.

En lo que atañe al concepto de “cláusulas excepcionales o exorbitantes”, es importante señalar que nuestro ordenamiento jurídico no clasifica ni distingue las facultades exorbitantes de la administración y, por lo tanto, el juez no puede diferenciar su control de legalidad. Tampoco comparto las razones expuestas por el juez constitucional cuando pretendió, en la sentencia C-1436 de 2000, fundamentar esta artificial distinción (se transcribe):

“(…) cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de 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

⁹ “(…) 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 [en la sentencia C-1436 de 2000] 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”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de junio de 2009, exp. 36252.

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 (...)".

No es cierto, como lo afirmó la Corte, que solo mediante la expedición de los actos administrativos que materializan una potestad exorbitante plasmada en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el Estado actúa en ejercicio de una función pública y en defensa del interés general. Por el contrario, ello se cumple siempre que la administración usa facultades o prerrogativas exorbitantes que se plasman en actos administrativos contractuales; las cuales incluyen aquellas potestades del citado artículo, pero sin limitarse a ellas. En efecto, también son facultades exorbitantes de la administración la imposición de multas, la liquidación unilateral de los contratos, la exigibilidad de garantías constituidas para amparar riesgos contractuales, entre otras.

En conclusión, considero que la distinción que acoge la sentencia de unificación entre los poderes exorbitantes o excepcionales contemplados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y aquellos que no están incluidos en dicha norma es una clasificación ficticia sin fundamentación jurídica, la cual no debería ser perpetuada por esta corporación. No existe sustento para sostener que los árbitros son competentes para pronunciarse sobre la legalidad de unos actos administrativos, pero no de otros.

4. La sentencia de unificación desconoce el principio dispositivo

Por último, considero que la sentencia de unificación desconoció el principio dispositivo que, según las mismas consideraciones de la providencia, limita las facultades del juez de anulación. Según se lee en la sentencia de la cual me aparto (se transcribe):

*"Ahora bien, los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado 'principio dispositivo', en cuya observancia **dicho operador judicial debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación del respectivo recurso.** A su vez, el objeto que se persigue con el recurso se debe encuadrar en las precisas causales que la ley consagra, por lo que, en principio, **no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas,** y menos aún, para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación"* (negritas agregadas).

En contraposición a dicha idea y pese a que en el recurso se alegó la falta de competencia del tribunal y nunca hizo referencia a la falta de jurisdicción, la mayoría de la Sala decidió declarar parcialmente fundado el recurso de anulación *“por haberse configurado la causal 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en lo relativo a la falta de jurisdicción”*¹⁰. Además, la excepción desestimada por el tribunal arbitral, que se anula mediante la sentencia de unificación, también se refiere a la *“falta de competencia del tribunal para conocer de la presente controversia (...)”*. Lo anterior implica una abierta contradicción al principio dispositivo y una interpretación por parte de la Sala del recurso extraordinario, lo cual le está vedado al juez de anulación, quien debe limitarse, estricta y exclusivamente, a estudiar y decidir respecto de lo formulado en el recurso.

5. Conclusión

Así las cosas, salvo mi voto, pues no comparto, en absoluto, la regla de unificación; considero que no debe mantenerse la tesis jurisprudencial restrictiva en relación con la competencia de los tribunales arbitrales, y estimo que la sentencia desconoce el principio dispositivo al estudiar una causal de anulación no invocada por la recurrente.

Considero, por último, que la decisión atenta contra los derechos de las partes al acceso a la administración de justicia, a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual. Las consideraciones y la decisión vulneran la efectividad y la eficiencia del arbitraje, pues desconocen que este es un mecanismo creado constitucionalmente para cumplir la función pública de impartir justicia. La mayoría de la Sala pareciera desconocer que los árbitros tienen los mismos poderes y facultades de los jueces de la República.

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA

¹⁰ La Sala consideró que *“en el presente caso el vicio aducido por el recurrente corresponde al de falta de jurisdicción, toda vez que lo funda en la imposibilidad de que los árbitros se pronuncien sobre la legalidad de los actos administrativos en los que se ejercen facultades excepcionales, por no estar legalmente autorizados para ello”*.