SU142-26

n2abogados.com

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL
Sala Plena

SENTENCIA SU-142 de 2026

Expediente: T-11.087.982

Asunto: Acción de tutela presentada por Sistema Integrado de Transporte S.A. en contra de la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Magistrado ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar

Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil veintiséis (2026)

La Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, especialmente de las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, y 33 y siguientes del Decreto Ley 2591 de 1991, en el trámite de revisión del fallo proferido el 17 de marzo de 2025 por la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó el fallo proferido el 12 de diciembre de 2024 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con el cual se declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por la empresa Sistema Integrado de Transporte S.A. en contra de la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Síntesis de la decisión

La Corte Constitucional estudió una tutela presentada por la empresa Sistema Integrado de Transporte S.A. en contra de la Sentencia del 14 de marzo de 2024 proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Esa decisión resolvió un recurso extraordinario de anulación que promovió la Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. contra apartes del Laudo arbitral del 11 de julio de 2022 con el cual

Documento producido desde la Secretaría General (Sede Electrónica) de la Corte Constitucional, 2026. Fecha de publicación del Estudio: 2 de agosto de 2026

se resolvieron disputas surgidas entre la citada Empresa y Sistema Integrado de Transporte S.A, con ocasión del Contrato 001 de 2000.

En dicho fallo, la Sala Plena de la Sección Tercera unificó su jurisprudencia sobre los alcances de la facultad que, conforme al inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, tienen los tribunales de arbitramento en los cuales 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 los contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades o facultades excepcionales. Al respecto, definió que las medidas de reconocimiento, pago de compensaciones e indemnizaciones y aplicación de mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales son inescindibles al ejercicio de las potestades o facultades dispuestas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Por ello, dijo que correspondía exclusivamente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de las controversias en torno a dichas materias, en tanto involucran un juicio de legalidad y validez sobre los actos administrativos contractuales, y no solo sobre sus efectos económicos.

Con base en esa unificación, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró parcialmente fundado el recurso de anulación por configurarse, a su juicio, la causal 2ª prevista en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en lo relativo a la falta de jurisdicción, puesto que, dijo, el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre un aspecto inescindible al acto administrativo proferido en ejercicio de una potestad excepcional con el cual se modificó unilateralmente el Contrato 001 de 2000, cuya competencia, señaló, corresponde exclusivamente al juez de lo contencioso administrativo.

La empresa accionante alegó que la Sentencia del 14 de marzo de 2024 vulneró sus derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a la igualdad. Planteó que la decisión atacada incurrió en cuatro defectos: *(i)* violación directa de la Constitución Política; *(ii)* sustantivo; *(iii)* desconocimiento del precedente judicial; y, *(iv)* procedimental absoluto.

En términos generales, adujo que la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado pasó por alto que el artículo 116 de la Constitución autoriza a los árbitros para ejercer la función pública de administrar justicia en los términos que establezca la ley. También, que la Ley 1563 de 2012 permite a los tribunales de arbitramento conocer de las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades o facultades excepcionales, en línea con lo dicho por la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado. Agregó, que la regla de unificación se apoyó en una sentencia de constitucionalidad que examinó dos artículos de la Ley 80 de 1993 ya derogados. Finalmente, afirmó que se desconoció el principio dispositivo, porque la causal de anulación planteada fue la falta de

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

competencia y no la falta de jurisdicción que finalmente estudió la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la providencia cuestionada.

La Corte Constitucional consideró que la acción de tutela era procedente, a diferencia de lo sostenido por los jueces de instancia. Respecto del requisito de relevancia constitucional, evidenció que el asunto no se limitaba a una cuestión de índole legal o económica, puesto que la discusión proyectaba su incidencia sobre el alcance, contenido y desarrollo de una norma constitucional, como lo es el artículo 116 de la Constitución Política y, en ese contexto, se alegaba la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante. En cualquier caso, la Corte confirmó la decisión de los jueces de instancia en lo relativo a la improcedencia de la tutela para cuestionar el defecto procedimental absoluto, porque tal irregularidad procesal alegada no fue decisiva en la providencia judicial atacada. Además, la Corte advirtió que los reparos por violación directa de la Constitución en realidad remitían a censuras propias del defecto sustantivo. Por ello, subsumió el estudio de esos reproches en dicho defecto.

De ahí que, en el estudio de fondo se valoró la configuración de los defectos sustantivo y por desconocimiento del precedente judicial. A partir de las consideraciones generales sobre estas causales, el fundamento constitucional del arbitraje y el criterio de arbitrabilidad objetiva en la contratación estatal, la Corte constató que la Sentencia del 14 de marzo de 2024, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, incurrió en los defectos sustantivo y por desconocimiento del precedente.

Para la Corte, la providencia cuestionada realizó una interpretación limitada del alcance del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, sin considerar el parámetro constitucional y el legal estatutario vigente y las demás normas aplicables a la competencia de la justicia arbitral. Como efecto de lo anterior, se omitió que conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución, el legislador habilitó a los árbitros para conocer sobre los efectos económicos de los actos administrativos contractuales dictados en ejercicio de las facultades excepcionales. Si bien la sentencia atacada propuso una regla de inescindibilidad entre los efectos económicos y la legalidad del acto contractual, para sostener que los árbitros conocerían lo último al revisar lo primero, esa regla se estructuró a partir de una decisión que analizó la constitucionalidad de dos disposiciones legales ya derogadas y sin considerar la interpretación sistemática del contexto normativo actual. Además, la regla se introdujo súbitamente, pues la jurisprudencia previa del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional reconocía la competencia de los árbitros para conocer los efectos económicos de los actos administrativos contractuales, a partir de distinguir, o si se quiere escindir, el tipo de análisis entre el control de legalidad de los actos contractuales y las disputas económicas surgidas con motivo de ellos. Por consiguiente, se acreditó que la regla implicó un cambio de precedente que no consideró las circunstancias particulares y las nuevas cargas procesales impuestas a las partes en el contrato estatal.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

Por todo lo anterior, la Corte resolvió: *(i)* confirmar parcialmente el fallo de segunda instancia que, a su vez, confirmó la decisión de primera instancia que declaró improcedente la acción de tutela, únicamente en lo relacionado con el defecto procedimental absoluto alegado; *(ii)* revocar en lo demás lo decidido en instancias, para, en su lugar, tutelar los derechos fundamentales invocados por la sociedad accionante; *(iii)* dejar sin efectos la Sentencia del 14 de marzo de 2024 que profirió la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; y, *(iv)* ordenar a la autoridad judicial accionada que profiera una nueva decisión que tenga en cuenta las consideraciones expuestas por la Corte.

I. ANTECEDENTES

Hechos relevantes probados

1. La empresa Sistema Integrado de Transporte S.A. (en adelante SI99 o el Concesionario) y la Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A. (en adelante Transmilenio) suscribieron el Contrato de Concesión No. 001 el 19 de abril de 2000 (en adelante, el Contrato 001). Según la cláusula segunda, el objeto del Contrato 001 se circunscribió a lo siguiente:

> "2.1 Otorgar en concesión no exclusiva al CONCESIONARIO, la explotación económica del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros, en los términos, bajo las condiciones y con las limitaciones previstas en el presente contrato. Dicha concesión otorgará el permiso de operación al CONCESIONARIO para la prestación del servicio de transporte público terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en la ciudad de Santa Fe de Bogotá D.C. y su área de influencia, sobre las troncales del Sistema Transmilenio, y respecto de los grupos de servicios que se originen en las estaciones que conformen o que llegaren a conformar el Sistema Transmilenio, de acuerdo con la adjudicación hecha mediante la Licitación Pública No. 001 de 1999.
>
> "2.2 Otorgar en CONCESIÓN la infraestructura constituida por las áreas de soporte técnico que forman parte de los patios de operación asignados al tamaño de la flota inicial que el CONCESIONARIO se comprometió a incorporar a la operación troncal del Sistema Transmilenio, según las reglas de la licitación, de acuerdo con las condiciones que se establecen en el presente contrato, a efectos de dotarlos y prestar en sus instalaciones el soporte técnico requerido por su flota vinculada al servicio del Sistema Transmilenio".[1]

2. Las cláusulas 69 y siguientes del Contrato 001 establecieron la tarifa técnica y la forma de calcularla.[2] A su turno, la cláusula 77 del contrato fijó la fórmula para determinar el valor de la participación que tendría derecho a recibir el concesionario.[3]

3. En la cláusula 102 del Contrato 001 se señaló que el término de la concesión sería indeterminado, pero determinable. Para establecer el término de la

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

etapa de operación regular, se estableció que estaría comprendido entre la fecha determinada por Transmilenio para el inicio de la operación regular y el momento en el cual el kilometraje promedio de uso de la flota alcanzara 850.000 kilómetros. [4]

4. Los contratantes pactaron la "cláusula 131. Tribunal de Arbitramento" para efectos de resolver las controversias que surgieran del negocio jurídico. La referida cláusula se acordó de la siguiente manera:

> "CLAÚSULA 131. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO. Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución o liquidación de este Contrato que no sea posible solucionar amigablemente, mediante arreglo directo o conciliación, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento, el cual se regirá por las siguientes reglas:
>
> "131.1. El Tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes cuando la cuantificación de la pretensión o la valoración del conflicto sea igual o superior a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de presentación de la respectiva solicitud de citación del Tribunal. En caso en que el valor de estimación del conflicto o de las pretensiones se encuentre por debajo de tal valor, se designará un único árbitro.
>
> "131.2. La designación de (los) árbitro (s) deberá realizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se entienda agotada la etapa de conciliación. Si tal acuerdo no se lograra, las partes recurrirán a la Cámara de Comercio de Bogotá para que sea ésta quien los designe.
>
> "131.3. Los árbitros decidirán en derecho.
>
> "131.4. El Tribunal se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y se regirá por lo previsto en esta cláusula y por todas las disposiciones aplicables, en particular el Decreto 2279 de 1989, ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998, o por las normas que los adicionen, modifiquen, o reemplacen.
>
> "131.5. En la medida en que las normas legales así lo exijan, las disputas relacionadas con la ampliación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas al arbitramento.
>
> "131.6. El Tribunal sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, o en cualquier otro lugar que designen las partes de mutuo acuerdo.
>
> "131.7. Los gastos que ocasione el tribunal de arbitramento serán cubiertos por la parte que resulte vencida."[5]

5. El 21 de junio de 2013 se firmó un Otrosí modificatorio del Contrato 001 para efectos de, entre otras, *(i)* modificar la cláusula 77, con lo que se alteró la fórmula para la remuneración del contratista y se incluyó un valor de descuento que sería calculado en función del kilometraje promedio mensual en servicio

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio Nz Abogados. - Nzabogados.com

recorrido por vehículo;[6] y *(ii)* modificar la cláusula 102, incluyendo el término de la etapa de operación regular en el sentido de determinar que será *"comprendida entre la fecha determinada por Transmilenio para la operación regular, y el momento en el cual el kilometraje en servicio promedio de uso de la flota alcance un millón noventa mil kilómetros (1.090.000 km)"*.[7]

6. El 17 de octubre de 2017, Transmilenio envió dos comunicaciones a SI99. En la primera de ellas, informó que daría inicio a las actividades previstas en el Capítulo 16 del Contrato 001, relacionadas con la etapa de reversión y liquidación. Ello *"teniendo en cuenta que la fecha estimada de terminación de la concesión de acuerdo con la proyección del promedio de kilómetros de la flota está dada para el día 12 de diciembre de 2017"*.[8] En la segunda comunicación, se informó que Transmilenio estaba interesada en realizar la ampliación del plazo del contrato, para lo cual solicitaba el inicio de mesas de negociación con el fin de acordar las condiciones de la ampliación.[9]

7. Habiéndose agotado el proceso de discusión sin acuerdo alguno de las Partes para la modificación del Contrato, mediante el acto administrativo contenido en la Resolución 589 del 17 de noviembre de 2017, previas las consideraciones del caso, Transmilenio modificó unilateralmente el Contrato de Concesión No. 001 de 2000, en cuanto se refiere al plazo de ejecución y las condiciones económicas para ese plazo adicional, en particular la tarifa objeto de remuneración.[10]

8. En el Considerando 27 de la Resolución 589 de 2017, Transmilenio señaló *"Que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado (Sentencia de 31 de agosto de 2011, CP. Ruth Stella Correa Palacio), si bien se debe velar por mantener las condiciones inicialmente pactadas por las partes a lo largo de la ejecución del contrato, pueden presentarse eventos, como lo es la modificación unilateral, que requieran de un ajuste al equilibrio económico del contrato"*. A continuación, en el Considerando 28, Transmilenio señaló que el Consejo de Estado en la mencionada Sentencia aclaró:

> "Este poder de modificación de la administración es limitado, dado que debe respetar, la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto, pues una alteración extrema significaría un contrato diferente, no querido por el contratante particular y respecto del cual no ha mediado consentimiento; y, además, en todo contrato al disponerse la modificación de la realidad contractual, debe mantenerse el equilibrio económico del contrato, debiendo indemnizar al contratista cuando esas modificaciones produzcan la ruptura de equilibrio, o efectuarse los reajustes que correspondan para evitar que obtenga indebidos beneficios."

9. En tal virtud, en el considerando 29 de la citada Resolución 589 de 2017, Transmilenio señaló que "como consecuencia de la ampliación al plazo del

Documento Público Citado de la Página oficial Corte Constitucional Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado | vLex Justis | vlex.com

Contrato, se requiere un reajuste al equilibrio económico del mismo, en los términos de la Sentencia de 31 de agosto del 2011 del Consejo de Estado, CP. Ruth Stella Correa Palacio, pues se debe llevar a cabo un ajuste que no solamente equilibre las prestaciones de las partes, sino que a su vez, evite que se obtengan indebidos beneficios por el Concesionario."

10. A su vez, como complemento de lo anterior, en el considerando 30 de la citada Resolución 589 de 2017, Transmilenio señaló, "Que con el objetivo de restablecer el equilibrio económico del Contrato y evitar que se obtengan indebidos beneficios por el Concesionario, se debe adaptar la tarifa inicialmente pactada a las nuevas condiciones del servicio, que deberá ser prestado por SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO 'SI99 S.A. y que recojan el momento en que se encuentra el Contrato."

11. Entonces, en ejercicio de la potestad excepcional prevista en los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993[11], mediante la Resolución 589 del 17 de noviembre de 2017, Transmilenio modificó unilateralmente el Contrato de Concesión y mediante ella realizó, entre otras, las siguientes variaciones: *(i)* modificó la cláusula 77 e introdujo un valor de descuento fijo del 19%;[12] *(ii)* modificó las cláusulas 102 y 104 del contrato, con lo que alteró la fórmula para calcular el plazo de la etapa operativa -de kilómetros promedio de la flota a meses-; y, estableció que el plazo de la etapa de operación regular estaría comprendida entre la fecha determinada por Transmilenio para el inicio de la operación regular y el día 30 de junio de 2019, con la posibilidad de prorrogar el vencimiento por un periodo máximo de hasta 3 meses por decisión exclusiva de Transmilenio;[13] y, *(iii)* incluyó una nueva cláusula al contrato con el número 143, en la cual introdujo el "INDICADOR DISTANCIA PROMEDIO ENTRE VARADOS (DPV)".[14]

12. No obstante lo dicho en los Considerandos 29 y 30 de la Resolución 589 de 2017, en el resolutivo Décimo de la misma, Transmilenio señaló que "las nuevas condiciones establecidas mediante el presente acto administrativo no afectan el equilibrio financiero del contrato ni modifican su esquema de asignación de riesgos."

13. De conformidad con dicha manifestación, se infiere que, en la citada Resolución, Transmilenio no dispuso el reconocimiento y orden de pago de compensaciones e indemnizaciones a favor del contratista y, consecuencialmente, de la aplicación de mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que hubiera lugar.

14. Esta decisión administrativa fue recurrida por el Concesionario, entre otros, por los motivos que se resumen a continuación:[15]

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

a. Porque, dijo, contrario a lo que disponen los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993, la Resolución introdujo modificaciones al Contrato de Concesión que no están directamente orientadas a evitar la paralización o afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él y que, por tanto, son ajenas al ámbito de aplicación y procedencia de la modificación unilateral, pues tales artículos requieren que exista dicha relación.

b. Porque, señaló, la Resolución incurre en falsa motivación por negar la existencia de un desequilibrio económico en favor del contratista. La administración no solo ejerció la potestad de modificación unilateral de manera inadecuada, al incluir modificaciones al contrato que nada tenían que ver con evitar la paralización, sino argumentó su inclusión a partir de una interpretación sesgada de la realidad económica del contrato, pues consideró que la tarifa debía ser modificada para evitar que el concesionario recibiera beneficios indebidos. Adicionalmente, Transmilenio esgrimió en el resuelve DÉCIMO, que las modificaciones realizadas unilateralmente no afectan el equilibrio financiero del contrato. Ello adolece de una evidente falsa motivación, pues las consideraciones y argumentaciones de la entidad difieren esencialmente de la realidad, dado que no tienen en cuenta los elementos necesarios que soportan la estabilidad económica del concesionario, tal y como seguidamente lo explicó y con fundamento en lo cual concluyó que la Resolución 589 del 17 de noviembre de 2017, adolece de una clara falsa motivación en la medida en que a partir de sustentos fácticos y jurídicos erróneos establece equivocadamente que la modificación unilateral no causa una ruptura del equilibrio económico del contrato, cuando a partir de lo esbozado, resulta evidente que existe un claro rompimiento de la ecuación contractual en perjuicio de los intereses de SI99.

15. En lo que se relaciona con esta última apreciación acerca de la presunta falsa motivación por negar la existencia de un desequilibrio económico en favor del contratista, mediante la Resolución 691 de 2017, Transmilenio aclaró los conceptos y usos que se le da a la tarifa de remuneración por kilómetro (costo por kilómetro) y a la canasta y costos y seguidamente señaló que estimó los rangos de las tarifas de remuneración por kilómetro programado y recorrido en operación -costos kilómetro licitado y ajustado-, que aplican desde el cumplimiento de lo establecido en el Otrosí de 2013 al contrato de concesión, cuya fecha estimada es diciembre de 2017 hasta julio de 2019. Señaló que adicionalmente, la estimación de las tarifas de remuneración recogió los costos y gastos de operación, analizados a partir de los estados financieros del concesionario y los insumos proporcionados por los estudios técnicos, como base de las proyecciones financieras (tamaño de flota, proyecciones del kilometraje en operación y en vacío y, consideraciones sobre el mantenimiento de vehículos).

16. Con base en lo anterior, Transmilenio dijo que se adelantó la cuantificación de un rango razonable de valor de tarifa de remuneración por kilómetro para la extensión mencionada. En función de dicho rango, señaló, se propuso el correspondiente rango de descuento sobre las tarifas de remuneración licitadas, y

Documento público emitido de la relatoría oficial (cortesía) de la Corte Constitucional. Uso solo para publicación de Estudio ND Abogados - 2 abogados.com

actualizadas de los respectivos contratos, así como el ajuste de la canasta de costos. Así, entonces, Transmilenio señaló que las metodologías de estimación utilizadas se basan en la premisa que el equilibrio financiero del contrato evaluado está determinado por el monto de los ingresos, que debe ser suficiente para cubrir todos los costos, gastos, inversión y una rentabilidad estimada, de acuerdo a los parámetros de mercado. Dichos ingresos, agregó, están determinados por el número de kilómetros programados y recorridos en operación y por el valor de la respectiva tarifa de remuneración por kilómetro.

17. Del mismo modo, dijo, se analizaron las metodologías típicas para definir el monto de los ingresos suficientes (VPN y margen EBITDA), concluyendo sobre la conveniencia de cuantificar la tarifa de remuneración en función del margen EBITDA como margen objetivo. Esto debido a que dicha metodología resulta en una tarifa razonable cuando no existe inversión o cuando la inversión no es significativa. Así, siendo que al finalizar el plazo del contrato de concesión 001 de 2000, la amortización financiera de la inversión en flota queda cumplida y no se estiman nuevas inversiones de flota, es posible concluir sobre la idoneidad de la utilización del margen EBITDA como metodología de estimación.

18. Al resolver el recurso de reposición impetrado, en la Resolución 691 del 19 de diciembre de 2017, Transmilenio hizo un análisis pormenorizado de los costos para refutar las cifras presentadas por la Sociedad SI99 S.A. al tiempo que señaló que según lo reportado por esta misma sociedad en sus estados financieros, la rentabilidad operacional del concesionario mejoró sustancialmente al pasar de 6,31% en diciembre de 2016 a 20,36% en septiembre de 2017.

19. En conclusión, a juicio de Transmilenio, el argumento esbozado por el Concesionario SI99 S.A., sobre la falsa motivación por negar la existencia de un desequilibrio económico en favor del contratista, es incorrecto. Por el contrario, dijo, la nueva tarifa sí mantiene el equilibrio económico, teniendo en cuenta que ya no contempla la remuneración de la inversión en compra de flota, puesto que esta terminó de remunerarse al finalizar el otrosí de 2013, y que considera los gastos adicionales de mantenimiento requeridos, debido a la edad de la misma.

20. Así, una vez discutida esta cuestión en sede administrativa, conforme a lo previamente expuesto, mediante la Resolución 691 de 2017 -que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 589 de 2017- Transmilenio (i) negó todas las solicitudes de revocatoria parcial o total presentadas por el Concesionario SI99 S.A.; (ii) confirmó el acto administrativo recurrido; y, (iii) señaló que al no existir recurso alguno quedaba agotada vía administrativa.

El proceso arbitral

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

21. El 19 de noviembre de 2019, SI99 presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá demanda arbitral.[16] Instalado el Tribunal Arbitral y en la debida oportunidad procesal, el 5 de octubre de 2020, SI99 presentó reforma integrada de la demanda arbitral.[17] En ella formuló, entre otras, las siguientes pretensiones:

> "Primera. Que se declare que el Contrato de Concesión No. 001 de 2000 (en adelante el 'Contrato' o 'el Contrato de Concesión') fue suscrito por las Partes el 19 de abril de 2000 y a la fecha de presentación de la demanda se encuentra en proceso de liquidación.
>
> "Segunda. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - modificó Unilateralmente el Contrato de Concesión No. 001 de 2000, mediante Resolución No. 589 de 2017.
>
> "Tercera. Que se declare que EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – confirmó en su integridad la Resolución No. 589 de 2017, mediante Resolución No. 691 de 2017.
>
> "Cuarta. Que se declare que con la expedición y aplicación de las Resoluciones No. 589 de 2017 y No. 691 de 2017 se alteró el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, a cuyo restablecimiento se encuentra obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. -.
>
> "Subsidiaria de cuarta. Que se declare que la modificación unilateral e indebida aplicación de la fórmula de remuneración para determinar el descuento tarifario, aplicado en la Resolución No. 589 de 2017 y confirmado en la Resolución No. 691 de 2017, alteró el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, a cuyo restablecimiento se encuentra obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.
>
> (…)
>
> "Décima Cuarta. Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A., la suma de VEINTITRÉS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (COP$23.277.235.494) para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, o la suma que encuentre probada el Tribunal en el presente trámite arbitral.
>
> "Primera subsidiaria de la Décima Cuarta. Se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A., la suma de VEINTITRÉS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (COP$23.277.235.494) para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, alterado por la modificación unilateral e indebida aplicación de la fórmula de remuneración para determinar el descuento tarifario, aplicado en la Resolución No. 589 de 2017 y confirmado en la Resolución No. 691 de 2017, o la suma que encuentre probada el Tribunal en el presente trámite arbitral.
>
> "Segunda subsidiaria de la Décima Cuarta. Que solo en subsidio de lo anterior, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a

Documento proveído por la Relatoría del Consejo de Estado [relatoria@consejodeestado.gov.co] y la Unidad Nacional de Estudios Jurídicos. Prohibida su reproducción.

pagar a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. la suma de VEINTIUN MIL SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y UN MIL SEISCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (COP$21.769.391.631), para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, alterado por la indebida determinación y aplicación de la variable C+G, dentro de la fórmula para calcular el descuento tarifario aplicable en la Resolución No. 589 de 2017, o la suma que encuentre probada el Tribunal en el presente trámite arbitral.

"Tercera subsidiaria de la Décima Cuarta. Que solo en subsidio de lo anterior, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. la suma de SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS (COP$6.360.632.612) para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, alterado por el efecto económico sobre las variables C+G y %ΔMtoR + ΔMtoMayor derivado de la utilización de un mayor número de kilómetros comerciales en la determinación del factor de descuento, previsto dentro de la fórmula para calcular el descuento tarifario aplicable en la Resolución No. 589 de 2017, o la suma que encuentre probada el Tribunal en el presente trámite arbitral.

"Cuarta subsidiaria de la Décima Cuarta. Que solo en subsidio de lo anterior, se condene a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. la suma de CUATRO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS VEINTISÉIS MIL SETECIENTOS VEINTISÉIS PESOS (COP$4.841.326.726) para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, alterado por el efecto económico sobre la variable C+G derivado de la utilización de un mayor número de kilómetros comerciales en la determinación del factor de descuento, previsto dentro de la fórmula para calcular el descuento tarifario aplicable en la Resolución No. 589 de 2017, o la suma que encuentre probada el Tribunal en el presente trámite arbitral.

"Quinta subsidiaria de la Décima Cuarta. Que solo en subsidio de lo anterior, se condene a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. la suma de MIL QUINIENTOS DIECINUEVE MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (COP$1.519.305.887) para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, alterado por el efecto económico sobre la variable %ΔMtoR + ΔMtoMayor derivado de la utilización de un mayor número de kilómetros comerciales en la determinación del factor de descuento, previsto dentro de la fórmula para calcular el descuento tarifario aplicable en la Resolución No. 589 de 2017, o la suma que encuentre probada el Tribunal en el presente trámite arbitral."

22. Transmilenio contestó la demanda reformada.[18] No se opuso a las pretensiones primera a tercera, en el entendido en que no existía controversia alguna acerca de la fecha de firma del Contrato 001 de 2000 y que, para la fecha de presentación de la reforma de la demanda, el contrato se encontraba en etapa de liquidación. Transmilenio S.A. señaló que en uso de sus potestades y facultades contractuales y legales modificó unilateralmente el Contrato 001 de 2000 mediante la resolución No. 589 de 2017 y mediante Resolución No. 691 de 2017, que resolvió el recurso de reposición interpuesto por SI99 S.A contra esa decisión, la confirmó en su totalidad. Transmilenio S.A. también se opuso respecto de las demás pretensiones principales y subsidiarias (tanto las declarativas y como las de condena) de la reforma de demanda. Esto, por considerar que carecían de

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Esturlio N2 Abogados. · n2abogados.com

fundamento fáctico, contractual, legal y constitucional. Adicionalmente, propuso, entre otras, las siguientes excepciones:

(i) Falta de competencia del tribunal para conocer de la controversia, pues, a su juicio las pretensiones cuarta y subsidiaria, décimo cuarta y sus subsidiarias, así como los hechos de la demanda se demuestra la real intención de la convocante de alegar la ilegalidad de las Resoluciones 589 y 691 de 2017 que modificaron unilateralmente el Contrato 001 de 2000.

A juicio de la entidad demandada, cuando se pretende que sea declarada la ilegalidad de un acto administrativo contractual proferido en utilización de las potestades excepcionales de la entidad contratante, la competencia radica en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mientras que cuando se trata de controversias relativas a "las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales", los Tribunales de Arbitraje resultan competentes conforme lo preceptuado en el último inciso del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012. En la misma línea, señaló que el numeral 131.5 de la cláusula 131 del contrato de concesión establece que *"En la medida en que las normas legales así lo exijan, las disputas relacionadas con la aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrán ser sometidas a arbitramento."* (cursiva original).

En el caso *sub judice*, señaló que aun cuando aparentemente el demandante se ampara en la hipótesis consagrada en la norma contenida en el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, la realidad es que conforme a la detenida lectura de las pretensiones y los hechos en los que las sustenta el demandante, existe una inconformidad clara y manifiesta con la legalidad de los actos administrativos de modificación unilateral del Contrato 001 de 2000 proferidos por Transmilenio S.A., esto es, las Resoluciones 589 y 691 de 2017, las cuales corresponden al ejercicio de potestades excepcionales de la administración.

De acuerdo con la misma pretensión, la fuente de la supuesta afectación económica que dice haber sufrido SI99 S.A. está en una resolución que, al decir del demandante, desconoce la debida aplicación de los mecanismos de ajuste a las condiciones contractuales, con lo que de suyo lo que se estaba pretendiendo era una declaración judicial acerca de un vicio de legalidad cual es el desconocimiento de normas superiores que rigen la debida actividad contractual de la entidad contratante.

De otra parte, señaló que la pretensiones primera y segunda subsidiarias de la pretensión décima cuarta hacían referencia a una supuesta afectación económica generada al concesionario SI99 S.A., como consecuencia de una indebida determinación de variables dentro de la fórmula para determinar el descuento tarifario dentro del Contrato de Concesión 001 con lo cual claramente existía una

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

comparación entre lo decidido en las Resoluciones 589 y 691 de 2017 y el contrato.

Esas referencias a la supuesta ilegalidad de las Resoluciones 589 y 691 de 2017, dijo, son consistentes con algunos de los hechos relativos a la modificación unilateral en los que fundamenta las pretensiones, de acuerdo con los cuales, Transmilenio S.A. se aparta de la legalidad pues supuestamente desconoce sus obligaciones contractuales, toma decisiones equivocadas, utiliza parámetros financieros erróneos para efectos de las fórmulas financieras objeto de la modificación unilateral, viola el debido proceso contractual, impide que en desarrollo de las negociaciones previas a la modificación unilateral SI99 S.A. realice contrapropuestas ajustadas a la realidad del contrato.

Establecida la inconformidad de SI99 S.A. con la legalidad de las Resoluciones 589 y 691 de 2017, la demandada señaló que lo que existía era una verdadera intención del demandante para que se hiciera un pronunciamiento judicial sobre ilegalidad de dichos actos, y por supuesto sobre los efectos económicos de dicho pronunciamiento. En estas condiciones, y en tanto que las Resoluciones 589 y 691 de 2017 se expidieron en ejercicio de potestades excepcionales de Transmilenio S.A., dijo que el Juez competente para conocer de la legalidad de dichos actos es el Juez Contencioso Administrativo y no un Tribunal de Arbitraje.

(ii) Inexistencia de desequilibrio económico o afectación económica en contra de SI99 S.A. con la expedición y firmeza de las resoluciones mediante las cuales Transmilenio S.A. modificó unilateralmente el contrato**.**

(iii) Inexistencia de los presupuestos para que se configure un desequilibrio económico del contrato de concesión 001 de 2000 derivada de la modificación unilateral del contrato realizada por Transmilenio.[19]

23. El 19 de mayo de 2021 se surtió la primera audiencia de trámite, en la que el Tribunal Arbitral resolvió, entre otras, declarar su competencia para conocer de todas las pretensiones de la demanda arbitral.[20]

24. Luego de citar jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, el Tribunal Arbitral concluyó que le resultaba, entonces, claro que, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, era competente para conocer de las consecuencias económicas de los actos administrativos proferidos en ejercicio de las facultades excepcionales de las cuales gozan las entidades públicas, ámbito dentro del cual aparecen planteadas las pretensiones de la demanda reformada.

El Laudo arbitral[21]

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

25. Surtido el correspondiente trámite procesal, el 11 de julio de 2022 el Tribunal Arbitral profirió el Laudo y en él, luego de revisar el contenido de las Resoluciones 589 y 691 de 2017, señaló que Transmilenio ejerció la prerrogativa -normativamente autorizada y no cuestionada en ese trámite arbitral- de modificar unilateralmente del Contrato de Concesión 001 de 2000, extendiendo el plazo de vigencia del mismo bajo la justificación de evitar la afectación del servicio público de transporte, con conciencia de la necesidad de mantener el equilibrio económico de la relación convencional y con la intención de lograrlo con los ajustes que introdujo en punto a la remuneración del Concesionario. Por supuesto, cosa diferente es que, ya en el terreno de los hechos resultantes de la aplicación de la fórmula adoptada para retribuir el servicio prestado por SI99, se hubiere logrado o no el pretendido mantenimiento del equilibrio económico del Contrato, cuestión esencial sobre la cual, por tener las partes posiciones encontradas, se debatía en el citado proceso arbitral.

26. Sobre la excepción de ***"FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA PRESENTE CONTROVERSIA EN TANTO DE LAS PRETENSIONES CUARTA Y SU SUBSIDIARIA, DÉCIMO CUARTA Y SUS SUBSIDIARIAS, ASÍ COMO DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA SE DEMUESTRA LA REAL INTENCIÓN DE LA CONVOCANTE DE ALEGAR LA ILEGALIDAD DE LAS RESOLUCIONES 589 Y 691 DE 2017 QUE MODIFICAN UNILATERALMENTE EL CONTRATO 001 DE 2000".*** El Tribunal señaló que aunque ninguna de las pretensiones de la demanda arbitral buscaba que se declarara la ilegalidad de las Resoluciones 589 y 691 de 2017, la Convocada afirma que el hecho de avocar el conocimiento de la misma conduce *"necesariamente"* al estudio de la legalidad de la fórmula establecida por TRANSMILENIO para fijar la tarifa que habría de aplicarse durante la extensión de la vigencia del Contrato de Concesión 001 de 2000.

27. En efecto, de acuerdo con la línea argumentativa de TRANSMILENIO, la circunstancia de que para demostrar el desequilibrio económico a que condujo la *"aplicación"* o *"la indebida aplicación"* de la fórmula de Costo Plus con Margen adoptada con ocasión de la modificación unilateral, llevaba a efectuar, según lo sostuvo tanto en el escrito de contestación a la demanda como en sus alegatos de conclusión, un juicio sobre la legalidad de las mismas, en la medida en que "la inconformidad de LA CONVOCANTE en virtud de la cual solicita la alteración del equilibrio económico del Contrato de Concesión, radica en los valores asignados por la Entidad a cada una de las variables de la fórmula"(destaca el Tribunal). Y en otro aparte de sus alegatos de conclusión, a modo de corolario, dice el apoderado de la Convocada lo siguiente:

> "Tal y como se analiza de los cuestionamientos efectuados por el apoderado de la parte CONVOCANTE en las diferentes diligencias, los mismos estuvieron direccionadas [sic] a cuestionar los valores asignados por TRANSMILENIO a cada una de las variables de la Fórmula y la metodología implementada por VALORA para sugerir el rango de descuento a TRANSMILENIO; cuestión que lejos de traducirse en un análisis sobre un equilibrio

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

económico del contrato se traduce en un análisis sobre la legalidad de la Fórmula adoptada por TRANSMILENIO con base en la recomendación de rangos definida por VALORA".

28. A juicio del Tribunal Arbitral, en la defensa planteada por la entidad Convocada se incurría en una petición de principio, vicio de razonamiento que, como se sabe, consiste en dar por demostrado lo que se quiere demostrar o, como lo define el Diccionario de la Real Academia, en poner por antecedente lo mismo que se quiere probar. Dicho de otra manera, dijo, el hecho de que durante el proceso se hubieran cuestionado, desde la perspectiva de lo técnico, los valores con los que se alimentó a la fórmula Costo Plus con Margen, no significaba que se cuestionara la legalidad de la misma. Por el contrario, se partió de la plena validez de la fórmula, la cual no había sido puesta en tela de juicio por la Convocante en la sede arbitral. Cosa diferente es que, sin tocar la validez jurídica de la Resolución que incorporaba la fórmula que sirvió de base para determinar la remuneración del Concesionario, adoptada por TRANSMILENIO, los efectos económicos de la misma pudieran trastornar el equilibrio financiero del Contrato, dependiendo de los valores que se les asignaran a las distintas variables que aparecen en ella. A su juicio, de lo que se trataba en la reclamación arbitral propuesta por SI99, sin entrar a cuestionar la legalidad de la Resolución mencionada, era demostrar que ello produjo en el Contrato un desequilibrio económico que no tenía por qué soportar el Concesionario. Es en este sentido que habrían de entenderse formuladas la pretensión cuarta y su subsidiaria y la décima cuarta y sus subsidiarias de la demanda principal reformada, en cuanto hablaban de la aplicación de las resoluciones Nos. 589 y 691 de 2017 y de la indebida aplicación de la fórmula de remuneración para determinar el descuento tarifario.

29. El Tribunal Arbitral tampoco encontró determinante, en orden a la definición de su propia competencia, la circunstancia de que en varios de los hechos de la demanda principal reformada, en particular el identificado con el número 4.70, se mencionara que la Resolución 589 de 2017 fue objeto de un recurso de reposición interpuesto por la Convocante en el que se presentaron cargos por ilegalidad contra dicho acto administrativo, tales como infringir disposiciones de la Ley 80 de 1993; de la Constitución Política y normas relativas al respeto del principio de igualdad; falta de motivación al modificar la manera de determinar el plazo contractual, pasándolo de kilómetros a meses; y falsa motivación por suponer que hubo negociación previa y al negar el evidente desequilibrio económico que el aumento del descuento en la tarifa le genera al concesionario. Así, era claro para el Tribunal que se trataba, apenas, de una relación de los antecedentes de la controversia arbitral, que ocurrieron durante la actuación que materializó la modificación unilateral del Contrato de Concesión 001 de 2000. El hecho de que durante esa actuación se hubiese planteado, legítimamente desde la óptica del Concesionario que estimaba afectados sus derechos, la ilegalidad de la Resolución 589 de 2017, para agotar la vía administrativa, no significaba que en esa instancia arbitral se pretendiera lo mismo.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

30. Es más, dijo que, proferida la Resolución 691 de 2017, confirmatoria de aquélla, el Concesionario no sólo acató lo resuelto por TRANSMILENIO, sino que se abstuvo de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para un control de legalidad de dichos actos administrativos, y optó por reclamar, ante el Juez del Contrato, el restablecimiento del equilibrio económico que, en su parecer, resultó alterado por la aplicación de la fórmula de remuneración adoptada en tales actos.

31. A juicio del Tribunal Arbitral, el objeto principal de la controversia puesta a su consideración, no era otro que el de determinar si la expedición, en ejercicio de la *potestas variandi*, del acto administrativo de modificación unilateral del Contrato de Concesión 001 de 2000 había alterado -o no- la ecuación económica del mismo y, en caso afirmativo, de qué forma lo hizo, en orden a definir si había lugar a la aplicación del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado que señala, sin perjuicio de lo que sobre este tópico del debate luego se diría, que *"si el desequilibrio se produce por circunstancias imputables o atribuibles a la administración pública contratante en ejercicio de una cláusula excepcional o en ejercicio de su imperium, será procedente no solo equilibrar el contrato en relación con los costos y gastos en que se haya incrementado la prestación, sino también indemnizar al contratista"*; por lo tanto, señaló que era evidente e incuestionable que el alcance del Laudo, en la materia específica a la que se refiere el reparo de TRANSMILENIO, se contrae a las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, como lo dispone el inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, de modo que el Tribunal se declaró competente para pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a su consideración.

32. Contra esta decisión, la Convocada interpuso recurso de reposición solicitando su revocatoria con base en los mismos argumentos expuestos en la contestación de la demanda principal reformada, analizados y despachados desfavorablemente en la providencia recurrida, razón por la cual, el Tribunal la confirmó, reforzando su posición con un argumento expuesto por el representante del Ministerio Público, que acogió en los siguientes términos: "(…) no se puede dejar de lado, como lo pone de presente el señor agente del Ministerio Público, lo expresamente señalado en el artículo 163 del CPACA, que como requisito de procedibilidad establece que **'Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. (…) en el presente caso, no se advierte pretensión alguna de ese talante en el escrito de la reforma de la demanda**, que ahí sí haría indiscutible la ausencia de competencia del Tribunal para conocer sobre ésta'" (destacó el Tribunal).

33. Así mismo, el Tribunal insistió y reiteró su competencia para conocer de la controversia sometida a su consideración en materia de desequilibrio económico del Contrato, porque dijo que el carácter eminentemente patrimonial de la misma lo habilitaba para ello, como quiera que, conforme a lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia C-1436 de 2000, "cuando la materia sujeta a decisión

Documento público, propiedad de la Página oficial Corte Constitucional de Colombia y no es una publicación de Estudio M2 Abogados - www.m2abogados.com

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 los 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 de lo contencioso administrativo, 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", línea jurisprudencial que había sido acogida y reiterada por el Consejo de Estado; y es que como el objeto del citado, según se advertía claramente en las pretensiones de la demanda principal, asociado a la aspiración de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato que se estima alterado como consecuencia del ejercicio de la potestad excepcional de modificación unilateral invocada por TRANSMILENIO, sin formulación de pretensiones contra la legalidad misma de las resoluciones contentivas de tal ejercicio, el Tribunal se declaró competente para conocer del asunto y pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda principal reformada.

34. En esa línea argumentativa el Tribunal señaló que los cuestionamientos de SI99, en el proceso arbitral -en el dictamen de parte, por ejemplo-, a la metodología y valores considerados por TRANSMILENIO para la estructuración de la fórmula y su aplicación en punto a determinar el monto de la remuneración del Concesionario, apuntaban a mostrar razones que contribuían a generar el desequilibrio que reclama la Convocante, sin atacar la legalidad misma de la Resolución 589, ni la de su confirmatoria.

35. Por lo expuesto, el Tribunal concluyó que esta excepción de "FALTA DE COMPETENCIA (…)" no prosperaría.

36. El Tribunal abordó el estudio de fondo sobre la ruptura del equilibrio económico del contrato derivado de su modificación realizada por Transmilenio mediante la Resolución 589 de 2017 confirmada por la Resolución 691 del mismo año, para lo cual señaló el ejercicio de la potestad excepcional de modificación unilateral del contrato -el *"ius variandi"*- tiene virtualidad para constituir una de las causas de alteración del equilibrio económico del contrato, resaltando, en los términos de reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, que los conceptos que en dicho evento integran el restablecimiento del equilibrio económico afectado comprenden el reconocimiento de los mayores costos y de las utilidades dejadas de percibir por el contratista afectado.

37. En el contexto normativo y jurisprudencial que el Tribunal reseñó, analizó si con ocasión de la expedición y aplicación por parte de TRANSMILENIO de las resoluciones 589 y 691 de 2017, se afectó o no la ecuación económica del Contrato

Documento público tomado de Relatoría Oficial Corte Constitucional Ley 1581 No. en una base pública de Estudio MS Abogados - datoabogados.com

de Concesión 001 de 2000, determinando si durante el período de extensión de su vigencia los costos y gastos del Concesionario fueron compensados mediante la fórmula incorporada al contrato con ocasión de la modificación unilateral ("ius variandi"), con el descuento definido por la Convocada, y si percibió las utilidades a las que tenía derecho.

38. Luego del análisis de los dictámenes periciales y las posiciones de las Partes y del Ministerio Público, el Tribunal empezó por señalar que el ejercicio de comparar la fórmula incorporada en la Resolución 589 de 2017 con los valores ciertos basados en la contabilidad del Concesionario (Estados Financieros del 2017, 2018 y 2019, anuales, y los Estados Financieros mensuales del 2018 y 2019) acreditaba con certeza la existencia de diferencias entre el resultado esperado de la aplicación de lo dispuesto unilateralmente por TRANSMILENIO y la realidad de la ejecución contractual del Concesionario, que debía ser considerada por el Tribunal.

39. Indicó que la Resolución 589 del 17 de noviembre de 2017, acto administrativo de modificación unilateral -confirmado por la Resolución 691 del 19 de diciembre del mismo año- introdujo cambios a las cláusulas 70 y 77 del Contrato, relativas, en su orden, a "AJUSTE DE LA TARIFA TÉCNICA", o "AJUSTE DEL COSTO POR KILOMETRO", y "PARTICIPACIÓN DEL CONCESIONARIO".

40. De lo expuesto se puede concluir, entonces, dijo el Tribunal, que la modificación unilateral a la ecuación económica del Contrato se concretó en (i) incorporar a la participación del Concesionario en la tarifa licitada que se revisaba mes a mes (cláusula 77), a la que tenía derecho como compensación y/o pago, (ii) un descuento que cubría la exclusión de los componentes de depreciación y remuneración de las inversiones y el no reconocimiento de los mayores costos de mantenimiento, diseñada para mantener los costos, gastos y una rentabilidad esperada del Concesionario, como la premisa reconocida por TRANSMILENIO en su acto administrativo cuando afirma *"que el equilibrio financiero del contrato evaluado está determinado por el monto de los ingresos, que debe ser suficiente para cubrir todos los costos, gastos, inversión y una rentabilidad estimada, de acuerdo a los parámetros del mercado. Dichos ingresos están determinados por el número de kilómetros programados y recorridos en operación y por el valor de la respectiva tarifa de remuneración por kilómetro."* ***[22]***

41. A partir de allí, el Tribunal señaló que correspondía determinar, con los referentes normativos y jurisprudenciales vigentes, si la modificación unilateral dispuesta por TRANSMILENIO, en particular el factor de descuento del 19% en la fórmula de Costo Plus con Margen, efectivamente cubrió, durante el período de extensión de la vigencia del Contrato, en el que hubo continuidad en la prestación del servicio público, los costos y gastos ciertos del Concesionario y la utilidad a que razonablemente tenía derecho, reemplazada por el concepto de EBITDA, pues

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio Nz Abogados. - nzabogados.com

de no hacerlo, se habría configurado el desequilibrio económico alegado por SI99, cuyo restablecimiento se pretendía con la demanda instaurada por dicha sociedad.

42. Resaltó el Tribunal que no le correspondía cuestionar, menos modificar, las variables y los cambios realizados por TRANSMILENIO sino estudiar y decidir si el factor de descuento asociado a la fórmula de Costo Plus con Margen, que disminuyó en un porcentaje relevante la contraprestación a favor del Concesionario -la participación en la tarifa técnica-, efectivamente aseguró el cubrimiento cabal de los costos y gastos reales del Concesionario durante la operación vinculada al período de extensión de la vigencia del Contrato, y de la utilidad a que tenía derecho percibir en dicho período, por cuanto allí descansaba la ecuación económica contractual que la ley protege desde la óptica de los derechos del Contratista.

43. El Tribunal señaló que cuando el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 1º, establece que *"En los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial"*, comprende el reconocimiento no sólo de los costos y gastos en que incurra el contratista en el desempeño de la actividad o servicio a su cargo, sino, también, el de la *"utilidad"* a que tiene derecho, por cuanto ésta hace parte de su ecuación económica, que debe preservarse ante el fenómeno del "*ius variandi"* puesto que si bien es cierto que el Estado, en aras de la protección de la prestación del servicio público, puede en forma legítima modificar unilateralmente un contrato, también lo es que al hacerlo debe preservar los derechos económicos del contratista manteniendo el equilibrio financiero de la relación negocial.

44. Bajo este entendimiento, el Tribunal consideró que el reconocimiento que debe hacerse por parte de la Administración cuando utiliza el *"ius variandi"* se refiere a la utilidad esperable por el contratista -opción preferente frente a la utilización de una utilidad "de mercado"-, por lo que, en ese sentido, aquella se acompasa con la situación en que se encontraba antes de la incorporación de las modificaciones introducidas al Contrato -asumiendo circunstancias de normalidad en la ejecución-, utilidad que en el caso bajo estudio fue cambiada por TRANSMILENIO por el concepto de EBITDA, que cuantitativamente definió para SI99 en un 9.9%, que dijo, no se avenía con el "real" del Concesionario, que los dos peritos -el de parte y el de oficio- ubicaron en un 26.9%, correspondiente al percibido por SI99 según sus estados financieros con corte a 2017.

45. El Tribunal destacó que el EBITDA acogido para efectos de los cálculos periciales -26.9%- excluye eventuales escenarios de distorsión o anormalidad respecto del derrotero que en esa materia imperó a lo largo de la vigencia del Contrato de Concesión 001 de 2000, como se advierte al constatar, con cifras

Documento auténtico tomado de la relatoría oficial (cortes2000final.gov.co). No es una publicación del Estudio MZ Abogados - mzabogados.com

expresamente invocadas en el dictamen elaborado por Strategas Consultores, en este tópico específico no confrontadas ni cuestionadas por TRANSMILENIO, que el comportamiento histórico del EBITDA fue siempre superior al 26.9% tenido en cuenta por los expertos. En efecto, el dictamen referido -versión 2021, ajustada y complementada- informa que el EBITDA de SI99, desde 2001 hasta 2016 tuvo un guarismo siempre superior al 26.9% que se ha referenciado, y que, más concretamente, en los últimos previos a la modificación unilateral, de 2013 -año del relevante Otrosí a que ya se hizo alusión- en adelante, fue del 28.3% (en 2013), 28.3% (en 2014), 28.6% (en 2015) y 33.4% (en 2016).

46. También destacó, al momento de concretar si se configuró o no la ruptura del equilibrio económico del Contrato que alegó la Convocante, que el escenario de análisis que debía privilegiarse era aquel en el que se cotejaba el resultado de la aplicación de la fórmula definida por TRANSMILENIO -incluido el descuento- al implementar la modificación unilateral, con las cifras reales (costos, gastos, kilómetros recorridos) de SI99 durante la operación propia del período de extensión de la vigencia contractual -enero de 2018 a junio de 2019-, extractadas de sus estados financieros, de lo que se ocupó, con ese cometido específico, el dictamen pericial de oficio, el cual presentó, conforme se solicitó al decretarlo, distintos escenarios de valoración, de los cuales el *"Escenario j"* -en su Sub-escenario "1"- es el que, a juicio del Tribunal, debía prevalecer desde lo jurídico -y desde lo técnico según lo expresó el propio perito-, pues reflejaba, de manera panorámica y comprensiva, la realidad de la ejecución contractual objeto de verificación, considerando las cifras reales -y con detalle mensual- de la operación de SI99 durante el período de extensión de la vigencia del Contrato, referente idóneo, dijo, para decidir sobre la reclamación de desequilibrio económico que ocupaba la atención del Tribunal. En los términos del perito respecto del Sub-escenario reseñado, "Se concluye entonces que Transmilenio S.A. debe a la empresa SI99 $12.870.612.940 pesos colombianos".

47. De conformidad con lo expuesto, el Tribunal encontró que el Sub-escenario 1 del Escenario j. del dictamen rendido por el perito de oficio determinó, cabalmente, la afectación cierta sufrida por SI99 como consecuencia de la alteración de la ecuación económica del Contrato de Concesión 001 de 2000 que se produjo en razón de la modificación unilateral introducida al mismo mediante las varias veces citadas Resoluciones 589 y 691 de 2017, puesto que la aplicación de la fórmula adoptada en tales actos administrativos como base de la remuneración de SI99, involucrado el descuento definido por TRANSMILENIO, no cubrió integralmente, con ocasión de la prestación del servicio durante el período de extensión de la vigencia del Contrato definida de manera unilateral, los costos y gastos de la operación, junto con la utilidad propia de tal actividad a que razonablemente tenía derecho el Concesionario, componentes del equilibrio prestacional cuya protección, con ese alcance, avala la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

48. Para el Tribunal, el dictamen que sirvió de fundamento a sus conclusiones satisfizo los criterios de apreciación probatoria que sobre el particular consagra el artículo 232 del CGP. Adicionalmente, el Tribunal estimó razonable, en el plano teórico, el pensamiento jurisprudencial que aboga por la conducencia de examinar las reclamaciones de restablecimiento de desequilibrio del contrato tomando en consideración un "análisis macroscópico o consolidado" de su ejecución, para evitar escenarios en los que circunstancias puntuales de afectación de las variables financieras del negocio puedan necesaria o automáticamente abrir paso a pretensiones de ese linaje, sin examinar el contexto general en que se produce. Sin embargo, el Tribunal entendió que ese planteamiento debía considerarse teniendo en cuenta las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso, pues distancia hay en el linaje, las características y la entidad de las que pueden presentarse en el desarrollo de la actividad estatal, con tratamiento e incidencias también diferentes.

49. Bajo esta línea argumentativa, en tratándose de una reclamación por afectación del equilibrio contractual por cuenta de la extensión de la vigencia del Contrato -que conlleva, obviamente, la extensión de la obligación de prestación del servicio concesionado-, en condiciones de tiempo y de reconocimiento prestacional económico fijados unilateralmente por la Administración, el espectro temporal que debía evaluarse recaía sobre el período de la extensión, en ese sentido con independencia del resultado económico -favorable en este caso- que hubiere tenido la relación negocial durante la vigencia inicial, porque de lo que se trataba, precisamente, era de mantener la ecuación hasta entonces convenida.

50. Y, además, dijo, evidente incidencia tenía que la causa específica que se invocó como fuente de la alteración del equilibrio se ubicaba en el campo del ejercicio discrecional de una potestad excepcional normativamente reconocida -de modificación unilateral del contrato-, a diferencia de otras, que pueden por ejemplo referirse a hechos imprevisibles y externos a las partes, que responden a los supuestos de la teoría de la imprevisión, frente a lo cual tiene razonabilidad que los efectos de cara al contenido del restablecimiento sean disímiles, lo que tiene relevancia ya que en hipótesis como la que aquí interesa -*ius variandi*-, está visto que tal restablecimiento comprende no sólo la cobertura de los mayores costos y gastos generados en el giro ordinario de la actividad contractual, sino el derecho a la percepción de las utilidades a las que legítimamente pueda aspirar el contratista.

51. En los términos anteriores el Tribunal accedió a las pretensiones "Cuarta" -principal- y "Décima Cuarta" -principal- por la suma efectivamente probada en el proceso arbitral que ascendió a $12.870.612.940.

52. Así, entonces, al resolver cada una de las pretensiones, en lo que hace relación a la cuarta de la demanda arbitral, el Tribunal señaló:

- Estableció el Tribunal, de conformidad con el amplio examen de este tema central de la controversia, que en efecto puede declararse *"que con la expedición y aplicación de las Resoluciones No. 589 de 2017 y No. 691 de 2017 se alteró el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, a cuyo restablecimiento se encuentra obligada*

Documento público tomado de la relatoría oficial (cortesconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados - n2abogados.com

EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. –". En consecuencia, prosperará la pretensión cuarta de la demanda principal reformada, sin que sea necesario, por lo tanto, hacer pronunciamiento sobre la petición *"Subsidiaria de* (sic) *cuarta"*.

(...)

• En el plano de las pretensiones consecuenciales, en coherencia con la anunciada prosperidad de la pretensión cuarta, relativa al reconocimiento del desequilibrio económico del Contrato de Concesión 001 de 2000, tiene vocación de prosperidad la pretensión "Décima Cuarta" de la demanda principal reformada, que propende por el restablecimiento del equilibrio prestacional afectado, en la cuantía que el Tribunal encontró probada con base en el dictamen pericial de oficio rendido dentro del proceso, que asciende a la suma de doce mil ochocientos setenta millones seiscientos doce mil novecientos cuarenta pesos ($12.870.612.940). Con ese alcance, prosperará la referida pretensión "Décima Cuarta" -principal-, sin que haya lugar a hacer pronunciamiento sobre ninguna de sus pretensiones subsidiarias -de la primera a la quinta-. Conforme se indicó en apartado anterior de esta providencia, el pago de la condena deberá hacerse en los términos de tiempo y de causación de intereses de mora previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, con lo cual se accede, con el precisado alcance, a la pretensión *"Décima Octava"* de la demanda principal reformada.

53. Sobre las excepciones formuladas en la contestación de la demanda principal reformada, el Tribunal resolvió:

• Plantea TRANSMILENIO la excepción de *"1. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA PRESENTE CONTROVERSIA EN TANTO DE LAS PRETENSIONES CUARTA Y SU SUBSIDIARIA, DECIMO CUARTA Y SUS SUSBSIDIARIAS (sic), ASI COMO LOS HECHOS DE LA DEMANDA SE DEMUESTRA LA REAL INTENCION DE LA CONVOCANTE DE ALEGAR LA ILEGALIDAD DE LA (SIC) RESOLUCIONES 589 Y 691 DE 2017 QUE MODIFICAN UNILATERALMENTE EL CONTRATO 001 DE 2000*", examinada de manera expresa por el Tribunal en acápite precedente de esta providencia. Como allí se anunció, esta excepción no prosperará.

• Invoca la Convocada las excepciones que rotula, con evidente unidad temática, *"2. INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONOMICO O AFECTACION ECONOMICA EN CONTRA DE SI99 S.A. CON LA EXPEDICION Y FIRMEZA DE LAS RESOLUCIONES MEDIANTE LAS CUALES TRANSMILENIO S.A. MODIFICO UNILATERALMENTE EL CONTRATO" y "3. INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS PARA QUE SE CONFIGURE UN DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO DE CONCESION 001 DE 2000 DERIVADA DE LA MODIFICACION UNILATERAL DEL CONTRATO REALIZADA POR TRANSMILENIO"*.

"Al formular la excepción, argumenta TRANSMILENIO que para tomar la decisión de modificación unilateral del Contrato, se realizaron los estudios correspondientes, dejando claramente definida la metodología utilizada. Y agrega que 'En ese sentido, la *decisión de Transmilenio S.A. plasmada en la Resolución 589 del 17 de noviembre de 2017 la cual fue confirmada mediante la Resolución 691 del 19 de diciembre de 2017 no genera afectación económica alguna a SI99 S.A., pues dicha modificación unilateral toma en cuenta la situación financiera de la totalidad del contrato y adicionalmente, contrario a lo manifestado por la convocante, se protegen los derechos de ambas partes sin que se hubiera generado afectación económica alguna en contra de ninguna de ellas'*.

"También argumenta TRANSMILENIO que honrando la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado y atendiendo a los derechos de los

Documento puesto a disposición de la Rama Judicial (cuenta CSJ) para uso y consulta en el Estudio Nacional de Datos Ambientales - www.ambientedatos.com

contratantes, se tomó la decisión de modificación unilateral, teniendo en cuenta que *'(...) para el mes de diciembre de 2017 el concesionario ya debía haber terminado de amortizar su inversión, que la avanzada edad de la flota de buses ameritaba tener en cuenta el mayor costo de mantenimiento, y que la necesidad de mantener el servicio público ameritaba tomar medidas inmediatas para conjurar su inminente paralización (...)'*. Todo lo anterior bajo el entendido que no se logró llegar a un acuerdo con el Concesionario.

"En su alegato de conclusión, rememora TRANSMILENIO los presupuestos para que se configure el rompimiento del equilibrio económico del contrato según la jurisprudencia del Consejo de Estado, así como lo corroborado a través del material probatorio del proceso y concluye que *'Tal y como se mencionó en acápites anteriores de este mismo escrito, en el proceso arbitral que nos ocupa no existe prueba técnica alguna que acredite la configuración de un desequilibrio económico cierto, claro y evidente del Contrato de Concesión como consecuencia de la expedición de las Resoluciones'*.

"Frente a la defensa propuesta bajo esta línea argumentativa, visto quedó que el Tribunal arribó a una conclusión contraria, después de examinar, a la luz del marco normativo y jurisprudencial aplicable, las pruebas relevantes que obran en el expediente sobre este tópico central de la controversia, en especial los dictámenes periciales rendidos al respecto -uno aportado por la Convocante, y otro adicional ordenado de oficio por el panel arbitral-, de evaluar los reparos efectuados por TRANSMILENIO en relación con tales experticias y de sopesar los argumentos propuestos por las partes con inocultable contraposición, resultado de todo lo cual se concluyó que con ocasión de la emisión de las Resoluciones 589 y 691 de 2017, de modificación unilateral del Contrato de Concesión 001 de 2000, que comportó la extensión de la vigencia temporal del vínculo negocial -incluida la etapa de operación- y la adopción de una nueva fórmula de referencia para determinar la remuneración del Concesionario, en efecto se alteró el equilibrio económico de la relación contractual, conforme a las explicaciones suministradas a espacio sobre el particular, y se impone su restablecimiento, en los términos y con el alcance cuantitativo ya señalado.

"En consecuencia, las excepciones en cuestión, que en rigor constituyen la directa oposición de TRANSMILENIO a las pretensiones en esta materia incoadas por SI99, se desestimarán."

54. En consecuencia, el Tribunal Arbitral resolvió:

"**1. Desestimar,** por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, las excepciones de *'1. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA PRESENTE CONTROVERSIA EN TANTO DE LAS PRETENSIONES CUARTA Y SU SUBSIDIARIA, DECIMO CUARTA Y SUS SUSBSIDIARIAS, ASI COMO LOS HECHOS DE LA DEMANDA SE DEMUESTRA LA REAL INTENCION DE LA CONVOCANTE DE ALEGAR LA ILEGALIDAD DE LA* (SIC) *RESOLUCIONES 589 Y 691 DE 2017 QUE MODIFICAN UNILATERALMENTE EL CONTRATO 001 DE 2000'*, '*2. INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONOMICO O AFECTACION ECONOMICA EN CONTRA DE SI99 S.A. CON LA EXPEDICION Y FIRMEZA DE LAS RESOLUCIONES MEDIANTE LAS CUALES TRANSMILENIO S.A. MODIFICO UNILATERALMENTE EL CONTRATO", "3. INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS PARA QUE SE CONFIGURE UN DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO DE CONCESION 001 DE 2000 DERIVADA DE LA MODIFICACION UNILATERAL DEL CONTRATO REALIZADA POR TRANSMILENIO'* (…)

(…)

"**3. Declarar** que **prosperan**, por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, las pretensiones 'Primera', 'Segunda' y 'Tercera', relativas a la celebración y modificación unilateral del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, suscrito entre EMPRESA DE

Documento público tomado de la relatoría oficial (cortesconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio Nz Abogados. · nzabogados.com

TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. y SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. - SI99 S.A.

"**4. Declarar**, en relación con la pretensión 'Cuarta', por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, *'que con la expedición y aplicación de las Resoluciones No. 589 de 2017 y No. 691 de 2017 se alteró el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, a cuyo restablecimiento se encuentra obligada EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A.'*. No hay lugar, por lo tanto, a hacer pronunciamiento sobre la pretensión subsidiaria de la referida pretensión 'Cuarta'.

(…)

"En relación con la pretensión 'Décima Cuarta', por las razones y con el alcance señalado en la parte motiva, **condenar** a EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO – TRANSMILENIO S.A. a pagar a SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE S.A. – SI99 S.A. la suma de DOCE MIL OCHOCIENTOS SETENTA MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL NOVECIENTOS CUARENTA PESOS ($12.870.612.940) MONEDA CORRIENTE, 'para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 001 de 2000, alterado por la expedición y aplicación de las Resoluciones No. 589 de 2017 y No. 691 de 2017'.

"El pago de la condena deberá hacerse en los términos de tiempo y de causación de intereses de mora previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 (pretensión 'Décima Octava').

"No hay lugar, por lo tanto, a hacer pronunciamiento sobre ninguna de las cinco (5) pretensiones subsidiarias de la referida pretensión 'Décima Cuarta'."

El recurso extraordinario de anulación. Su trámite y resolución

55. Posteriormente, Transmilenio presentó recurso extraordinario de anulación contra el Laudo del 11 de julio de 2022 ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.[23] En particular, invocó las causales de anulación previstas en los numerales 2 y 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.[24]

56. Transmilenio explicó, *primero*, que el Tribunal Arbitral actuó sin competencia porque analizó la legalidad de las resoluciones que modificaron unilateralmente el Contrato 001 de conformidad con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993; *segundo,* que, de conformidad con la jurisprudencia, la legalidad de los actos administrativos es un asunto que no puede ser sometido a arbitraje desde la arbitrabilidad objetiva, en tanto no es un tema transable o renunciable; *tercero*, reiteró que era evidente que la parte actora pretendió escudarse en los efectos económicos de las resoluciones proferidas por TRANSMILENIO, para poner en conocimiento de la justicia arbitral las pretensiones cuarta y su subsidiaria, y decimocuarta y sus subsidiarias, pero de su lectura, así como de los hechos de la

Documento público tomado de la relatoría oficial (cortecnstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

demanda y de las pruebas obrantes en el proceso, se podía advertir que, realmente, cuestionaba la legalidad de las resoluciones 589 y 691 de 2017; y *cuarto*, en relación con los argumentos del laudo, el recurrente insistió en que eran desacertados, puesto que era evidente la intención de la convocante de cuestionar la legalidad de los actos de modificación unilateral del contrato, por considerar que la fórmula en sí misma era ilegal.

57. La Sociedad SI99 S.A. descorrió el traslado del recurso de anulación, oponiéndose al mismo, por considerar que los argumentos de la recurrente desconocían que la reforma integrada de la demanda siempre tuvo como único objetivo que se declarara la ocurrencia de un desequilibrio económico del contrato, y que el ejercicio efectuado por el tribunal se limitó exclusivamente a analizar y determinar -en derecho- si dicho desequilibrio tenía asidero legal y probatorio, calculando los efectos económicos adversos para el concesionario. Adujo que el tribunal era competente para exponer y valorar los efectos económicos y financieros generados por la expedición de las resoluciones, las cuales están en firme y nunca fueron atacadas por la convocante a través de la reforma integrada de la demanda, tal y como lo analizaron y determinaron válidamente los árbitros en el laudo.

58. Según SI 99, para las partes, el tribunal y el Ministerio Público siempre fue clara la improcedencia de un pronunciamiento sobre la legalidad de los actos administrativos debatidos, así como la posibilidad que le asistía al panel arbitral para conocer de las controversias relacionadas con los efectos económicos generados por el ejercicio de la potestad excepcional de modificación unilateral. Insistió en que nunca buscó cuestionar la legalidad de los actos de modificación unilateral, dado que su único objetivo consistía en solicitar que se definiera si, con la aplicación de tales resoluciones, se había alterado el equilibrio económico del contrato.

59. Mediante Auto del 24 de octubre de 2022, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado avocó conocimiento del recurso extraordinario de anulación y ordenó notificar personalmente al Ministerio Público. Después, a través de Auto del 9 de noviembre de 2022, se ordenó suspender la ejecución del Laudo.[25]

60. Luego de analizar los antecedentes jurisprudenciales acerca de la competencia de los árbitros, con la Sentencia del 14 de marzo de 2024, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado indicó que procedería a unificar su jurisprudencia en torno a los

Documento público firmado de forma electrónica (ce.consultaunificada.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados - N2abogados.com

alcances de la facultad que, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, tienen los árbitros en presencia de un acto administrativo contractual en el que se ejercen poderes excepcionales, en los siguientes términos:

> "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."

61. Luego de analizar los fundamentos probatorios y las conclusiones a las que arribó el Tribunal Arbitral en el Laudo recurrido, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que, en realidad, el tribunal sí desconoció el límite de sus facultades o potestades, puesto que, bajo la excusa de restablecer el equilibrio económico del contrato, reprochó la estructura de la fórmula de participación, aspecto que dijo, es inescindible del acto administrativo de modificación unilateral. Ciertamente, dijo que, cuando el panel arbitral definió el efecto económico que, supuestamente, se le había generado al concesionario, alteró diferentes variables de la fórmula, entre ellos, el descuento, que era el único factor fijo definido en la Resolución 589 de 2017. Esta mutación del porcentaje de descuento -con fundamento en el cambio de otros componentes, como el EBITDA- constituyó, realmente, una censura del acto administrativo, ya que lo resuelto en el Laudo ponía en evidencia un defecto del mismo. De manera más simple, señaló que, cuando el tribunal modificó el porcentaje del descuento, en verdad, se pronunció sobre la legalidad de las resoluciones, lo cual era un tema que le estaba vedado.

62. En general, la Sala Plena de la Sección Tercera consideró que el Tribunal Arbitral *(i)* desconoció sus facultades al reprochar la estructura de la fórmula de participación; *(ii)* alteró diferentes variables de la fórmula, entre ellas, el descuento, y, por esa vía, realizó un cuestionamiento al acto administrativo porque puso en evidencia un defecto del mismo; *(iii)* modificó el porcentaje de descuento y ello se tradujo en un pronunciamiento sobre la legalidad de las resoluciones y el cálculo del monto indemnizatorio. Además, *(iv)* el análisis del Tribunal se refirió a la validez del acto; y, por último, *(v)* al declarar el desequilibrio económico del contrato hubo un juicio de legalidad sobre las fórmulas adoptadas por Transmilenio.

63. Para fundamentar su decisión, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se refirió, entre otros argumentos, a *(i)* la Sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, *(ii)* el

Documento válidamente firmado por la Relatoría del Consejo de Estado según lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022 - Sección Tercera - Subsección C - Expediente N° 25000-23-36-000-2019-00...

artículo 14.c de la Ley 1682 de 2013; y *(iii)* el alcance de las potestades excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

64. En primer lugar, recordó que la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-1436 de 2000, declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 -ya derogados-, que regulaban las figuras de la cláusula compromisoria y del compromiso, y determinó que los árbitros no tenían competencia para conocer de la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de poderes excepcionales.[26]

65. En segundo lugar, indicó que la Ley 1682 de 2013, conocida como ley de infraestructura de transporte, estableció en el literal "c" del artículo 14 que *"tanto los árbitros como los amigables componedores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales"*. Con fundamento en ello, consideró que, aun cuando esta ley se circunscribe a los contratos relacionados con la infraestructura de transporte, *"lo cierto es que cristaliza la voluntad del legislador, orientada a que los árbitros no pueden conocer de la legalidad de actos expedidos en ejercicio de poderes excepcionales"*. [27]

66. En tercer lugar, advirtió que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que la entidad puede aplicar mecanismos de ajuste económico del contrato para mantener la ecuación o equilibrio inicial, es decir, la equivalencia de prestaciones entre las partes. En consecuencia, señaló que *"los árbitros podrán pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos en los que se ejerzan facultades excepcionales, siempre y cuando no implique desconocer o modificar las medidas de restablecimiento expresamente incluidas en ellos, tomadas en virtud de este mandato contenido en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993"*.[28] Así, la Sala declaró fundada la causal 2 de anulación, en consideración a que, señaló, el tribunal arbitral actuó sin jurisdicción al pronunciarse -implícitamente- frente a la legalidad de las resoluciones de modificación unilateral.

67. De conformidad con lo anterior, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró parcialmente fundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto por TRANSMILENIO S.A., en contra del Laudo arbitral del 11 de julio de 2022, por haberse configurado la causal 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en lo relativo a la falta de jurisdicción, de conformidad con la parte motiva de esa providencia. Consecuencialmente, resolvió **ANULAR PARCIALMENTE** el Laudo arbitral del 11 de julio de 2022.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

68. Como consecuencia de la prosperidad parcial del recurso de anulación, por la causal de falta de jurisdicción, y en cumplimiento de lo señalado en el artículo 43, inciso segundo, de la Ley 1563 de 2012, la Sala ordenó remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que adelante el trámite judicial pertinente, y ordenó el levantamiento de la suspensión de la ejecución del laudo.

69. Mediante Auto del 3 de mayo de 2024, notificado el 21 de junio del mismo año, se negó la solicitud de aclaración promovida por Transmilenio en contra de la sentencia del 14 de marzo de ese año, con el fin de esclarecer los alcances de la anulación parcial del Laudo arbitral.

La acción de tutela

70. El 15 de noviembre de 2024, SI99 S.A., presentó acción de tutela en contra de la Sentencia de anulación proferida el 14 de marzo de 2024, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la seguridad jurídica.[29] Señaló que la decisión cuestionada *(i)* incurrió en un defecto sustantivo, dado que se fundamentó en la Sentencia C-1436 de 2000, pese a que en esa providencia la Corte Constitucional se refirió al alcance de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, hoy derogados por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012. Además, porque a su juicio se ignoró la habilitación dispuesta en el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012. Así mismo, consideró que *(ii)* se configuró un desconocimiento de precedente porque no se tuvo en cuenta la Sentencia SU-174 de 2007 de la Corte Constitucional, que estableció que los árbitros pueden pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos dictados en ejercicio de potestades o facultades excepcionales, así como las decisiones del 10 de junio de 2009 y del 8 de noviembre de 2012 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que se refieren a la facultad de los árbitros para conocer de los efectos económicos de los actos administrativos mediante los cuales se ejercen las potestades o facultades excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

71. Adicionalmente, expuso que se produjo *(iii)* una violación directa de la Constitución respecto del artículo 116 de la Constitución Política, pues en los términos de esta disposición, y con base en el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, los árbitros están autorizados para pronunciarse sobre las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades excepcionales. Finalmente, indicó que la decisión *(iv)* incurrió en un defecto procedimental absoluto, porque se infringió el principio dispositivo. Ante esto último, destacó que el recurso extraordinario de anulación no alegó la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral, sino su falta de competencia, por lo que la

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. | n2abogados.com

Sección Tercera debió ceñirse al objeto del recurso y no pronunciarse sobre una eventual falta de jurisdicción.

72. Por lo anterior, SI99 solicitó al juez constitucional *(i)* tutelar los derechos fundamentales; *(ii)* dejar sin efectos la Sentencia de anulación del 14 de marzo de 2024 proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; y *(iii)* ordenar a dicha autoridad judicial proferir una nueva sentencia en el proceso con radicado 11001-03-26-000-2022-00173-00 (68.994).

73. El conocimiento de la acción de tutela le correspondió a la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En Auto del 19 de noviembre de 2024 dispuso admitir la acción de tutela presentada por SI99 contra la Sentencia del 14 de marzo del 2024 de la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Además, vinculó en calidad de terceros con interés *(i)* al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; *(ii)* al Tribunal de Arbitraje de SI99 SA vs Transmilenio; *(iii)* a Transmilenio; y, *(iv)* a la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Así mismo, vinculó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme a lo dispuesto en el artículo 610 del Código General del Proceso.[30]

74. Con esta decisión también se informó de la admisión de la acción a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con el artículo 610 del Código General del Proceso. A su turno, se ordenó a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado remitir el expediente electrónico del proceso del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral con radicado 11001-03-26-000-2022-00173-00, y se requirió al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá remitir copia del expediente con radicado No. 119770, que corresponde al Tribunal Arbitral convocado para dirimir las controversias contractuales entre SI99 y Transmilenio.

75. Por último, se negó la medida provisional de suspensión de la decisión tutelada que formuló la accionante. Esto, al considerar que *"si bien la parte actora sostuvo que la medida solicitada tenía como sustento un perjuicio inminente, este riesgo es hipotético y obedece a una simple suposición. Lo anterior, dado que lo argumentado en este aspecto está relacionado con aspectos propios del proceso de controversias contractuales que actualmente se adelanta en virtud de lo ordenado en el fallo dictado por la Sala Plena de la Sección Tercera, el cual es objeto del presente litigio constitucional"*.[31]

76. Con motivo de los hechos que dieron lugar a la presente tutela, rindieron informe *(i)* la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; *(ii)* la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

Administrativo de Cundinamarca; *(iii)* los integrantes del Tribunal Arbitral SI99 *vs* Transmilenio y *(iv)* Transmilenio, a través de apoderado.

77. *Respuesta de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.*[32] A través de escrito allegado por la Magistrada ponente de la sentencia atacada, indicó *(i)* que *"el control que se haga en sede de tutela debe ser especialmente riguroso, porque esta acción no está instituida para rebatir las tesis unificadas de las altas cortes"*;[33] *(ii)* que, si bien la decisión citó la Sentencia C-1436 de 2000, ello no constituye una vulneración de derechos fundamentales. Esto, porque *"[s]i bien este proveído conoció de la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 -que están derogados actualmente-, lo cierto es que trazó una doctrina constitucional sobre las potestades de los árbitros en esta materia"*.[34] Así, consideró que *"[a]unque el inciso final del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 no ha sido objeto de control de constitucionalidad, el marco constitucional que define y delimita la materia objeto de análisis no ha sufrido cambios o alteraciones, motivo por el que los razonamientos contenidos en la sentencia C-1436 de 2000 continúan vigentes y producen efectos de cosa juzgada constitucional"*.[35]

78. Refirió que la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado concluyó que los árbitros no pueden conocer de la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades o facultades excepcionales. Esta conclusión, a juicio de la Magistrada, no desconoce la Ley 1563 de 2012 pues en ninguno de sus artículos se les confirió a los árbitros la facultad para pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las potestades o facultades excepcionales. Por lo que sostuvo que cualquier facultad otorgada a los árbitros debe ser expresa.

79. Agregó que la decisión de la Sala Plena de la Sección Tercera no señaló que los árbitros carezcan de competencia para conocer sobre los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades excepcionales. En cambio, la sentencia de anulación aclaró que la revisión de tales efectos no podía trastocar la legalidad del acto administrativo. En particular, destacó que el laudo que se estudió reprochó la estructura de la fórmula de participación y ello es inescindible al acto modificatorio unilateral del contrato y, por lo mismo, es un asunto que se refiere a la legalidad de ese acto administrativo.

80. A su vez, destacó que *"el acto de modificación unilateral no solo se reduce a la decisión de alterar una cláusula contractual, sino que también abarca las determinaciones relacionadas con las compensaciones económicas. Por lo mismo, estos efectos patrimoniales del acto son inescindibles al mismo, y no son externos, como lo quiere hacer ver el tutelante"*.[36] Y precisó que *"[e]l criterio adoptado por la Sala solamente reconoce que cualquier acto excepcional debe contener,*

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. - n2abogados.com

además de la decisión de modificar, interpretar o terminar unilateralmente el contrato, las medidas que restablecen el equilibrio económico. Dichas medidas son parte del acto, por lo que cualquier modificación de ellas representa una alteración de su legalidad, lo cual está vedado para la justicia arbitral".[37]

81. Con base en lo anterior, la magistrada explicó que la Sala Plena de la Sección Tercera anuló el laudo porque al restablecer el supuesto equilibrio económico del contrato, se variaron elementos establecidos para calcular la nueva remuneración del concesionario y con ello se alteró la estructura del acto de modificación unilateral en sí. Destacó que la Sala Plena de la Sección Tercera tampoco incurrió en un desconocimiento del principio dispositivo, porque al haberse alegado una causal de anulación le correspondía estudiarla integralmente. De lo contrario, se habría incurrido en un exceso de ritual manifiesto. De ahí que, si bien Transmilenio alegó la falta de competencia del tribunal, fundó el recurso en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que contempla la falta de jurisdicción y competencia. En consecuencia, consideró que la acción no estaba llamada a prosperar.

82. *Sección Tercera – Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.*[38] El Tribunal señaló que no había vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, pues se limitó a acatar la orden impartida por el Consejo de Estado en la Sentencia del 14 de marzo de 2024.

83. *Los árbitros Ana María Ruan, Felipe Navia y José Armando Bonivento.*[39] Los árbitros integrantes del Tribunal de Arbitramento señalaron que los argumentos de defensa se encuentran al interior de las decisiones proferidas en el proceso arbitral.

84. *Transmilenio.*[40] En su calidad de vinculada al proceso manifestó, a través de apoderado judicial, que la acción de tutela es improcedente, toda vez que está dirigida a salvaguardar los intereses económicos de la accionante. Además, expuso que la sentencia atacada no vulneró los derechos fundamentales de la accionante en tanto actuó de conformidad con la ley y la jurisprudencia vigentes y estudió el recurso de anulación de acuerdo con lo alegado. Asimismo, las pretensiones planteadas en sede arbitral serán resueltas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo conforme fueron planteadas inicialmente, por lo que el cambio de juez no genera un efecto adverso para la accionante.

85. Transmilenio también indicó que no se reunían los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, porque a su juicio *(i)* el asunto no tiene relevancia constitucional, pues se cuestiona una sentencia que cuenta con el debido soporte legal y que no generó transgresión alguna de derechos fundamentales; *(ii)* no existe el defecto procedimental alegado, pues el proceso se surtió de

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

conformidad con las normas procesales aplicables; *(iii)* la sentencia cuestionada no incurrió en un defecto sustantivo, máxime que su análisis jurisprudencial no se limitó a la Sentencia C-1436 de 2000; *(iv)* no se evidencia violación directa de la Constitución, en tanto la decisión no desconoció la habilitación directa contenida en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, ni la facultad de los árbitros para pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos que no impliquen la modificación de su contenido; y *(v)* no se desconoció el precedente, pues la jurisprudencia ha considerado de manera uniforme la ausencia de competencia de los árbitros para pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos, por ser la legalidad un asunto que no es transigible.

86. Finalmente, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no rindieron informe en el presente asunto, a pesar de haber sido requeridos.

Decisiones objeto de revisión

87. *Sentencia de primera instancia.*[41] En Sentencia del 12 de diciembre de 2024, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró improcedente la acción de tutela. Consideró que *"lo que plantea la tutelante es una inconformidad con la decisión cuestionada, en relación con la interpretación que se dio por parte del órgano de cierre respecto de las facultades jurisdiccionales de los árbitros. Lo anterior se evidencia de la lectura de la providencia, en la que, en efecto, se tuvo en cuenta el precedente invocado como desconocido y las normas en las que funda los defectos sustantivos y de violación directa de la Constitución"*.[42]

88. Agregó que el cargo del recurso de anulación del Laudo se sustentó en la causal del numeral 2 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, por lo que el reproche de la parte accionante recae en una mera inconformidad con la forma en la que se abordó el sustento de la causal del recurso extraordinario.

89. *Impugnación.*[43] La parte accionante insistió que el objeto de la acción sí tiene relevancia constitucional, porque pretende preservar la competencia de los tribunales de arbitraje para resolver las controversias relativas a los efectos económicos de los actos administrativos contractuales expedidos en ejercicio de facultades excepcionales. Destacó que la regla de decisión establecida en la providencia cuestionada de la Sección Tercera redefine el alcance de la jurisdicción arbitral en Colombia y altera el marco normativo del arbitraje.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

90. *Sentencia de segunda instancia.*[44] En Sentencia del 17 de marzo de 2025, la Sección Segunda -Subsección A- de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó el fallo impugnado, que declaró improcedente la acción de tutela. En particular, destacó que, en efecto, el asunto carece de relevancia constitucional, porque *"la procedencia de la tutela para discutir una decisión adoptada por [la Sala Plena de la Sección Tercera] es más estricta y exige que la vulneración de derechos fundamentales sea palmaria"*.[45]

91. Explicó que no puede entenderse que la transgresión alegada se configure *"de forma general frente a los efectos que producirá la decisión aquí censurada en otros casos relacionados con la competencia de los árbitros en Colombia, situación en la que basa el accionante varios de los argumentos para sustentar la importancia constitucional del asunto, ya que la finalidad de la acción de tutela cuando se cuestionan providencias judiciales es la protección de los derechos fundamentales de quien solicita el amparo"*.[46] Por lo cual, concluyó que no se satisfizo el requisito de relevancia constitucional.

Actuaciones en sede de revisión

92. *Selección del asunto para revisión.* Mediante Auto del 30 de mayo de 2025, la Sala de Selección Número Cinco escogió para su revisión el expediente T-11.087.982 y por reparto le correspondió el conocimiento del asunto al Magistrado que actúa como ponente de esta decisión, motivo por el cual, el 16 de junio de 2025, la Secretaría General de la Corte Constitucional envió el expediente de la referencia al despacho para su sustanciación.

93. *Conocimiento del asunto por la Sala Plena*. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 60 del reglamento de esta Corte (Acuerdo 01 de 2025), el 23 de julio de 2025, el Magistrado presentó a la Sala Plena de la Corte un informe con el fin de que se asumiera el conocimiento y decisión del asunto. En esa misma fecha, la Sala Plena asumió la competencia.

94. *Solicitud de sesión técnica.*[47] Mediante oficio del 29 de julio de 2025, el presidente de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y la Magistrada ponente de la decisión tutelada solicitaron la realización de una *"sesión técnica presencial, o audiencia"*.[48]

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

95. La Corte decretó la convocatoria de una sesión técnica dentro del trámite de la referencia mediante Auto 1260 del 13 de agosto de 2025. En dicho Auto se determinó que la sesión técnica se compondría del eje temático denominado: *arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales y de sus efectos económicos*, y se fijó como fecha de su celebración el 16 de septiembre de 2025. Además, se suspendieron los términos procesales por el lapso de dos (2) meses, contados a partir del día siguiente a la fecha en que se recibieran los resúmenes de las intervenciones que debían presentar las autoridades públicas, los expertos y demás invitados.

96. En Auto del 15 de septiembre de 2025, la Corte suspendió la práctica de la sesión técnica por razones de orden público. Posteriormente, en Auto 1658 del 14 de octubre de 2025, la Corte fijó el día 5 de noviembre de 2025 como nueva fecha para la realización de la sesión y mantuvo las pautas para la definición metodológica y de agenda establecidos con anterioridad. A su turno, en dicha decisión modificó la suspensión de términos que había ordenado así: *(i)* a partir del 17 de octubre y hasta el 03 de noviembre de 2025; y *(ii)* durante el lapso de dos meses, contados a partir del día siguiente a la fecha en que se recibieran los resúmenes de las intervenciones que debían presentar los intervinientes dentro de los cinco días posteriores a la celebración de la sesión técnica.

97. En el entretanto, con Auto del 29 de septiembre de 2025 se ofició a la Sección Tercera -Subsección B- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que remitiera copia del expediente 25000233600020240043900, relativo a las controversias contractuales entre SI99 y Transmilenio, sobre los mismos hechos que dieron origen a la presente controversia.

98. En cumplimiento de lo resuelto por la Corte, el 5 de noviembre de 2025 se llevó a cabo la sesión técnica en el Palacio de Justicia de Bogotá. Los intervinientes y sus posiciones frente al eje temático se sintetizan en los siguientes términos:

Interviniente	Posición expuesta
María Adriana Marín	Inicialmente, la interviniente expuso un resumen de la controversia. Luego, delimitó el alcance de la unificación en la sentencia atacada: *(i)* reiteró la jurisprudencia que señala la imposibilidad de los árbitros para conocer de la legalidad de los actos administrativos excepcionales; y *(ii)* precisó que el juez arbitral no puede alterar las medidas económicas adoptadas con fundamento en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, dado que las mismas hacen parte integral del acto. Sobre el caso concreto, señaló que el tribunal arbitral modificó las variables de la fórmula, cambiando el descuento fijado en el 19%, con lo que se desbordaron las facultades arbitrales. Finalmente, señaló que no se desconoció el principio dispositivo en tanto se estudió el recurso en cumplimiento de las garantías superiores del recurrente.
Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz	El interviniente sostuvo una posición intermedia entre las posturas contrapuestas sobre el tema. Consideró que la sentencia atacada desconoció el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, así como la Sentencia

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados — n2abogados.com

Interviniente	Posición expuesta
	C-1436 de 2000. Sin embargo, identificó que existe una limitación a la competencia de los árbitros en tanto solo pueden pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos excepcionales. En este sentido, defendió que los árbitros pudiesen pronunciarse incluso sobre la legalidad del acto administrativo, siempre que la consecuencia sea únicamente sobre los efectos económicos. Por el contrario, cuando la consecuencia de la nulidad recaiga sobre los efectos jurídicos o materiales del acto, sería competente de forma exclusiva la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En el caso concreto, encontró que se trató de una pretensión de carácter exclusivamente económico, en tanto *(i)* la solicitud se hizo posterior a la ejecución del contrato; y *(ii)* no se dirigía a limitar el ejercicio de las facultades excepcionales de la administración.
Patricia Mier Barros	La interviniente señaló que *(i)* la Constitución no establece ningún límite a la facultad de los árbitros, sino que únicamente remite a la regulación legal; *(ii)* el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 habla de "inclusión" y no de "exclusión", por lo que no excluye ningún asunto del conocimiento arbitral; y *(iii)* el árbitro actúa como el juez natural del contrato. Así mismo, indicó que no es posible asimilar los actos contractuales a los actos administrativos propios del CPACA, en tanto estos últimos se encuentran diseñados para el ejercicio de la función administrativa, mientras que los actos contractuales de acuerdo con el espíritu de la Ley 80 buscaron acercar al Estado a un contrato privado. En consecuencia, señaló que la sentencia atacada desconoció las disposiciones legales.
María Teresa Palacio Jaramillo	La interviniente sostuvo que no existe limitación en la competencia de los árbitros para conocer únicamente de los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades excepcionales. Para soportar esta consideración, expuso que *(i)* la Constitución en su artículo 116 habilitó la función jurisdiccional de los árbitros "en los términos de la ley"; *(ii)* actualmente las leyes 418 de 1997 y 1682 de 2013 consagran restricciones expresas a las competencias arbitrales, lo que deja ver que la Ley 1563 de 2012 no contiene ninguna limitación aplicable de manera general; y *(iii)* el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 se refiere a la inclusión y no a la exclusión de ningún asunto. Así mismo, señaló que no hay forma de evaluar una reclamación económica sin observar el contenido del acto administrativo. Finalmente, advirtió que existen actualmente figuras que permiten la transacción de los actos administrativos, por lo que nada se opone a que un acto administrativo pueda ser revocado por las partes.
Juan Pablo Cárdenas Mejía	El interviniente señaló que de acuerdo con la Ley 1563 de 2012 los árbitros pueden pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos excepcionales. En este sentido, observó que las sentencias C-1436 de 2000 y SU-174 de 2007 excluyen de la competencia de los árbitros la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales. En consecuencia, a su juicio, el reconocimiento económico no es un derecho de la entidad pública ni una facultad que pueda ejercer de manera potestativa, sino un derecho del contratista, por lo que no se estaría discutiendo el interés público. Por lo tanto, señaló que cuando se trata de una discusión meramente económica, no hay ninguna razón para sostener que se trata de una materia que no puede ser conocida por los árbitros, pues la limitación de su competencia recae sobre el ejercicio de las facultades excepcionales.
Myriam Salcedo Castro	La interviniente afirmó que las normas existentes habilitan integralmente a los árbitros para conocer de la legalidad y los efectos económicos de los actos administrativos. Como fundamento de ello, observó que *(i)* del artículo 116 constitucional se desprende que las competencias arbitrales

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados . . n2abogados.com

Interviniente	Posición expuesta
	se derivan de la regulación legal; *(ii)* el entorno legislativo actual es distinto al existente durante la vigencia de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, pues la Ley 1563 de 2012 amplió la competencia de los árbitros a aquellos asuntos determinados por la ley de manera expresa; *(iii)* la limitante contenida en la Ley 1682 de 2013 se aplica únicamente en los proyectos de infraestructura en transporte, pues de lo contrario se habría derogado de manera expresa la habilitación general de la Ley 1563 de 2012. Adicionalmente, señaló que el mantenimiento de la ecuación contractual es una contraprestación que resulta de la obligación legal de reconocer el pago de compensación o indemnización por ejercer facultades excepcionales.
Ana María Ordóñez Puentes	La interviniente sostuvo que los árbitros sí pueden conocer de los efectos económicos de los actos excepcionales dado que *(i)* ello se deriva del texto del artículo 116 constitucional y 1 de la Ley 1563 de 2012; y *(ii)* ello responde a una evolución normativa en el ordenamiento nacional que se articula con las experiencias de otros países de la región. En cuanto a este segundo argumento, indicó que la Ley 80 de 1993 abrió la puerta al arbitraje con ciertos límites, lo cual se fue ampliando a partir de la jurisprudencia y lo previsto en la Ley 1563 de 2012. Así mismo, se refirió a las experiencias de Ecuador, Perú y México, países en los que hubo también un proceso evolutivo hacia la ampliación de las competencias arbitrales. Finalmente, indicó que de impedirse a los árbitros pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos contractuales, la cláusula compromisoria quedaría prácticamente anulada.
Jorge Eduardo Chemás Jaramillo	El interviniente expuso que a partir de la Ley 1563 de 2012 los árbitros tienen competencia para conocer de *(i)* los asuntos de libre disposición; y *(ii)* los asuntos que autorice la ley. Sobre este segundo criterio de habilitación, señaló que el legislador habilitó expresamente a los árbitros para conocer de la legalidad de los actos contractuales y de sus consecuencias económicas, con la única limitación de proferir un fallo en derecho. A su juicio, la sentencia discutida en el presente asunto vacía de contenido el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, porque de acuerdo con la regla de unificación propuesta no podría arbitrarse ningún acto administrativo contractual. Adicionalmente, consideró que la Sentencia C-1436 de 2000 decayó, en tanto *(i)* las normas que estudió fueron derogadas y la nueva ley estableció algo sustancialmente distinto; y *(ii)* se basó en los actos administrativos clásicos y no en aquellos de carácter contractual.
José Roberto Sáchica Méndez	El interviniente resaltó la relevancia del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que establece la competencia de la Administración de ejercer facultades excepcionales y adoptar los mecanismos correctivos pertinentes. En este sentido, indicó que la sentencia del Consejo de Estado determinó cuáles son los elementos no disponibles dentro del acto excepcional que ejerce las facultades previstas en el mencionado artículo 14, respecto de lo cual consideró que las dos facultades allí previstas son inescindibles. Por otro lado, señaló que la sentencia cuestionada no alteró el alcance de la competencia de los árbitros de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, pues en esta materia la Sección Tercera prefirió seguir la línea jurisprudencial ya decantada.

99. Posterior a la celebración de la sesión técnica y dentro del término previsto para tal fin, los apoderados de la parte accionante y de Transmilenio, en su calidad

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

de tercero con interés en el presente asunto, descorrieron el traslado de la prueba. Los principales argumentos expuestos se resumen a continuación.[49]

Parte o tercero con interés	Posición expuesta
Transmilenio	A través de su apoderado, indicó que *(i)* el Consejo de Estado es el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo que es a él a quien corresponde fijar la interpretación de las normas relativas a los contratos estatales; *(ii)* las sentencias de unificación del Consejo de Estado tienen una categoría superior a las demás que profieren sus salas, debido a su propósito de garantía de los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica; y *(iii)* la acción de tutela contra providencias judiciales no puede convertirse en una instancia adicional, pues una vez practicada la sesión técnica se confirma que no existen pruebas para concluir que existió una violación a los derechos fundamentales invocados por la accionante. Así mismo, frente a lo expuesto en la sesión técnica, reiteró sus argumentos relativos a la debida justificación legal y jurisprudencial de la sentencia cuestionada y señaló que esta no proscribe la posibilidad a los árbitros de pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos, por lo que, aunque se pueda estar en desacuerdo con su razonamiento, de ello no se deriva que la decisión sea contraria a la ley o carezca de fundamento.
SI99	Mediante apoderado, se pronunció sobre los puntos relevantes de la sesión técnica en el siguiente sentido. Advirtió la relevancia constitucional del asunto en tanto *(i)* se demostró la vulneración de sus derechos fundamentales, dado que se aplicó de manera retroactiva una nueva regla jurisprudencial y se contradijeron las disposiciones vigentes al momento de surtir el proceso arbitral, lo cual fue confirmado por 7 de los intervinientes en la sesión; *(ii)* se afectó la confianza legítima de los contratistas estatales, pues restringió injustificadamente el acceso eficiente y material a la justicia arbitral y, en su lugar, se impuso acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo pese a la inocuidad del recurso; y *(iii)* se derogó de facto el inciso cuarto del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012. Del mismo modo, reiteró que el laudo arbitral no estudió la legalidad de los actos administrativos controvertidos y que el respeto al interés público se observa en el cumplimiento de las obligaciones de SI99 bajo las condiciones unilateralmente establecidas. A su vez, resaltó que es preciso distinguir entre el interés público, garantizado en este caso con la continuidad en la prestación del servicio, y el interés económico de la entidad.

100. Las solicitudes y argumentos de los participantes (incluidos los escritos de resumen de las intervenciones que se aportaron con posterioridad a la sesión técnica),[50] así como los pronunciamientos efectuados al descorrer el traslado de esta prueba por la parte accionante y accionada y los terceros con interés se analizarán, según corresponda, en el estudio de fondo del caso concreto.

101. *Amicus curiae presentado en el proceso*. Durante el trámite se allegó la comunicación de un tercero ajeno al proceso quien, si bien no tiene interés legítimo en sus resultas, expuso su opinión a la Corte con el fin de participar bajo la figura del *amicus curiae*. La posibilidad de que se integren este tipo de intervenciones en el proceso fue abordada recientemente en la Sentencia T-029 de 2025. Allí se

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados · n2abogados.com

expuso, a partir de la jurisprudencia relevante, que *"la Corte Constitucional valora positivamente este tipo de intervenciones, en la medida en que aportan elementos relevantes para la decisión y contribuyen a la participación ciudadana […]. No obstante, dado que se trata de un tercero externo al proceso, estos conceptos no tienen carácter vinculante, pues su idea es simplemente ilustrar a la Corte sobre el fenómeno objeto de análisis"*.[51]

102. Bajo la citada modalidad de intervención se recibió la comunicación del ciudadano *Alejandro Linares Cantillo*.[52] El ciudadano, apelando a su calidad de tercero interesado en los aspectos académicos y procesales del derecho constitucional y el arbitraje, se pronunció sobre la presente controversia. En su escrito, consideró que la sentencia cuestionada en sede de tutela incurrió en defecto orgánico y defecto procedimental absoluto, en tanto se pronunció sobre una causal distinta a la invocada por el recurrente. Con base en lo anterior, estimó que se desconoció el carácter restrictivo y rogado del recurso de anulación, contenido en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, y se vulneraron los derechos a la defensa y contradicción de la parte afectada.

103. El ciudadano también indicó que *"la jurisdicción arbitral se encuentra plenamente habilitada para pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos contractuales, siempre que el análisis no implique ejercer un control de legalidad sobre dichos actos"*.[53] Por ende, frente a lo expuesto en la providencia judicial cuestionada, consideró que se restringió indebidamente un espacio jurisdiccional que la Constitución y la ley han reconocido como legítimo, y que tal restricción, mediante la regla de unificación propuesta, fue *ultra petita*. De ahí que sea contraria a la naturaleza del recurso de anulación.

104. Del mismo modo, se allegó escrito de la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ). Señalando su condición de centro de pensamiento independiente dedicado al monitoreo, evaluación y promoción de la eficiencia, la seguridad jurídica y el acceso a la justicia en Colombia, la Corporación presentó intervención dentro del trámite, en la cual solicitó a la Corte (i) tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la seguridad jurídica de la sociedad accionante; y (ii) revocar las decisiones de instancia y en su lugar dejar sin efectos la sentencia de unificación atacada, por incurrir en defectos orgánico, procedimental absoluto y sustantivo.

105. Como fundamento de sus solicitudes, la Corporación observó que, en primer lugar, en el proceso de anulación el recurrente no invocó la causal de falta de jurisdicción sino únicamente la falta de competencia del tribunal arbitral. Por tanto, consideró que el Consejo de Estado ignoró que su competencia funcional está estrictamente delimitada por los cargos formulados y transmutó de manera oficiosa la causal de anulación objeto de análisis. Con ello, a su juicio, la decisión

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

incurrió en los defectos orgánico y procedimental absoluto, y vulneró el derecho al debido proceso de SI99.

106. En segundo lugar, a su parecer, la tesis expuesta por el Consejo de Estado impide la aplicación de la frase "incluyendo las consecuencias económicas" incluida en el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, en tanto "no existe, en la lógica jurídica ni fáctica, un escenario donde se puedan debatir las consecuencias económicas de un acto unilateral (como una multa, una modificación o una liquidación unilateral) sin examinar si el acto fue expedido conforme a derecho, si los hechos que lo motivan son ciertos o si la cuantificación es correcta". Adicionalmente, señaló que no existe cosa juzgada constitucional que impida esta aplicación, dado que la sentencia C-1436 de 2000 no se ajusta al contexto normativo actual. Por lo anterior, alegó que la sentencia del Consejo de Estado impuso una restricción inconstitucional al derecho de administración de justicia y desconoció el artículo 116 constitucional. Así mismo, advirtió que con esta decisión se desconoce la voluntad de las partes de llevar sus controversias al arbitraje y se generan riesgos de "fallos divididos" y mayor congestión judicial.

107. *Decreto de pruebas y suspensión de términos*. En Auto del 18 de febrero de 2026, el Magistrado sustanciador decretó pruebas para mejor proveer. Con ese propósito, solicitó a la Sección Tercera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca: *(i)* remitir a través de su secretaría el enlace actualizado del expediente 25000233600020240043900, relativo a las controversias contractuales entre SI99 y Transmilenio; y *(ii)* rendir un informe, a través del despacho ponente de ese proceso, sobre determinados asuntos relacionados con el estado actual del referido medio de control de controversias contractuales. En aras de garantizar el adecuado recaudo, sistematización y análisis del material probatorio decretado, la Sala Plena de la Corte Constitucional procedió a suspender los términos de esta tutela, por el lapso tres meses, mediante Auto 209 del 18 de febrero de 2026.

108. El 19 de febrero de 2026, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca remitió el expediente solicitado.[54] A su turno, el 26 de febrero del 2026, el despacho ponente del medio de control de controversias contractuales rindió el informe solicitado. Allí expuso que el proceso está en etapa de pruebas, detalló las actuaciones llevadas a cabo desde que el asunto le fue remitido por el Consejo de Estado, y reseñó las pretensiones de la parte demandante en ese proceso.[55]

109. El apoderado de la parte accionante descorrió el traslado de esas pruebas.[56] Al respecto, expuso que: *(i)* la controversia que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la misma que se planteó ante la justicia arbitral; *(ii)* SI99 nunca pretendió algo distinto al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pues no formuló solicitud sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos expedidos por Transmilenio; *(iii)* el que se tramite el proceso a

Documento público protegido de la exposición oficial. Corporación de Estudios Nacionales - elaborado con

través del medio de control de controversias contractuales muestra que la controversia tiene una naturaleza exclusivamente contractual y económica pues, de lo contrario, el proceso se habría readecuado al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

110. La Corte Constitucional es competente para revisar y decidir la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 60 del Acuerdo 01 de 2025, así como en virtud del Auto del 30 de mayo de 2025 proferido por la Sala de Selección Número Cinco.

2. Presentación del caso y metodología de la decisión

111. La sociedad SI99 presentó acción de tutela en contra de la Sentencia del 14 de marzo de 2024, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Esto, por considerar que la decisión cuestionada vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la igualdad.

112. Con la decisión controvertida, se unificó la jurisprudencia sobre los alcances de la facultad que, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, tienen los árbitros para conocer de un acto administrativo contractual en el que se ejercen poderes excepcionales. A su turno, se resolvió el recurso de anulación interpuesto por Transmilenio en contra del laudo arbitral del 11 de julio de 2022, en el que el Tribunal de Arbitramento tuvo por acreditada la alteración del equilibrio económico del Contrato 001 y ordenó su restablecimiento por parte de la entidad contratante.

113. A juicio de SI99, la providencia cuestionada incurrió en los siguientes cuatro defectos. *Defecto sustantivo*, pues se basó en la Sentencia C-1436 de 2000, pese a que en esa providencia la Corte Constitucional se refirió al alcance de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, hoy derogados por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, y porque se ignoró la habilitación dispuesta en el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012. *Desconocimiento del precedente*, al no tener en cuenta la Sentencia SU-174 de 2007 de la Corte Constitucional, que estableció que los árbitros pueden pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos contractuales, y la jurisprudencia del Consejo de Estado concordante con esa tesis. *Violación directa de la Constitución*, porque conforme al artículo 116 de la Constitución Política los árbitros ejercen la función de administrar justicia en los términos que señale la ley, y el artículo 1° de la Ley

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados S.A.S. - n2abogados.com

1563 de 2012 dispone que los árbitros son competentes para pronunciarse sobre las consecuencias económicas de los actos administrativos. Y, finalmente, un *defecto procedimental absoluto*, toda vez que se infringió el principio dispositivo al conocer y resolver sobre la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral, a pesar de que lo alegado fue su falta de competencia.

114. La Corte Constitucional abordará el conocimiento del presente asunto con base en la metodología que pasa a enunciar. En primer lugar, estudiará si en este caso se reúnen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. De resultar acreditada la procedencia, se procederá a plantear el problema jurídico de fondo y se desarrollará el esquema que habrá de emplearse para su solución. Finalmente, se proferirá la decisión.

3. Análisis de procedencia de la acción de tutela objeto de revisión

115. Para abordar la procedencia del asunto, la Corte desarrollará su análisis en los siguientes términos: *(i)* se reiterarán los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, desarrollados por la jurisprudencia constitucional; y, posteriormente, *(ii)* se examinará la observancia de estos requisitos en el caso concreto.

3.1. Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales

116. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se interpone en contra de una decisión judicial, en atención a los principios constitucionales de seguridad jurídica y autonomía e independencia de la administración de justicia.[57] Sin embargo, la jurisprudencia también ha reconocido que *"aun cuando todas las autoridades jurisdiccionales de la República tienen autonomía e independencia para estudiar y decidir las controversias que se someten a su competencia, ello no implica que estas puedan proferir providencias o adelantar procesos que desconozcan, vulneren o amenacen derechos fundamentales"*.[58]

117. En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido que, si bien la actividad judicial requiere de garantías de independencia y autonomía, tales garantías no constituyen fines en sí mismos, sino que fungen como medios para lograr la efectividad de los principios, valores, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política.[59] Esto se encuentra acorde, además, con el artículo 86 Constitucional, de acuerdo con el cual la acción de tutela procede frente a la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, sin que sea dable excluir a las autoridades judiciales.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

118. Para lograr el equilibrio entre, por un lado, los principios de seguridad jurídica, autonomía e independencia judicial y, por otro lado, la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales frente a las actuaciones de cualquier autoridad pública, esta Corte ha admitido excepcionalmente la procedencia de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales. Para ello, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de sistematizar los requisitos que habilitan la procedencia excepcional, identificando los siguientes siete requisitos generales que deben acreditarse de manera concurrente: [60]

Requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales	
Requisito	**Definición y fuente**
Legitimación en la causa	La acción de tutela debe presentarse por quien ha visto vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales y, procede contra las autoridades que amenacen o vulneren sus derechos fundamentales. Dado que los jueces son autoridades públicas, sus decisiones son susceptibles de tutela. Lo anterior da cuenta de la legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva de las partes que concurren a la acción de tutela. El fundamento de esta exigencia reside en los artículos 86 de la Constitución Política y 5, 10 y 42 del Decreto 2591 de 1991.
Subsidiariedad	En principio, quien presenta la acción de tutela debe haber agotado todos los medios de defensa ordinarios y extraordinarios, salvo que la tutela se interponga como mecanismo transitorio para evitar la concreción de un perjuicio irremediable. La tutela también procederá cuando no exista un mecanismo judicial o, cuando a pesar de que existe, no resulta idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. El fundamento de esta exigencia descansa en los artículos 86 de la Constitución Política y 5, 6 y 8 del Decreto 2591 de 1991.
Inmediatez	La acción de tutela debe ejercerse en un término razonable, prudencial y adecuado, contado a partir del hecho que generó la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales reclamados. Esa verificación debe considerar las circunstancias particulares que rodean a cada caso. El fundamento de esta exigencia radica en el artículo 86 de la Constitución Política.
Identificación razonable de los hechos	La parte accionante debe identificar en su solicitud de tutela, de forma razonable, los derechos fundamentales que estima vulnerados o amenazados, así como los hechos que en su criterio produjeron esa situación. Lo anterior debe haberse alegado en el proceso judicial que antecedió a la acción de tutela, siempre que sea posible.
Relevancia constitucional	El debate planteado a través de la acción de tutela debe ser de orden constitucional. La Corte Constitucional ha definido los siguientes tres criterios para identificar si un asunto tiene tal naturaleza:[61] *(i)* la controversia debe versar sobre un asunto constitucional y no meramente legal o económico; *(ii)* la controversia debe involucrar algún debate jurídico que gire en torno al contenido, alcance y goce de un derecho fundamental y, finalmente, *(iii)* la tutela contra providencias judiciales no da lugar a una tercera instancia, ni puede reemplazar los recursos ordinarios. El juez de tutela solo puede dirimir asuntos de naturaleza constitucional, puesto que, por lo general, le está vedado inmiscuirse en controversias eminentemente económicas o de

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

Requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales	
Requisito	**Definición y fuente**
	carácter legal, pues terminaría involucrándose en asuntos cuya definición corresponden a otras jurisdicciones.
Irregularidad procesal	Esta exigencia aplica en casos donde la acción de tutela se formula para cuestionar la ocurrencia de una irregularidad procesal. En un evento de tales características, la irregularidad que se acusa debe tener un efecto decisivo o determinante en la decisión sometida a revisión del juez constitucional.
Que no se cuestione una providencia judicial proferida en una acción constitucional	La acción de tutela no procede, en principio, en contra de: (a) un fallo de tutela, (b) una decisión proferida con ocasión del control abstracto de constitucionalidad que adelanta la Corte Constitucional y (c) una decisión que resuelve el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad por parte del Consejo de Estado. No obstante, en la Sentencia SU-627 de 2015 se precisaron los eventos en los cuales excepcionalmente la acción de tutela procede contra fallos de tutela y actuaciones de los jueces de tutela diferentes al fallo.

119. La exigencia concurrente de estos requisitos reivindica el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela cuando con ella se cuestiona una decisión judicial. Así, se busca limitar el uso de esta acción constitucional a aquellos eventos en los que el juez incurre en graves falencias, que tienen relevancia constitucional, y que terminan por hacer su decisión incompatible con la Constitución Política. Por lo anterior, esta Corte ha entendido la tutela contra providencias judiciales como un juicio de validez y no como un juicio de corrección del fallo cuestionado.[62]

120. Adicionalmente, y en atención al principio de cosa juzgada, el juez de tutela al conocer de una acción que cuestiona una decisión judicial, *"debe restringir su análisis únicamente a los argumentos propuestos por el accionante"*[63], y en este sentido, tiene *"vedado adelantar un control oficioso y exhaustivo de la providencia reprochada"*.[64]

121. Ahora, el carácter excepcional de la procedencia se acentúa cuando se trata de una acción de tutela en contra de las decisiones de altas cortes. La procedencia restrictiva responde al hecho de que las decisiones de estas corporaciones no solo tienen relevancia en términos de seguridad jurídica, autonomía judicial y cosa juzgada, sino que además son fundamentales en la búsqueda de uniformidad de las decisiones de los jueces de menor jerarquía y, por esta vía, en la materialización del principio de igualdad.[65]

122. Esta Corte ha sostenido de manera reiterada la relevancia que tiene en el ordenamiento jurídico para la efectividad del principio de igualdad el respeto por los precedentes propios, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Así, en la Sentencia SU-053 de 2015 reconoció que el respeto por la jurisprudencia de los órganos de cierre no solo es fundamental en el desarrollo del principio de

Documento público emitido de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estado NZ Abogados. · nzabogados.com

igualdad, sino que además busca realizar los principios de primacía de la Constitución, confianza, certeza del derecho y debido proceso. Igualmente, consideró que la unificación de jurisprudencia es una técnica judicial indispensable para mantener la coherencia del ordenamiento.[66]

123. A su turno, la Sentencia SU-072 de 2018 recogió la jurisprudencia en esta materia, y determinó que los precedentes de las altas corporaciones constituyen una herramienta trascendental en la solución de casos en los que las leyes pueden admitir diversas interpretaciones, para evitar decisiones contradictorias en pleitos semejantes. Más recientemente, en Sentencia SU-215 de 2022, la Corte señaló que la tutela en contra de providencias judiciales es excepcional, y que, al tratarse de providencias de las altas cortes como órganos de cierre, la sustentación de los requisitos generales requiere de una argumentación cualificada y su análisis debe ser especialmente exigente.[67]

124. De este modo, la unificación jurisprudencial que llevan a cabo las altas cortes es un instrumento relevante para alcanzar la certeza jurídica, en tanto es una forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico.

125. Por consiguiente, para determinar la procedencia de la acción de tutela cuando se dirige en contra de providencias judiciales de una alta corporación, no basta solo con identificar el cumplimiento de los requisitos generales previamente enunciados. Por su importancia para el ordenamiento jurídico, se exige un estándar de argumentación y de análisis más riguroso que el establecido para la acción de tutela en contra de otras providencias judiciales. Esto implica que, en tanto estas decisiones se encuentran cobijadas por una garantía de estabilidad mayor a las de los otros jueces, el análisis del juez constitucional supone un mayor grado de deferencia.[68] Este estándar ha sido desarrollado por la Corte Constitucional en su jurisprudencia de unificación.

126. En la Sentencia SU-917 de 2010, la Corte señaló que la tutela en contra de providencias judiciales de altas cortes *"solo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional"*. [69]

127. Estas consideraciones fueron retomadas, posteriormente, en Sentencia SU-050 de 2017. A partir de ellas, la Corte estableció que:

"[P]ara determinar la procedencia de la acción de tutela contra una providencia judicial proferida por una alta Corporación, el juez constitucional deberá verificar la concurrencia

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2.Abogados. · n2abogados.com

de tres presupuestos: (i) el cumplimiento de los requisitos formales de procedibilidad, (ii) la existencia de una o varias de las causales genéricas establecidas por la Corporación para hacer procedente el amparo material y, (iii) **la configuración de una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional.**"[70]

128. En relación con este último requisito, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que la acción de tutela en estos casos:

"[S]ólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es**, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional**. En los demás eventos los principios de autonomía e independencia judicial, y especialmente la condición de órganos supremos dentro de sus respectivas jurisdicciones, exigen aceptar las interpretaciones y valoraciones probatorias aun cuando el juez de tutela pudiera tener una percepción diferente del caso y hubiera llegado a otra conclusión."[71]

129. Ante la ausencia de una decisión con tales características, tal como reconoció recientemente la Corte en sentencia T-495 de 2024, *"el juez constitucional debe ser deferente y observar 'los principios de autonomía e independencia judicial, y especialmente la condición de órganos supremos dentro de sus respectivas jurisdicciones, [lo que exige] aceptar las interpretaciones y valoraciones probatorias aun cuando el juez de tutela pudiera tener una percepción diferente del caso y hubiera llegado a otra conclusión diferente invadiría su órbita de competencia'".*[72]

130. La Corte observa que, con base en la jurisprudencia antes expuesta, en las acciones de tutela planteadas en contra de decisiones judiciales de altas cortes, se requiere que *(i)* la controversia verse sobre un asunto constitucional y no meramente legal y/o económico; *(ii)* la invocación de por lo menos un defecto en la providencia cuestionada, *(iii)* su carácter irrazonable; *(iv)* que no se utilice como una instancia o recurso adicional para reabrir debates meramente legales; y *(v)* que comporte una anomalía de tal entidad, que exija la imperiosa intervención del juez constitucional.

131. Este último supuesto supone que la irregularidad avizorada se traduzca (a) en una abierta contradicción con la Carta o con la jurisprudencia de este Tribunal, tanto en materia de control abstracto, como respecto de la jurisprudencia en vigor en materia de tutela; o (b) con la definición del alcance y los límites de las competencias constitucionales de las autoridades, o en relación con el contenido esencial o los elementos definitorios de los derechos fundamentales.

132. En conclusión, para tener por acreditada la procedencia de la acción de tutela en este caso, deberá verificarse *(i)* el cumplimiento de los requisitos

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

generales; y *(ii)* la existencia de una argumentación calificada que permita identificar la necesidad de intervención del juez constitucional.

3.2. Examen de los requisitos generales de procedencia en el caso concreto

133. A partir de las consideraciones anteriores, a continuación, se analizará el cumplimiento de cada uno de los requisitos generales en el caso concreto.

134. *Legitimación en la causa por activa*. La presente acción de tutela fue presentada por la sociedad SI99 S.A., mediante apoderado judicial,[73] por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y la igualdad. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela puede ser invocada por "toda persona", lo que no descarta la presentación de la acción por parte de personas jurídicas.

135. La posibilidad de que las personas jurídicas recurran a la acción de tutela en protección de sus propios derechos fundamentales, y no en sustitución de las personas naturales que las conforman, ha sido señalada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.[74] En este escenario, la Corte ha explicado que *"la legitimidad para actuar en defensa de los derechos fundamentales de las personas jurídicas está condicionada a la existencia de una relación de representación legal o apoderamiento judicial entre la persona natural que reclama la vulneración y la persona jurídica afectada"*.[75]

136. La Corte también ha indicado que dada la naturaleza misma de las personas jurídicas, no pueden considerarse titulares de algunos derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la prohibición de la pena de muerte, la tortura o la esclavitud, o el derecho a la intimidad familiar.[76] Sin embargo, ha expresado que ciertos derechos fundamentales pueden estar relacionados con su existencia o actividad y son el núcleo de garantías que les otorga el sistema jurídico.[77] En este sentido, las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales como el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, el derecho de petición, entre otros.

137. En este caso, la accionante, es decir SI99 S.A., actúa mediante apoderado judicial para proteger sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad y a la seguridad jurídica. Al respecto, la Corte observa que se cumple con el requisito de legitimación en la causa por activa, porque *(i)* la persona jurídica actúa a través de apoderado judicial, quien está legitimado para representar sus intereses; y *(ii)* la vulneración de derechos fundamentales que se alega está directamente relacionada con derechos que integran las garantías que les otorga el sistema jurídico directamente a las personas jurídicas.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

138. *Legitimación en la causa por pasiva*. La acción de tutela bajo análisis se dirige en contra de la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al ser la autoridad judicial que profirió la Sentencia del 14 de marzo de 2024 en el proceso 11001-03-26-000-2022-00173-00 (expediente 68.994). Decisión frente a la cual, la sociedad accionante alega le fueron vulnerados sus derechos fundamentales. En esa medida, existe legitimación en la causa por pasiva, puesto que la autoridad accionada pertenece a la Rama Judicial del Poder Público, y fue quien profirió la decisión que se acusa de haber vulnerado derechos fundamentales. Esto, además, en coherencia con la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales analizada previamente.

139. Por otro lado, la Corte observa que en este trámite se vincularon como terceros con interés: *(i)* el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; *(ii)* el Tribunal de Arbitraje de SI99 SA vs Transmilenio; *(iii)* Transmilenio; *(iv)* la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y *(v)* la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.[78] Si bien estos sujetos no tienen la calidad de parte, son titulares de un interés en las resultas del proceso que los legitima para comparecer al mismo.[79] Ciertamente, la Corte ha precisado que los sujetos vinculados *"no tienen la condición de partes. Sin embargo, puede ocurrir que dichos terceros se encuentren vinculados a la situación jurídica de una de las partes o a la pretensión que se discute, al punto de que a la postre puedan resultar afectados por el fallo que se pronuncie. […] En este evento, el interés del cual son titulares los legitima para participar en el proceso, con el fin de que se les asegure la protección de sus derechos"*.[80]

140. *Subsidiariedad*. El cumplimiento del requisito de subsidiariedad, cuando se trata de una acción de tutela en contra de una providencia judicial, es más exigente que aquel que debe observarse en otras oportunidades. Así lo destacó la Corte de manera reciente en la Sentencia T-495 de 2024 que, al recoger la jurisprudencia, advirtió que en estos casos el juez de tutela debe ser cuidadoso para no sustraer al juez natural de sus competencias ni reabrir etapas procesales que se surtieron o debieron haberse surtido en el proceso ordinario.

141. La exigencia rigurosa del requisito de subsidiariedad en estos casos responde a tres causas:[81] *(i)* teniendo en cuenta que las decisiones son emanadas de un juez que recibió el encargo constitucional de poner fin a las controversias en una jurisdicción determinada, para lo cual fue revestido de autonomía e independencia; *(ii)* las etapas, el procedimiento y los recursos que conforman el proceso son el primer espacio de protección de los derechos fundamentales, especialmente aquellos relacionados con el debido proceso, de manera que no es admisible que el afectado alegue la vulneración o amenaza de un derecho

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio Nz Abogados. · nzabogados.com

fundamental cuando no ha solicitado el amparo de sus derechos dentro del proceso; y *(iii)* la acción de tutela contra providencias judiciales no pretende sustituir al juez natural de la causa, ni discutir aspectos legales que ya han sido definidos o están pendientes de definir.

142. Debido a ello, se ha entendido que en estos casos la acción de tutela se torna improcedente cuando *(i)* el asunto está en trámite; *(ii)* se usa para revivir etapas procesales en las que se dejaron de emplear los recursos previstos por el ordenamiento jurídico; y *(iii)* cuando no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios.

143. En el caso concreto, es pertinente anotar, en primer lugar, que actualmente existe un proceso en trámite ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que cursa en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a través del medio de control de controversias contractuales bajo el radicado 25000-23-36-000-202400439-00. Este proceso tuvo su origen en el punto resolutivo cuarto de la Sentencia del 14 de marzo de 2024, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y atacada en la acción de tutela bajo estudio. En este punto, la sentencia resolvió:

> "**CUARTO:** Por la Secretaría de la Sección Tercera, **REMÍTASE** el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que adelante el trámite judicial pertinente, de acuerdo con lo señalado en el artículo 43, inciso segundo, de la Ley 1563 de 2012."

144. Así, en cumplimiento de esta orden, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tramita el proceso teniendo como parte demandante a SI99 S.A., que es la parte accionante en la presente acción de tutela, y como demandado a Transmilenio, quien en el presente trámite tiene la calidad de vinculada.

145. De acuerdo con el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, el medio de control de controversias contractuales está previsto de la siguiente manera:

> "**ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.** Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, 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. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley."

146. En este sentido, el proceso de controversias contractuales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo permite que cualquiera de las partes del contrato presente ante el juez controversias relacionadas con, entre otras, el contrato, la legalidad de los actos administrativos contractuales o la liquidación judicial del contrato. Así, al interior del proceso de controversias contractuales, el ahora accionante podrá discutir la legalidad de las resoluciones de modificación unilateral del contrato, pero no podrá cuestionar la eventual vulneración de sus

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

derechos fundamentales causada por la sentencia del Consejo de Estado. Por el contrario, el proceso ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es una consecuencia directa de la sentencia atacada en sede de tutela y, por tanto, un resultado de la supuesta violación de derechos.

147. Por lo anterior, la Corte considera que no existe asunto en trámite en el que pueda ventilarse la eventual vulneración de derechos fundamentales alegada por la parte accionante en sede de tutela.

148. Ahora, al analizar la limitación en cuanto a la reapertura de etapas procesales propias del proceso ordinario, se observa que los reproches en esta tutela versan sobre: *(i)* un defecto sustantivo relativo al desconocimiento de la habilitación a los árbitros contenida en el artículo 1 de la ley 1563 de 2012, así como la fundamentación en jurisprudencia derogada de la Corte Constitucional, específicamente la sentencia C-1436 de 2000; *(ii)* el desconocimiento del precedente contenido en la sentencia SU-174 de 2007 de la Corte y en la jurisprudencia del Consejo de Estado; *(iii)* la violación directa de la Constitución, de cara al artículo 116 constitucional; y *(iv)* un defecto procedimental absoluto al haberse infringido el principio dispositivo. Aquellos reparos se derivan de la argumentación desarrollada por la sentencia atacada.

149. Estos aspectos de la sentencia no podrían haber sido controvertidos durante el trámite de anulación de laudo arbitral, en el marco del cual se dictó la providencia, pues la parte accionante no tenía manera de conocerlos antes de que se notificara la sentencia con la que se puso fin al proceso. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 45 de la Ley 1563 de 2012, que regula el recurso de revisión al interior de los procesos de arbitraje nacional, este procederá de la siguiente manera:

> "Tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación. Cuando prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda."

150. La Ley 1563 de 2012 reconoce, entonces, la procedencia del recurso de revisión en contra de las sentencias que deciden el recurso de anulación de laudo arbitral dictado en el marco de un arbitraje nacional. Así mismo, remite al Código de Procedimiento Civil[82] para su trámite y para determinar las causales específicas por las que se considerará procedente.

151. En consecuencia, para determinar las causales y el trámite del recurso de revisión en contra de la decisión atacada mediante la acción de tutela, habrá que remitirse al artículo 355 de la Ley 1564 de 2012, de acuerdo con el cual son causales de procedencia del recurso de revisión:

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

"ARTÍCULO 355. CAUSALES. Son causales de revisión:

1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas.

4. Haberse fundado la sentencia en dictamen de perito condenado penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.

5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

6. Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente.

7. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad.

8. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso.

9. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habérsele designado curador ad lítem y haber ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo, no habrá lugar a revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada."

152. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que el recurso extraordinario de revisión es un mecanismo de defensa idóneo y eficaz cuando existe una vulneración al debido proceso con origen en un fallo judicial que se encuentra ejecutoriado, en tanto las causales que la posibilitan no apuntan a reabrir el debate jurídico ni refutan el criterio con el cual el juez interpretó o aplicó la ley. Incluso se ha identificado que este recurso y la acción de tutela son similares como mecanismo de defensa en el cual es posible plantear la controversia sobre el debido proceso.

153. Ante estas similitudes, en múltiples decisiones se estableció la siguiente regla para identificar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales:

"[E]l recurso de revisión constituye un mecanismo idóneo y eficaz de defensa judicial dependiendo de la naturaleza de los derechos invocados por el peticionario, y la cobertura brindada por las causales aplicables al proceso específico. Así, el recurso será eficaz cuando a) la única violación alegada sea el derecho al debido proceso y, eventualmente, la de otros derechos que no tienen carácter fundamental, o b) cuando el derecho fundamental cuya protección se solicita sea susceptible de ser protegido de manera integral dentro del trámite del recurso, porque concurren en él (i) causales de revisión evidentemente dirigidas

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. - n2abogados.com

a salvaguardar dicho derecho, y (ii) en caso de prosperar el recurso, decisiones que restauran de forma suficiente y oportuna el derecho".[83]

154. Esta regla fue precisada en la sentencia SU-026 de 2021, en la cual se determinó que *"la acción de tutela desplazará el recurso extraordinario de revisión siempre que (i) el derecho fundamental cuya protección se solicita no sea susceptible de ser protegido de manera integral dentro del trámite del recurso; y (ii) las causales de revisión no se encuadren dentro de los hechos denunciados por el accionante"*.[84]

155. De esta manera, al analizar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad en casos en los que podría ser procedente el recurso de revisión, la Corte Constitucional lo ha encontrado acreditado cuando en el caso concreto se observa que ninguno de los aspectos planteados en la acción de tutela se ajusta a las causales previstas en la ley para la procedencia del recurso,[85] y por el contrario, ha declarado la improcedencia de la acción de tutela cuando lo alegado puede encuadrarse en alguna de las causales legalmente previstas.[86]

156. A partir de los hechos probados en el presente proceso, y de acuerdo con las pretensiones planteadas en el escrito de tutela, de las causales enunciadas podría ser procedente únicamente aquella prevista en el numeral octavo, en tanto no se evidencian en el expediente circunstancias que puedan dar lugar a alguna de las otras causales. Por lo anterior, se verificará el cumplimiento del requisito de subsidiariedad de cara a la citada causal octava de procedencia del recurso.

157. De acuerdo con esa causal, el recurso de revisión procederá cuando exista nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso. Dado que el legislador no definió de forma taxativa aquello que se entiende como una nulidad "originada en la sentencia", la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha ocupado de delimitar el alcance de dicho escenario. En esas condiciones, se ha señalado que para acreditar esta causal es preciso *"(i) que la revisión se formule contra una sentencia; (ii) que la sentencia ponga fin al proceso, de manera que contra ella no proceda recurso alguno; y (iii) que el vicio alegado haya surgido en la propia decisión judicial o que se haya materializado en el momento en que se profirió la providencia y no en una etapa previa del proceso. Además, la irregularidad debe ser de tal gravedad que configure un defecto insubsanable en la actuación, de manera que, de no haberse producido dicho yerro, la decisión adoptada habría sido sustancialmente distinta."*[87]

158. Así mismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha identificado dos grupos de nulidades que configuran esta causal:[88] *(i)* por un lado, las irregularidades que constituyen las causales previstas en el artículo 133 del Código General del Proceso, en tanto *"vicios graves e insaneables que surgen al momento*

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

de la expedición del fallo que surgen al momento del fallo y no los acaecidos en etapas anteriores" o aquellos que, a pesar de configurarse de manera previa al fallo, no pudiesen ser advertidos por el recurrente en el curso del proceso; y *(ii)* por otro lado, aquellos vicios que afectan de manera grave y sustancial la legalidad de la decisión y se originan en el desconocimiento del artículo 29 de la Constitución Política,[89] esto es, inobservancia de aspectos procesales de tal trascendencia que tengan impacto en la garantía del debido proceso y no cualquier falencia relacionada con la fundamentación o valoración probatoria.[90] La restricción de la causal quinta [equivalente a la causal octava del CGP] a estos dos grupos *"excluye la posibilidad de plantear en sede de revisión extraordinaria cuestionamientos atinentes al contenido de la motivación, a la valoración de las pruebas o a la forma de aplicación de una determinada norma"*.[91]

159. Con base en este alcance de la causal octava del artículo 355 de la Ley 1564 de 2012, la Sala Plena advierte que, de lo alegado por la parte accionante en el escrito de tutela, los reproches que se endilgan a la sentencia atacada no se dirigen a demostrar la ocurrencia de alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 133 del Código General del Proceso. No se desconoce, en todo caso, que en el escrito de tutela se propuso un defecto procedimental por el desconocimiento del principio de congruencia en el que, supuestamente, incurrió la providencia tutelada. Sin embargo, tal y como se demostrará posteriormente en este análisis, la irregularidad alegada no resultó trascendental en la decisión. De ahí que en este asunto no resultara procedente el recurso de revisión por ninguna de las causales legalmente previstas.

160. En todo caso, debe tenerse presente que el agotamiento de los recursos extraordinarios, como lo es el recurso de revisión, no supone una regla inflexible para definir la superación del análisis subsidiariedad. Aunque por regla general los recursos extraordinarios deben proponerse, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional ha supeditado dicha exigencia a la constatación de que resulten procedentes.[92] Por ello, la Corte ha considerado que *"luego de comprobar que los defectos alegados contra la sentencia no pueden subsumirse en las causales del recurso extraordinario de revisión o que su agotamiento constituye una carga desproporcionada para el accionante, ha estimado que la acción de tutela sí satisface el requisito de subsidiariedad"*. [93]

161. En conclusión, en el presente caso se evidencia que no era procedente ni idóneo el recurso de revisión. Ciertamente, los argumentos propuestos por la parte accionante con su tutela no se encuadran en alguna de las causales previstas en el artículo 355 de la Ley 1564 de 2012. Aquella conclusión no varía ante la censura relacionada con el defecto procedimental que enunció la parte accionante, en tanto y en cuanto, como se demostrará al evaluar el presupuesto de procedencia de *irregularidad procesal*, la supuesta afectación al principio de congruencia no fue

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

determinante en la decisión tutelada, o lo que es lo mismo, no se encuadra en las causales de procedencia del recurso extraordinario de revisión.

162. *Inmediatez*. La acción de tutela fue presentada en un término razonable de aproximadamente cinco meses, contado a partir del momento en el que ocurrió la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Esto, toda vez que la acción de tutela se interpuso el 15 de noviembre de 2024 y el auto con el que se resolvió la solicitud de aclaración presentada por Transmilenio fue emitido el 3 de mayo de 2024 y notificado el 21 de junio del mismo año. La comprobación del cumplimiento de este requisito se hace a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia constitucional, [94] la cual, de acuerdo con el artículo 302 del Código General del Proceso, se adquiere una vez resuelta la solicitud de aclaración o complementación de una providencia, de haberse planteado.

163. *Identificación razonable de los hechos*. La sociedad accionante expuso de manera coherente, clara y detallada los hechos por los que consideró que la providencia judicial cuestionada desconoció sus derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y la igualdad. Esto, al incurrir en varios de los defectos identificados por la jurisprudencia constitucional en materia de tutela en contra de providencias judiciales. En efecto, la accionante señaló con claridad aquellos apartes de la decisión en los que, a su juicio, se concretaron defectos que constituyen una vulneración a sus derechos fundamentales. Así mismo, se refirió a los parámetros constitucionales supuestamente desconocidos.

164. *Relevancia constitucional*. De acuerdo con la sentencia C-590 de 2005, que identificó los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, *"el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones",* por lo cual se debe identificar con total claridad y de forma expresa por qué el asunto en cuestión es de relevancia constitucional y afecta los derechos fundamentales de las partes.[95]

165. En reiterada jurisprudencia,[96] esta Corte ha observado que el requisito de procedencia de relevancia constitucional tiene tres finalidades: *(i)* preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos meramente legales o económicos; *(ii)* restringir el ejercicio de la acción de tutela a cuestiones de relevancia constitucional que afecten los derechos fundamentales y, finalmente, *(iii)* impedir que la acción de tutela se convierta en una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

166. En aras de alcanzar estas finalidades, la controversia debe versar sobre un asunto constitucional y no meramente legal y/o económico, pues estos últimos deben dirimirse a través de los mecanismos ordinarios. Al respecto, la jurisprudencia ha identificado que un asunto carece de relevancia constitucional cuando: *(i)* la discusión se limita a la mera determinación de aspectos legales de un derecho, como, por ejemplo, la correcta interpretación o aplicación de una norma procesal, salvo que de ella se desprendan claramente violaciones de derechos fundamentales; o *(ii)* sea evidente su naturaleza o contenido económico, por ser una controversia estrictamente monetaria con connotaciones particulares o privadas, *"que no representen un interés general"*.[97]

167. Estos elementos deben ser evaluados conforme a las circunstancias del caso concreto. Así, se advierten al menos dos argumentos que dan cuenta de la relevancia constitucional del presente asunto: *(i)* la regla de unificación propuesta en la sentencia cuestionada y su aplicación al caso concreto tienen un impacto directo en la autorización que el artículo 116 de la Constitución Política ha concedido a los árbitros como particulares que pueden administrar justicia de manera temporal, siempre que medie habilitación de las partes y en los términos que determine la ley; y, *(ii)* a pesar de que la controversia que da origen al presente trámite de tutela, esto es, el alegado desequilibrio económico generado por la modificación unilateral del Contrato 001 de 2000 por parte de Transmilenio tiene contenido económico, se plantea a la Corte un debate de carácter constitucional que trasciende una cuestión meramente económica.

168. En primer lugar, el artículo 116 de la Constitución Política determina el carácter constitucional de la justicia arbitral en los siguientes términos: *"[l]os 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"*. Por ende, la misma Constitución habilitó a los árbitros para administrar justicia de manera transitoria, siendo elementos constitucionales del arbitraje *(i)* la habilitación de las partes en disputa; y *(ii)* la remisión a la ley para el desarrollo de los términos bajo los cuales habrá de funcionar el arbitraje. Estos dos elementos componen la arquitectura constitucional del arbitraje.

169. Ahora bien, la sentencia cuestionada en sede de tutela unificó la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado *"en torno a los alcances de la facultad que, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, tienen los árbitros en presencia de un acto administrativo contractual en el que se ejercen poderes excepcionales"*, en los siguientes términos:

> "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

Documento público tomado de la relatoría oficial (cortesconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. - n2abogados.com

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".[98]

170. Como consecuencia de esa unificación, en el caso concreto se decidió anular parcialmente el laudo arbitral del 11 de julio de 2022 y remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que se adelante el trámite judicial pertinente.[99]

171. Con esta decisión, la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado cuestionada en el presente trámite impacta los dos pilares constitucionales del arbitraje. Por un lado, en el escrito de tutela la sociedad accionante alegó que "*[a]l vaciar y modificar de facto el contenido el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, la decisión del Consejo de Estado anuló la función del Tribunal Arbitral para administrar justicia, e hizo nugatorio el mandato constitucional que lo habilita para administrar justicia de manera transitoria en casos concretos. Así se atentó contra la autonomía de las partes, el derecho a la igualdad y la garantía de seguridad jurídica de cara a la resolución de problemas jurídicos*".[100] De ser así, terminaría por anularse la voluntad de las partes, exteriorizada a través de la cláusula 131 del Contrato 001 de 2000, relativa a sustraer sus controversias del conocimiento de la administración de la justicia estatal permanente y, en su lugar, habilitar a particulares para conocer de estos asuntos.

172. Aunque en el examen de los requisitos de procedencia la Corte no está llamada a determinar si le asiste razón o no a la parte accionante en estas afirmaciones, en el caso concreto se advierte que las partes pactaron en el contrato de concesión que dio origen a la controversia, que *"**en la medida en que las normas legales así lo exijan**, las disputas relacionadas con la ampliación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral no podrán ser sometidas al arbitramento"* (énfasis añadido). Se observa entonces que las partes dentro del contrato, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, habilitaron a los árbitros para conocer de las mencionadas cláusulas excepcionales de acuerdo con las limitaciones legales en la materia.

173. La jurisprudencia constitucional ha identificado la importancia que tiene la autonomía de las partes como fundamento del arbitraje. Así, se ha reconocido que la fuente de las funciones jurisdiccionales de los árbitros es el acuerdo de voluntades entre las partes en disputa, que habilitan a los árbitros con fundamento en el artículo 116 de la Constitución Política. De esta manera, el sustento de la justicia arbitral dentro del ordenamiento jurídico colombiano es el reconocimiento

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. - n2abogados.com

que ha hecho la Constitución de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal permanente de administración de justicia, sino al arbitraje para la decisión de sus disputas. Este reconocimiento a la voluntad de los particulares materializa, además, el régimen democrático y participativo diseñado por el Constituyente.[101]

174. En consecuencia, la controversia actual presenta a la Corte Constitucional un cuestionamiento relativo a determinar si la sentencia atacada respetó el pacto arbitral entre las partes, o si, por el contrario y como lo afirma la sociedad accionante, al anular parcialmente el laudo y, en su lugar, ordenar que las partes en la controversia acudieran al sistema estatal permanente de administración de justicia, terminó por desconocer la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes. En concreto, la Corte está llamada a determinar si las medidas y mecanismos de restablecimiento económico derivadas del ejercicio de las potestades o facultades excepcionales de la administración son asuntos que la ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 116 constitucional, prevé como asuntos vedados al conocimiento arbitral y, en este sentido, si se encuentran o no excluidos también del pacto arbitral suscrito por las partes en los términos de la cláusula compromisoria transcritos previamente.

175. Por otro lado, un segundo pilar constitucional del arbitraje lo constituye la remisión expresa que el constituyente hace a la ley para fijar los términos de su funcionamiento. En el presente caso, se discute la revisión del entendimiento de esa prescripción por parte de la sentencia cuestionada. En efecto, se cuestiona que la interpretación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado al artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, y el establecimiento de la regla de unificación propuesta, supuestamente introdujo una limitación al ejercicio de la facultad arbitral de administrar justicia que no está expresa en la Constitución ni en la ley. Aquello no solo impacta al caso concreto, sino que, además, debido a la autoridad del precedente horizontal y vertical propio de las sentencias de unificación de altas cortes, tiene un efecto en la competencia general de los tribunales arbitrales y, por tanto, en el alcance de la habilitación a los particulares para administrar justicia en calidad de árbitros que reconoció el artículo 116 de la Constitución Política.

176. En este sentido, la problemática que subyace al trámite de tutela es la de identificar si, con la regla de unificación propuesta y su aplicación en el caso concreto, la sentencia atacada restringió en la práctica el margen de configuración legislativa determinado por el constituyente para definir los términos en los que habrá de adelantarse el arbitraje. Así mismo, el debate cuestiona el respeto de los límites constitucionales para la definición de los límites de competencia de los árbitros por parte de la sentencia contra la que se dirige la acción de tutela y, en últimas, compromete la garantía de supremacía constitucional. Estos contornos del debate revelan una marcada relevancia constitucional, toda vez que involucran la arquitectura constitucional del arbitraje prevista en el artículo 116 de la Constitución.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

177. La importancia que para la administración de justicia tiene lo contenido en el artículo 116 de la Constitución Política ha sido desarrollada por la jurisprudencia de esta Corte. Así, en la Sentencia C-294 de 1995 la Corte señaló que, de la literalidad de la norma constitucional, no cabe ninguna duda respecto de la facultad de administrar justicia conferida a los particulares en su calidad de árbitros. En esa ocasión se identificó, en principio, únicamente una diferencia fundamental entre la justicia que imparten los árbitros y la de los tribunales y jueces de la República, y es que en cada caso los árbitros deben ser habilitados por las partes para proferir fallos, por lo que su base es la voluntad de las partes en conflicto.[102] Así mismo, la Sentencia SU-174 de 2007 señaló que *"una vez se ha integrado el Tribunal y se ha investido a los árbitros del poder de administrar justicia para el caso concreto, obran como un juez"*.[103]

178. Del mismo modo, en la Sentencia T-061 de 1999 se explicó que *"los laudos tienen la misma naturaleza jurisdiccional y material de las sentencias puesto que a través del laudo arbitral se dirime una controversia cuando las partes involucradas en ella, en virtud de la cláusula compromisoria o el compromiso, acuerdan que las diferencias que se susciten en el desarrollo de un contrato o estando en curso un proceso, sean definidas por árbitros y no por quienes ordinariamente cumplen la función de administrar justicia"*.[104]

179. A la luz de estas consideraciones, se observa que el artículo 116 Constitucional faculta a los árbitros para administrar justicia en el caso concreto de la misma forma en la que lo haría un juez de la República, siempre que las partes en conflicto hayan convenido en su habilitación para el caso concreto y de acuerdo con los términos legales. Por lo tanto, la determinación de las competencias con las que cuentan los árbitros para conocer de determinados asuntos reviste de notable relevancia constitucional, en tanto impacta directamente en la administración de justicia en el territorio nacional de la forma en que fue definida por el Constituyente.

180. En conclusión, la Corte considera que el presente trámite de tutela no se fundamenta en el cuestionamiento de la simple interpretación legal que planteó la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia cuestionada. En contraste, el asunto trasciende este análisis, pues lo que se cuestiona es el impacto de la decisión en los pilares constitucionales que fundamentan la justicia arbitral en nuestro ordenamiento. Por consiguiente, existe un debate constitucional en el cual es preciso determinar el alcance del impacto de la decisión cuestionada y si resulta de tal entidad que puede ser considerado contrario a los parámetros constitucionales que definen la habilitación de la justicia arbitral. Esta relevancia constitucional del asunto se hizo patente en la sesión técnica practicada en este proceso, ya que allí se pudo evidenciar que el debate

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

estuvo dado en términos constitucionales, y algunos de los intervinientes se refirieron expresamente a la relevancia constitucional del asunto.[105]

181. En segundo lugar, no se desconoce que el proceso arbitral que originó la presente controversia tiene una marcada naturaleza económica. Esto, pues en dicho escenario se discutió la eventual afectación del equilibrio económico del Contrato 001 a causa del ejercicio de la potestad de modificación unilateral que efectuó la entidad pública contratante, así como el eventual desbalance económico del contrato como consecuencia de dicha actuación. De hecho, tanto al interior del proceso de anulación de laudo arbitral como en el presente trámite de tutela, la sociedad accionante ha manifestado de forma reiterada que sus pretensiones en sede arbitral se limitaron a aspectos económicos y no cuestionaron la legalidad de los actos administrativos de modificación unilateral.

182. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que *"por regla general la jurisdicción constitucional no es el escenario idóneo para el debate de derechos que contengan naturaleza estrictamente económica, que involucre intereses de carácter personal y particular, es decir, eminentemente privados."*[106] Así, la improcedencia de aquellas controversias estrictamente monetarias y con connotaciones particulares y privadas que no representan un interés general ha sido reiterada en numerosos fallos de tutela que analizan este requisito.[107]

183. Sin embargo, la exigencia de este requisito no significa que cualquier acción de tutela en la que se discuta una providencia judicial que tenga como origen una controversia de tipo económico carezca de la relevancia constitucional requerida. Aunque, como se ha expuesto previamente, es cierto que el requisito de la relevancia constitucional busca preservar la competencia del juez natural para conocer de asuntos que cuestionen la legalidad o versen sobre discusiones económicas privadas, esto no comporta un carácter absoluto, en tanto también existen derechos fundamentales con enorme trascendencia en las disputas de contenido económico que pueden verse afectados por decisiones judiciales.

184. De este modo, el juez constitucional no puede descartar, *prima facie*, la relevancia constitucional de una acción de tutela formulada en contra de una providencia judicial, por el simple hecho de que la vulneración o amenaza que se aduce lleve inmersa una controversia de tipo económico. Por el contrario, debe evaluarse caso a caso la trascendencia constitucional del asunto planteado.

185. Ciertamente, en múltiples oportunidades la Corte Constitucional ha identificado la relevancia constitucional de asuntos que, en principio, recaen sobre controversias de carácter económico. Esto puede apreciarse en contornos donde las acciones de tutela se han propuesto para cuestionar sentencias proferidas en

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

procesos de reparación directa, que ha tramitado la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y cuya pretensión principal es de carácter indemnizatorio.

186. Así, en Sentencia SU-454 de 2016, la Corte consideró que *"la tutela planteada tiene clara relevancia constitucional por cuanto se pretende salvaguardar los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del actor"*.[108] En un caso similar, la Sentencia SU-157 de 2022 señaló que *"el elemento económico no descarta la relevancia constitucional, pues en varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre acciones de tutela en contra de decisiones dictadas en procesos de reparación directa"*.[109]

187. También en materia de reparación directa, en la Sentencia SU-167 de 2024, la Corte encontró la relevancia constitucional pese a la pretensión económica del proceso original, en tanto *"la discusión no solo versa sobre la posible infracción de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. En realidad, el asunto suscita una especial cuestión relacionada con la definición de la responsabilidad del Estado por una falla en el servicio frente a la grave e irremediable afectación de la integridad y de la vida de una niña víctima de violencia física y sexual"*.[110]

188. Pero la relevancia constitucional en este tipo de asuntos no ha sido exclusivamente derivada de procesos en los que se cuestiona una decisión en materia de reparación directa. Por el contrario, la relevancia constitucional también se ha acreditado en asuntos que cuestionan sentencias de la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil. En la Sentencia T-310 de 2023, la Corte encontró la relevancia constitucional de una acción de tutela presentada por COMCEL S.A. en contra de las decisiones en un proceso declarativo verbal de carácter civil. En este asunto, la Corte señaló:

> "[E]l debate trasciende claramente un asunto legal o de contenido estrictamente económico. Lo primero, por cuanto la aplicación de una exigencia de orden procedimental en el marco de un trámite judicial, que podría configurar un exceso ritual manifiesto por cuanto niega la posibilidad de adelantar la segunda instancia de un proceso, se relaciona con componentes y garantías constitucionales del acceso a la administración de justicia, el debido proceso y la doble instancia. (...) Asimismo, debe indicarse que tampoco se trata de un asunto estrictamente económico, ya que la discusión no recae sobre la declaratoria de existencia del contrato de agencia mercantil, sino en la valoración puntual de la aplicación de una norma procesal que podría haber derivado en una barrera irrazonable y desproporcionada para acceder a la justicia con todas las garantías constitucionales correspondientes".[111]

189. En términos semejantes se surtió el análisis que hizo la Sentencia SU-029 de 2024, al conocer un asunto en el que el proceso original era un proceso de responsabilidad civil extracontractual con el cual se pretendía el pago de determinadas sumas por concepto de daños, perjuicios materiales y morales,

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

actualización monetaria y costas procesales. En este caso, la Corte señaló que *"no se advierte que la acción de tutela persiga un interés de carácter económico o que haya sido utilizada como una instancia adicional para reabrir un debate concluido o para reemplazar los recursos ordinarios. Lo que busca es remediar el presunto yerro en el que pudieron haber incurrido las autoridades judiciales accionadas al determinar, con apoyo en los estatutos del Club El Nogal, que dicha corporación tenía a su cargo una auténtica obligación de seguridad de resultado para con sus socios e invitados"*.[112]

190. Incluso en asuntos en los que se estudia una acción de tutela en contra de un laudo arbitral o una sentencia que resuelve el recurso de anulación frente al laudo, en los cuales es parte una entidad estatal, la Corte ha reconocido el cumplimiento del requisito de relevancia constitucional. Así, por ejemplo, en la sentencia T-455 de 2012, al estudiar la acción de tutela presentada por la Comisión Nacional de Televisión en contra del laudo arbitral que declaró la ruptura de la ecuación económico-financiera del contrato de concesión suscrito entre la entidad accionante y la programadora Producciones JES Ltda., la Corte encontró acreditado el requisito de relevancia constitucional en tanto *"se persigue la efectiva protección del derecho fundamental al debido proceso y al trato igual de la CNTV"*.[113]

191. Así mismo, en la Sentencia SU-500 de 2015 la Corte revisó la decisión judicial que decidió la acción de tutela promovida por Isagen SA ESP en contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado y el Tribunal de Arbitramento de la CCI por considerar que las decisiones cuestionadas desconocieron su derecho fundamental al debido proceso. La discusión, a su vez, tenía origen en la ejecución del contrato celebrado entre Isagen y el Consorcio Miel para la construcción de la hidroeléctrica en el Río la Miel. En sus consideraciones sobre la relevancia constitucional, la sentencia señaló que:

> "En principio, advierte la Corte que, en el presente asunto, cabe admitir la relevancia constitucional de los asuntos planteados a través de la acción de tutela, *en la medida en que la tutelante efectivamente cuestiona aspectos relacionados con el derecho al debido proceso, como la competencia del órgano que profiere el laudo arbitral, su actividad probatoria y las reglas mismas del proceso.* Todos estos asuntos, están dirigidos a plantear un debate de rango constitucional sobre aspectos que pueden afectar directamente un derecho fundamental, y no suponen, *prima facie*, una injerencia del juez de tutela en el margen de autonomía de los árbitros al resolver el fondo del litigio" (énfasis añadido).[114]

192. Por su especial relevancia para el presente asunto destaca, además, lo dicho en la Sentencia SU-173 de 2015. En esta oportunidad, la Corte revisó una decisión judicial que resolvió una acción de tutela en contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por la decisión de anular el laudo arbitral dictado para dirimir las controversias surgidas entre el municipio de Neiva y la UT Diselecsa Ltda., con ocasión del contrato de concesión que celebraron para el mantenimiento y la operación del servicio de alumbrado público. Al estudiar el del requisito de

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

relevancia constitucional, la Corte lo encontró acreditado, al considerar lo siguiente:

> "La cuestión que se pretende discutir por medio de la acción de tutela es una cuestión de evidente relevancia constitucional. Así, en consideración a que la tutela contra providencias judiciales no puede dar lugar en este caso a una segunda instancia del trámite de anulación, **es necesario centrar la causa de la presente acción en el aparente desconocimiento del derecho fundamental, de manera que el asunto sea exclusivamente de naturaleza constitucional y trascienda la discusión respecto de meras cuestiones e interpretaciones legales** como las planteadas por la mayoría de intervinientes". (énfasis añadido)[115]

193. En conclusión, aunque el juez constitucional no está llamado a conocer en sede de tutela sobre aquellos asuntos que persigan únicamente intereses económicos, ello no quiere decir que siempre que en el proceso ordinario controvertido mediante la acción de tutela se persiga una pretensión económica, el asunto carezca de relevancia constitucional. Esto si se considera, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, que aun en dichos asuntos puede identificarse, de acuerdo con los elementos del caso concreto, la afectación a derechos o principios constitucionales, lo que implica que no se trate de una acción de tutela que *"únicamente persigue fines económicos"*.

194. En el presente caso, aunque el procedimiento arbitral y el trámite de anulación del laudo tienen un marcado carácter económico, no por ello se anula cualquier relevancia constitucional que pueda tener un trámite de tutela posterior. Por el contrario, la sociedad accionante puso de presente distintas afectaciones a sus derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, el debido proceso y la igualdad, asunto que desborda el ámbito de una eventual condena indemnizatoria a cargo de la entidad contratante.

195. Esto se evidencia, además, en que la decisión controvertida no se limitó a anular la condena patrimonial a Transmilenio, sino que remitió el asunto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por lo que bien podría la sociedad accionante nuevamente discutir sus intereses económicos ante esa instancia. Sin embargo, la accionante pretende en sede de tutela enmendar la eventual vulneración de sus derechos fundamentales que genera, entre otros, la remisión a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No pretende, en consecuencia, reabrir el debate sobre la prosperidad de la condena indemnizatoria. Por lo tanto, la Corte considera que, aunque el pleito original tiene una innegable naturaleza económica, ello no implica una ausencia de relevancia constitucional de la acción de tutela, en tanto en sede de tutela se discute la eventual vulneración de derechos fundamentales de manera independiente a la prosperidad de los intereses económicos privados.

196. Finalmente, las decisiones de instancia consideraron que la acción de tutela plantea una mera inconformidad con la sentencia cuestionada, sin que los reproches hayan explicado de manera suficiente por qué se estiman vulnerados los

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co) que es una publicación de Estudio N2 Abogados - n2abogados.com

derechos fundamentales. Sin embargo, la Corte considera, por todo lo expuesto previamente, que la sociedad accionante identificó los derechos fundamentales que consideró vulnerados y no se limitó a exponer las causales de su desacuerdo con la sentencia atacada, sino que relató las razones de índole constitucional que a su juicio fueron desconocidas. Con todo, la discusión proyecta su incidencia en el desarrollo de una cláusula constitucional, como lo es el artículo 116 de la Constitución Política, en tanto la sentencia cuestionada en sede de tutela conlleva un impacto en cada uno de los pilares que el constituyente ha previsto para el ejercicio del arbitraje. Por esos motivos, la Corte considera que este asunto reviste de relevancia constitucional.

197. *Irregularidad procesal*. Dado que en la presente acción de tutela SI99 alegó que la decisión atacada incurrió en un defecto procedimental absoluto, es preciso analizar este requisito general de procedencia, según el cual la irregularidad que se acusa debe tener un efecto decisivo o determinante en la decisión sometida a revisión del juez constitucional. Como se anticipó al valorar el presupuesto de *subsidiariedad*, en este caso la censura alegada no reúne dichas características. Las razones que dan sustento a esta tesis son las siguientes:

198. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la autoridad judicial puede incurrir en un defecto procedimental a través de dos modalidades: *(i)* absoluto, que ocurre cuando la decisión se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido; o, *(ii)* por exceso ritual manifiesto, que tiene lugar cuando la autoridad judicial concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial.[116] En cualquier caso, para su procedencia se exige que el defecto procedimental sea manifiesto y tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de haber vulnerado los derechos fundamentales.[117]

199. En esas condiciones, la irregularidad debe tratarse de un error de procedimiento grave y trascendente, que influya de manera cierta y directa en la decisión de fondo, y que esta deficiencia no pueda imputarse ni directa ni indirectamente a la persona que la alega.[118] La Corte unificó su jurisprudencia sobre la materia en la Sentencia SU-061 de 2018, e identificó, como estándar para evaluar la procedibilidad de una alegada irregularidad procesal, que *"al juez constitucional le corresponde advertir que la irregularidad procesal alegada es de tal magnitud, que por la situación que involucra, claramente pueden transgredirse garantías iusfundamentales"*.[119]

200. La Corte Constitucional ha reiterado el mencionado estándar en decisiones recientes, al evaluar la procedencia del defecto de irregularidad procesal. Así, en la Sentencia T-069 de 2026 se encontró acreditado este requisito al considerar que la accionante *"expuso las irregularidades procesales alegadas y cómo estas habrían tenido un efecto determinante en la decisión judicial cuestionada"*.[120] Así

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados - n2abogados.com

mismo, en la Sentencia T-091 de 2026 la Corte señaló, al identificar el estándar aplicable, que *"[e]sta Corporación ha reiterado que en los casos en que la demanda alegue la configuración de una irregularidad procesal, "debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora""*.[121] Y de manera más específica, al analizar los requisitos de procedencia en la Sentencia T-105 de 2026, señaló:

> "Según la jurisprudencia constante de esta Corte, cuando en una demanda se denuncia la existencia de una irregularidad procesal, es necesario demostrar que dicha anomalía tuvo un impacto decisivo en la sentencia cuestionada y que comprometió los derechos fundamentales del accionante. Sin embargo, cuando la irregularidad implica una afectación grave de derechos fundamentales como sucede en casos en los que se han practicado pruebas ilícitas vinculadas a crímenes de lesa humanidad, la protección de esos derechos prevalece, aun si la afectación no incide directamente en el resultado del proceso. En tales escenarios, procede incluso la anulación del juicio. En otras palabras, corresponde al juez constitucional verificar si la irregularidad procesal denunciada tiene una gravedad tal que, por las circunstancias que la rodean, puede implicar una vulneración clara de garantías fundamentales".[122]

201. Todas estas decisiones, si bien no constituyen un precedente directo para el caso concreto, permiten identificar y delimitar el estándar bajo el cual se evaluará la procedencia del defecto por irregularidad procesal propuesto por la accionante. Esto, porque *(i)* se refieren a asuntos en los cuales se interpone una acción de tutela en contra de una decisión judicial; y, *(ii)* determinan en abstracto los criterios que se deben tener en cuenta para identificar la procedencia de tales argumentos. Así, corresponderá en lo sucesivo verificar si la irregularidad procesal tuvo un efecto decisivo en la decisión cuestionada.

202. En el caso concreto, la sociedad accionante alega que la providencia cuestionada, entiéndase la Sentencia del 14 de marzo de 2024, incurrió en un defecto procedimental absoluto. A su juicio, ello fue producto de la infracción del principio dispositivo. Esto, porque a pesar de que Transmilenio propuso su recurso de anulación del laudo bajo la causal de falta de competencia del tribunal arbitral, la sentencia atacada lo transmutó oficiosamente a una eventual falta de jurisdicción.

203. El defecto alegado en esos términos no resulta decisivo o determinante en la decisión atacada. Por lo mismo, no cumple con el requisito general de procedibilidad de irregularidad procesal. Esto, teniendo en cuenta que, al estudiar lo alegado por la parte accionante de acuerdo con el estándar de procedencia identificado, esto es, que el reproche se ubique en el trámite dado al recurso de anulación y que tal irregularidad tenga un efecto decisivo o determinante en la decisión sometida a revisión del juez constitucional, se observa que la alegada transmutación oficiosa de la causal de anulación no fue decisiva en la providencia judicial cuestionada.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

204. Se puede observar que el defecto alegado no fue determinante teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que en el contexto del recurso extraordinario de nulidad del laudo arbitral, al estudiar las causales alegadas debe tenerse en cuenta la cadena argumentativa de la impugnación y no el nombre o denominación dado por el recurrente.[123] En este sentido, si bien es el recurrente quien delimita el análisis judicial al formular y sustentar el recurso extraordinario de anulación, esta consideración no debe llegar al extremo de configurar un exceso ritual que se traduzca en una vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.[124]

205. Estas consideraciones del Consejo de Estado se encuentran acordes con la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional de los artículos 29 y 228 de la Constitución Política. Conforme a ellos, se ha identificado que el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se configura cuando el juez renuncia a proteger un derecho sustancial como resultado de una aplicación irreflexiva de las normas procedimentales.[125] Estas consideraciones permiten dilucidar el correcto trámite de las causales de anulación alegadas.

206. De esta manera, la Corte concluye que la censura relacionada con la concreción del defecto procedimental absoluto que alegó SI99 no cumple con el requisito general de procedencia, relativo a una irregularidad procesal decisiva o determinante en la decisión. Por lo mismo, el reproche no se estudiará de fondo.

207. *Ausencia de cuestionamiento de una providencia judicial proferida en una acción constitucional*. La decisión atacada con la acción de tutela de SI99, es decir, la Sentencia del 14 de marzo de 2024, no se inscribe en este contexto de análisis. En efecto, esa providencia no corresponde a: *(i)* un fallo de tutela; *(ii)* una decisión proferida por parte del Consejo de Estado con ocasión del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad; y, tampoco, a *(iii)* una decisión proferida con ocasión del control abstracto de constitucionalidad que adelanta la Corte Constitucional. En contraste, se trata de una providencia judicial con la cual se dirime el recurso extraordinario de anulación presentado por Transmilenio en contra de laudo arbitral del 11 de julio de 2022.

208. *Conclusión examen requisitos generales*. La acción de tutela que presentó SI99 contra la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, quien fue la autoridad que profirió la Sentencia del 14 de marzo de 2024, reúne los presupuestos generales de procedencia, pero solo respecto de los reparos por la presunta violación de sus derechos fundamentales con motivo de los defectos sustantivo, por desconocimiento del precedente, y por violación directa de la constitución. Esto, toda vez que: *(i)* las partes en contienda están legitimadas en la causa; *(ii)* la accionante no cuenta con otro mecanismo judicial para formular su discusión; *(iii)* la acción de tutela se presentó en un término razonable; *(iv)* se identificaron tanto

Documento generado con el apoyo de la herramienta de inteligencia artificial Nexus Jurídico de Estudio Nacional de Abogados. Verifique en n2abogados.com

los derechos fundamentales presuntamente vulnerados como los hechos generadores de esa situación; y, finalmente, *(v)* se puso de presente la relevancia constitucional del asunto.

209. Por el contrario, la acción de tutela de SI99 no satisface los requisitos generales de procedencia en lo atinente al escenario que acusa la presunta violación de sus derechos fundamentales con motivo de un defecto procedimental absoluto. En ese contexto, no se acreditó una irregularidad en el trámite del recurso extraordinario de anulación que fuese determinante en la Sentencia del 14 de marzo de 2024 acá cuestionada. Máxime si se tiene en cuenta que, de conformidad con la misma jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en este caso no se dio una aplicación irreflexiva de las normas procedimentales que disciplinan al recurso extraordinario de anulación, puesto que se tuvo en cuenta la cadena argumentativa del recurrente y no la denominación que le dio a su recurso.

210. Así las cosas, la Corte comparte la decisión de los jueces de instancia al declarar la improcedencia de la acción de tutela para cuestionar el defecto procedimental absoluto. Sin embargo, dista de la decisión tomada en torno a la improcedencia de la acción de tutela para cuestionar los defectos *(i)* por violación directa de la constitución; *(ii)* sustantivo; y *(iii)* por desconocimiento del precedente. En lo que respecta a dichos reparos, la Sala Plena proseguirá con la siguiente fase metodológica del estudio, esto es, planteará los problemas jurídicos de mérito y definirá el esquema que empleará para solucionarlos.

4. Problemas jurídicos y esquema de solución

211. La Corte Constitucional definirá si la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad de SI99. En procura de aquello, acotará el objeto de la discusión propuesta con la tutela, para así plantear de forma adecuada su esquema de solución. Esto, en tanto se advierte que la argumentación dada para sustentar el defecto por violación directa de la Constitución se inscribe realmente en un reproche propio del defecto sustantivo.

212. La jurisprudencia constitucional reconoce el carácter independiente y autónomo del defecto por violación directa de la Constitución.[126] Esto, pues *"aunque en últimas la configuración de cualquiera de las causales específicas de la acción de tutela contra providencia judicial sugeriría el desconocimiento de la Constitución, existen situaciones especiales que pueden llevar a la configuración de dicha circunstancia como un defecto autónomo"*.[127] En esa medida, puede afirmarse que la acreditación de cualquier causal específica conllevaría a la

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

violación de la Constitución, pero en determinadas hipótesis aquel reparo es autónomo.[128]

213. La Corte se ha ocupado de indicar cuáles son esas hipótesis. En términos generales, ello ocurre cuando la autoridad judicial: (a) incurrió en una violación evidente de un derecho fundamental de aplicación inmediata o no lo tuvo en cuenta; (b) vulnera derechos fundamentales porque desatendió el principio de interpretación conforme con los mandatos superiores; y (c) aplica la ley al margen de los preceptos consagrados en la Constitución, o cuando renuncia a aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales vía excepción de inconstitucionalidad cuando hay incompatibilidad entre unas y otras.[129]

214. Ninguno de estos supuestos se encuadra, en estricto sentido, con el reparo que presenta la accionante en su tutela. Aunque SI99 reclama que la providencia judicial atacada desconoció el artículo 116 de la Constitución Política, que dispone que el arbitraje se da en los términos que indique la ley, su cuestionamiento se orienta al desconocimiento de la habilitación contenida en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 que, en criterio de la accionante, escindió expresamente el control de la legalidad de los actos administrativos dictados en ejercicio de facultades excepcionales y el control sobre sus efectos económicos. Es decir, se trata de un reclamo derivado de la interpretación y aplicación que la providencia atacada hizo de aquella norma.

215. La argumentación planteada por SI99 en los anotados términos se corresponde con una censura propia del defecto sustantivo. Así logra apreciarse a partir de la definición que ofrece la jurisprudencia constitucional sobre esta causal: el defecto sustantivo tiene su concreción en aquella decisión judicial que refleja un error en el proceso de aplicación o interpretación de normas jurídicas, como consecuencia de apartarse en su motivación del marco normativo que debió aplicar.[130] Por ende, el argumento que presenta SI99 sobre la violación directa de la Constitución se agregará a los reparos que ella propone por concepto del defecto sustantivo. Tal proceder, que no es extraño en la práctica decisional de la Corte Constitucional,[131] tiene fundamento en la aplicación de los principios *iura novit curia* y *pro actione*.[132]

216. En esas condiciones, el análisis que adelantará la Corte Constitucional se circunscribirá a los defectos sustantivo y por desconocimiento del precedente judicial. Por lo mismo, se resolverán los siguientes dos problemas jurídicos:

(i) ¿La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo con su Sentencia del 14 de marzo de 2024, al definir una relación inescindible entre el control de legalidad de los actos administrativos dictados en ejercicio de potestades o facultades

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

excepcionales y las medidas de restablecimiento del equilibrio económico previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, con fundamento en la Sentencia C-1436 de 2000, y supuestamente omitiendo el alcance de la habilitación que el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 confiere, al amparo del artículo 116 de la Constitución, a los árbitros para que se pronuncien sobre los efectos económicos derivados de estos actos?

(ii) ¿La Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado desconoció con su Sentencia del 14 de marzo de 2024 el precedente constitucional fijado en la Sentencia SU-174 de 2007 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, al sentar como regla de unificación la inescindibilidad de la legalidad y efectos económicos de los actos contractuales dictados en ejercicio de facultades excepcionales y, en consecuencia, anular parcialmente el Laudo arbitral del 11 de julio de 2022?

217. Para resolver estos problemas jurídicos, la Corte Constitucional seguirá el subsecuente esquema de solución: *(i)* reiterará su jurisprudencia sobre las causales específicas de procedencia relacionadas con el defecto sustantivo y por desconocimiento del precedente judicial; *(ii)* abordará el fundamento constitucional del arbitraje; *(iii)* aludirá a la arbitrabilidad objetiva en la contratación estatal; y, con base en esos elementos; *(iv)* solucionará el caso concreto.

5. Los defectos sustantivo y por desconocimiento del precedente como causales específicas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales

218. La jurisprudencia constitucional se ha ocupado de desarrollar distintos parámetros que habilitan cuestionar una providencia judicial por posibles defectos. [133] Estos configuran los requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, [134] y la acreditación de por lo menos uno de ellos es necesaria para tener por cierta la procedibilidad de la tutela. Dentro de este conjunto de requisitos se encuentran los denominados defectos: *(i)* sustantivo y *(ii)* por desconocimiento del precedente judicial. En lo sucesivo, se procederá con la explicación de estas dos causales específicas de procedencia.

5.1. El defecto sustantivo

219. La Corte Constitucional ha considerado que el defecto sustantivo se produce cuando la decisión judicial se aparta del marco normativo en el que debió fundamentarse. Esto, porque se incurre en un error o falencia en los procesos de interpretación y de aplicación del ordenamiento jurídico. [135] La Corte ha identificado varios supuestos que dan lugar a su ocurrencia. En esas condiciones,

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

se ha admitido que el defecto mencionado se concreta en distintos eventos como, por ejemplo, los que pasan a compilarse en el siguiente cuadro:[136]

Eventos que configuran el defecto sustantivo	
Evento	**Descripción de su ocurrencia**
La decisión judicial se soporta en una norma que no resulta aplicable	La autoridad judicial basa su decisión en una norma que: (a) no es pertinente; (b) ha sido derogada o perdió vigencia; (c) no existe; (d) se declaró inconstitucional; (e) no se adecua a la situación fáctica; o (f) aplicando la norma de forma tal que desconoce una sentencia con efectos erga omnes que ha definido la forma correcta de interpretarla y aplicarla.
La decisión judicial efectúa una interpretación o aplicación de la norma que escapa del margen de interpretación razonable	La autoridad judicial profiere su decisión aplicando una norma de forma inaceptable cuando: (a) hace una interpretación que desconoce su lenguaje natural o la intención del legislador, por lo que es contraevidente; (b) aplica la norma sin considerar su interpretación sistemática con otras que, a pesar de ser necesarias para tomar la decisión, no se tienen en cuenta; (c) su aplicación se hace de forma evidentemente errada; o (d) no motiva su aplicación con debida suficiencia, es caprichosa o incongruente.

220. Los anotados escenarios muestran que el defecto sustantivo responde a la lógica dispuesta en el artículo 230 de la Constitución Política, que establece la sujeción de los jueces al imperio de la ley.[137] A la par, dan cuenta que este defecto busca preservar los principios de autonomía e independencia judicial previstos en el artículo 228 de la Constitución Política. Por todo ello, el juez de tutela solo está legitimado para intervenir ante las interpretaciones de las autoridades judiciales que son manifiestamente arbitrarias, irrazonables o vulneran derechos fundamentales. En cambio, a él no le corresponde intervenir para fijar la mejor interpretación posible de la ley, pues sustituiría al juez natural de la causa.[138]

5.2. El defecto por desconocimiento del precedente judicial

221. La Corte Constitucional toma al concepto del precedente judicial *"como una sentencia previa relevante para la solución de un nuevo caso bajo examen judicial, debido a que contiene un pronunciamiento sobre un problema jurídico basado en hechos similares, desde un punto de vista jurídicamente relevante, al que debe resolver el juez"*.[139] Así, en tanto los supuestos de hechos semejantes ameritan tratamientos jurídicos semejantes, la sentencia precedente debería determinar el sentido de la decisión posterior.[140]

222. Sin embargo, no todo el contenido de la sentencia tiene fuerza normativa de precedente.[141] Para identificar este elemento, es útil considerar que la estructura de esa providencia judicial se integra por los siguientes componentes: *(i)* la parte

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

resolutiva o *decisum*, que incluye la orden concreta dirigida a las partes del proceso y resuelve el caso específico; *(ii)* la razón de la decisión o *ratio decidendi*, la cual se integra por las consideraciones necesarias para justificar la decisión que se adopta; y *(iii)* los argumentos de contexto y complementarios u *obiter dicta*, que remiten a planteamientos no esenciales para justificar la decisión, pero con fuerza persuasiva. De estos tres componentes, solo la *ratio decidendi* tiene fuerza vinculante de precedente.[142]

223. La jurisprudencia constitucional se ha ocupado de desarrollar una serie de criterios que el juez de tutela debe consultar al examinar el defecto por desconocimiento del precedente. Estos pueden categorizarse, en términos generales, mediante el siguiente esquema:[143]

Criterios a examinar en el defecto por desconocimiento del precedente judicial	
Criterio	**Explicación**
Identificación del precedente	El juez de tutela debe determinar la existencia de un precedente o de un grupo de precedentes que, por su similitud fáctica y jurídica, aplican al caso concreto, y requiere distinguir las subreglas jurídicas contenidas en los mismos.
Observancia del precedente	El juez de tutela debe comprobar que la providencia cuestionada en sede de tutela debió necesariamente considerar los precedentes identificados. En el evento que no se siga el precedente se incurre en una omisión del principio de igualdad.
Sustento para apartarse del precedente	El juez de tutela debe establecer si la autoridad judicial que profirió la providencia cuestionada en sede de tutela presentó razones fundadas para apartarse del precedente judicial tanto horizontal como vertical. Para el efecto, debe satisfacerse la carga de transparencia, que exige exponer de manera clara, precisa y detallada en qué consiste el precedente del que se va a separar, las providencias que lo han desarrollado y el modo en que ha tenido lugar su aplicación. También debe satisfacerse la carga de suficiencia, que supone el deber de presentar las razones por las cuales se apartó del precedente. Una autoridad judicial puede apartarse del precedente cuando considera que la decisión debía adoptarse de forma diferente para realizar una interpretación más armónica en relación con los principios constitucionales, y más favorable en términos de la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, de conformidad con el principio *pro homine*.

224. Los mencionados derroteros exhiben que este defecto tiene sustento en el artículo 13 de la Constitución Política y en la doctrina constitucional del carácter obligatorio del precedente judicial.[144] Ciertamente, su importancia radica en la necesidad de proteger el derecho a la igualdad de quienes acuden a la administración de justicia, pues por esa vía se garantizan los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. A la par, el defecto pone de relieve la fuerza vinculante que tienen las decisiones de los órganos jurisdiccionales de cierre, debido a su carácter unificador de la jurisprudencia, cuyo propósito es

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

brindar uniformidad en la aplicación e interpretación del derecho.[145] Esto último no implica, en todo caso, una petrificación del derecho, porque el juez puede distanciarse del precedente si encuentra razones contundentes para el efecto y observando el cumplimiento de las cargas de transparencia y argumentación correspondientes.

225. En este sentido, en la Sentencia SU-484 de 2024 la Corte distinguió las diferentes cargas exigibles para apartarse de cada tipo de precedente de la siguiente manera:

> "52. Para apartarse del precedente horizontal, el juez (i) 'debe hacer referencia expresa al precedente con el que ha resuelto casos análogos (requisito de transparencia)'. Luego de ello, (ii) le corresponde 'exponer las razones suficientes que, a la luz de los cambios introducidos en el ordenamiento jurídico, o por la transformación del contexto social dominante, justifiquen o evidencien la necesidad de producir un cambio jurisprudencial (requisito de suficiencia)'.
>
> "53. Respecto del precedente vertical, es exigible la misma carga de transparencia, pero la carga argumentativa se acentúa pues además corresponde a las autoridades judiciales 'demostrar que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla y amplía de mejor manera el contenido de los derechos, principios y valores constitucionales objeto de protección'.
>
> "54. Por último, para apartarse del precedente de la Corte Constitucional debe cumplirse (i) la carga de transparencia, que exige exponer de manera clara, precisa y detallada (a) en qué consiste el precedente del que se va a separar, (b) las providencias que lo han desarrollado y (c) el modo en que ha tenido lugar su aplicación. Y (ii) la carga de argumentación, que impone (a) presentar razones especialmente poderosas con capacidad de justificar la separación y que excedan los simples desacuerdos y (b) explicar por qué tales razones justifican afectar los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y coherencia".

226. Por otro lado, el desconocimiento de una providencia puede dar lugar a la configuración de dos defectos. Así lo ilustró la Sentencia SU-304 de 2024, en la cual la Corte fijó una regla de unificación en los siguientes términos: *"[s]e configura un defecto por desconocimiento del precedente cuando se advierta la violación de la razón de la decisión de una providencia judicial que cumple las condiciones para calificarse como precedente. No obstante, el desconocimiento del significado reconocido o atribuido a las disposiciones objeto de juzgamiento (ley, decreto, resolución, entre otras) en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad o legalidad, configura un defecto sustantivo"*.[146] Lo anterior habrá de tenerse en cuenta al analizar cada caso, con miras a identificar el defecto que corresponde analizar.

6. Fundamento constitucional del arbitraje

227. La Constitución Política amplió el ámbito orgánico y funcional para el ejercicio de la función pública de administración de justicia.[147] El inciso *in fine*

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. | n2abogados.com

del artículo 116 de la Constitución así lo ilustra, cuando dispone que 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.

228. Así, entonces, el arbitraje como mecanismo judicial de resolución de conflictos en los términos previstos directamente por la Constitución, según indica la jurisprudencia constitucional, tributa en favor del acceso a la administración de justicia.[148] Ello se concreta a partir de su concepción, seguida por la Corte Constitucional, de *"mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido"*.[149] De ahí que *"los árbitros quedan investidos transitoriamente, de la función de administrar justicia, con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades"* de los demás jueces y tribunales.[150] En esa medida, estamos en presencia de una actuación "*eminentemente jurisdiccional, en cuanto expresa el ejercicio de una función pública esencial del Estado, que excepcionalmente permite a los particulares -como lo dispone el artículo 116 de la Carta Política-, impartir justicia cuando las partes quieren poner término a sus diferencias en forma personal y amigable*".[151]

229. El artículo 116 de la Constitución Política marca los límites de la función de administrar justicia a través del arbitraje. La Corte Constitucional analizó esta materia desde su jurisprudencia más temprana. Sobre el particular, destacó que la mencionada disposición pone en evidencia tres limitaciones de orden constitucional, las cuales proceden a exponerse.[152]

230. La primera limitante se expresa en términos del carácter *transitorio*, o si se quiere *temporal*. Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de árbitros, transitoriamente. Máxime si se toma en consideración que, al ser las partes en conflicto actual o eventual las que habilitan a los árbitros, al resolverse dicho conflicto, cesa la función arbitral.

231. Esto último introduce la segunda limitación: el carácter *voluntario* del arbitraje. Ciertamente, la autonomía de la voluntad de las partes ha sido concebida por la jurisprudencia constitucional como el pilar sobre el cual se estructura el sistema arbitral.[153] Por ello, la habilitación que realizan las partes contratantes a los árbitros para fallar, en derecho o en equidad, es un presupuesto imprescindible para que proceda la justicia arbitral.

232. La tercera y última limitante remite a la sujeción de la función de administrar justicia por parte de árbitros en los *términos que determine la ley*. En lo que respecta a este punto, la Corte Constitucional ha entendido que, "*si los árbitros*

Documento de Uso exclusivo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Prohibida su comercialización.

ejercen la función pública de administrar justicia, es razonable que el legislador configure el marco general y las directrices de la actuación arbitral, dentro del marco de la Constitución".[154] Lo anterior pone de presente que la Constitución Política reconoce al legislador un amplio margen de configuración en la materia. [155]

233. La Corte Constitucional también ha delineado los rasgos definitorios del arbitraje, con base en el alcance del artículo 116 de la Constitución. Por ello, las características del arbitraje local naturalmente consideran los límites que fija esa disposición constitucional. De ahí que la doctrina constitucional identifique al arbitraje local como un mecanismo:[156] *(i)* de administración de justicia, que autoriza la Constitución Política; *(ii)* de naturaleza jurisdiccional, que permite a los particulares impartir justicia mediante fallos en derecho o en equidad; *(iii)* regido por el principio de voluntariedad de las partes o libre habilitación; *(iv)* que refleja el ejercicio temporal y excepcional de la función de administrar justicia por parte de los árbitros ante determinado conflicto, y cuya competencia cesa al proferirse el laudo que lo dirime, incluida su aclaración, corrección o adición, según corresponda; y, *(v)* de orden procesal, frente al cual el legislador tiene un amplio margen de configuración.

234. Para efectos de resolver el asunto objeto de examen, conviene revisar las limitantes segunda y tercera previstas en el artículo 116 de la Constitución que, a su turno, cohesionan con las características tercera a quinta del arbitraje. Esto es, el presupuesto de voluntariedad de las partes y la función de administrar justicia por parte de los árbitros en los términos que determine la ley. Sobre el punto, la jurisprudencia constitucional ha considerado que *"es a la ley a quien corresponde determinar: a) los asuntos y la forma en que los particulares pueden administrar justicia en la condición de árbitros; b) los límites y términos en que los árbitros están habilitados para administrar justicia, y c) sus funciones y facultades, que son las mismas que tienen los jueces ordinarios".*[157]

235. Esta aproximación acentúa el papel cardinal que juega el legislador en varios asuntos del arbitraje. Dos de esos asuntos tienen que ver con: *(i)* el diseño de las reglas procesales del arbitraje; y, *(ii)* la definición de las materias que pueden arbitrarse. En lo sucesivo, la Corte se referirá a aquellos aspectos.

6.1. La definición de las reglas procedimentales del arbitraje

236. El diseño de las reglas de procedimiento entrelaza tanto el carácter de voluntariedad de las partes, como punto nodal del arbitraje, con la facultad de regulación del legislador en la materia. Para hacer compatibles ambas facetas, la Corte Constitucional ha considerado que *"la facultad de los particulares para fijar sus reglas procesales en el trámite del arbitramento no es absoluta, sino que, por el contrario, tiene como límites las características que se derivan del respeto de*

Documento utilizado de manera parcial (páginas 1 a 30) con fines estudiantiles por la Universidad de Los Andes - Vigilada Mineducación

los derechos fundamentales y en concreto la observancia de los postulados mínimos del debido proceso".[158]

237. La anotada deducción descansa en la interpretación armónica de los artículos 29 y 116 de la Constitución Política. En tanto el arbitramento es un proceso, este se sujeta a regulaciones legales para garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, el derecho de audiencia, el derecho de defensa, el derecho de contradicción y, en general, el derecho al debido proceso. La jurisprudencia constitucional ha evaluado la importancia de esta precisión al considerar que, *"de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales."*[159] La deducción en comento tiene respaldo en los artículos 2, 150, 228, 229 y 230 Constitucionales. La Sentencia C-305 de 2013 resulta ilustrativa en ese sentido, cuando la Corte se refirió a la cuestión de la siguiente forma:

> "Tal como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional, la vigencia de las garantías incorporadas en el debido proceso hace parte de los contenidos constitucionales que deben ser observado[s] al regular el arbitraje, así como los derechos de acceso a la administración de justicia y de defensa, la primacía del derecho sustancial sobre las formas y ciertos principios y fines del Estado, tales como la justicia y la igualdad, entre otros, de manera que, con ceñimiento a esos postulados superiores y dado que los árbitros ejercen la función pública de administrar justicia, 'es razonable que el legislador configure el marco general y las directrices de la actuación arbitral'."[160]

238. Desde esa comprensión, la jurisprudencia constitucional ha sostenido igualmente que el legislador no puede declinar a su propósito, atribuido por el artículo 116 Constitucional, de regular las reglas del procedimiento arbitral. Pero al trazar una acción en tal sentido, tampoco puede adoptar una regulación que haga inoperante el principio de voluntariedad de las partes.[161] Con esta óptica, la Corte Constitucional ha juzgado como inconstitucionales disposiciones que imponen acudir al arbitraje en determinados asuntos,[162] ha admitido la constitucionalidad de aquellas que lo regulan como un procedimiento voluntario,[163] y ha condicionado la constitucionalidad de otras al respeto por lo dispuesto en las leyes especiales que regulan los procedimientos arbitrales.[164]

239. La Corte Constitucional también se ha ocupado de pronunciarse en torno al diseño de las reglas de procedimiento en tratándose del arbitraje donde una de las partes en conflicto es alguna entidad estatal. De ello da cuenta el análisis que se hizo en la Sentencia C-713 de 2008 frente al artículo 6º de la Ley 1285 de 2009,[165] el cual modificó al artículo 13 de la Ley 270 de 1996.[166] En esa

Documento público tomado de Relatoría Constitucional (jurisprudencia.ramajudicial.gov.co). Nota: una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

oportunidad se explicó cómo opera la potestad de configuración del legislador en esos asuntos, de la subsecuente manera:

> "10.- De otra parte, la referencia que hace la norma, en el sentido de que la facultad de auto regulación procesal se restringe al arbitraje 'en el que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades', tampoco se refleja como contraria a la Constitución. **En este punto son igualmente válidas las consideraciones expuestas sobre la potestad de configuración del Legislador**. **Además, la Corte estima razonable, en virtud de los intereses públicos que se involucran cuando una de las partes en conflicto es el Estado o una de sus entidades, que el Legislador haya decidido reservarse la potestad de señalar directamente los lineamientos procesales que deben seguirse para dirimir este tipo de controversias**, y por el contrario permita mayor flexibilidad cuando sólo se debaten cuestiones de naturaleza privada.
>
> "En este orden de ideas, **la norma examinada es exequible al prohibir que las partes fijen autónomamente las reglas de procedimiento arbitral cuando una de ellas sea el Estado.** Del mismo modo, es constitucional que en los conflictos exclusivamente entre particulares éstos fijen directamente las reglas de procedimiento, pero siempre y cuando se entienda que las partes también deben respetar lo dispuesto en las leyes especiales que regulan los procedimientos arbitrales".[167]

240. Nótese que dicho entendimiento cohesiona con la atribución que la Constitución Política hace al legislador para regular el proceso arbitral. Esto explica por qué en la sentencia que se acabó de reseñar se apeló a las consideraciones sobre la potestad de configuración legislativa. Además, aquello se concatena con la premisa, ya expuesta en esta decisión, relativa a que es la ley la encargada de determinar, entre otras, la forma, límites y términos en que los árbitros están habilitados para administrar justicia.[168]

241. Por consiguiente, en tratándose de asuntos donde el conflicto involucra al Estado o una de sus entidades, las reglas del arbitraje están predefinidas por la ley. De ahí que sea la ley la encargada de marcar los precisos derroteros que deben seguir los árbitros al momento de ejercer la función de administrar justicia en esta clase de conflictos, y que, a su turno, deberán considerar las partes en contienda (siendo una de ellas el Estado o una de sus entidades) al proponerlos en el escenario del arbitramento.

242. La anotada perspectiva tiene plena vigencia en la actualidad. Esto, por cuanto el artículo 8º de la Ley 2430 de 2024,[169] que modificó al artículo 13 de la Ley 270 de 1996, reprodujo la fórmula de reserva de ley, frente a las reglas del arbitraje que involucra al Estado o una de sus entidades, que en su momento introdujo el artículo 6º de la Ley 1285 de 2009. El citado artículo 8º de la Ley 2430 de 2024 fue declarado exequible por esta Corte mediante la Sentencia C-134 de 2023.

243. De hecho, esta perspectiva se refuerza, en lo que atañe al diseño de las reglas del arbitramento por parte del legislador en eventos donde se involucre al

Documento disponible bajo licencia de la Corte Constitucional de Colombia para la consulta y publicación de Estudio No Abogados - notabogados.com

Estado o una de sus entidades, al revisar la Ley 1563 de 2012.[170] Los artículos 1º, particularmente sus incisos tercero y cuarto, 2º y 58 de esa Ley son algunas de las disposiciones que ilustran el punto acá tratado, es decir, la predefinición que la ley hace de las reglas del arbitraje en esta materia, las cuales no están sujetas a la voluntariedad de las partes en conflicto.

244. En efecto, los incisos tercero y cuarto del artículo 1º de esa ley proyectan lineamientos aplicables a la decisión que deben adoptar los árbitros. Allí se indica que el laudo arbitral puede ser en derecho, en equidad o técnico. Pero se precisa que el laudo deberá proferirse en derecho cuando intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, y el objeto de la discusión surja 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 potestades o facultades excepcionales de la administración. De ahí que el legislador previera que estas controversias deben fallarse en derecho por los árbitros.

245. A su turno, el artículo 2º de esa Ley establece la cuantía de los procesos arbitrales y las clases de arbitraje. En cuanto a esto último, la disposición en cita prevé que, cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o por quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas que dispone la Ley 1563 de 2012 para el arbitraje institucional. Esto remite al procedimiento que introduce la ley a través de sus capítulos segundo a sexto. Por consiguiente, el legislador definió directamente los lineamientos procesales a seguirse para dirimir este tipo de controversias.

246. Por último, el artículo 58 de esa ley dispone que los particulares pueden, vía autonomía de su voluntad, acordar las reglas del procedimiento siempre que no sea parte de la controversia el Estado o alguna de sus entidades. Así, esta disposición reproduce la lógica seguida en los artículos 6º de la Ley 1285 de 2009 y 8º de la Ley 2430 de 2024, con las cuales se modificó al artículo 13 de la Ley 270 de 1996. Razón por la cual, puede trasladarse lo que se dijo en esta providencia frente al particular: en asuntos donde el conflicto involucra al Estado o una de sus entidades, es la ley la que predefine las reglas del arbitraje.

6.2. La definición de las materias susceptibles de arbitrarse

247. La definición de las materias pasibles de ser arbitradas es un asunto de particular relevancia. En esta cuestión, denominada *arbitrabilidad objetiva*,[171] confluyen los rasgos excepcional y voluntario del arbitraje con el margen de configuración del legislador en la materia. La jurisprudencia constitucional ha destacado esa confluencia así: *"el arbitramento tiene una aplicación de orden excepcional, ya que, como lo establece la Constitución en el artículo 116, su empleo o uso se somete a dos claras exigencias: (i) la existencia de un interés*

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

subjetivo sobre el cual las partes pueden habilitar a los árbitros para resolver una controversia; y (ii) la definición legal de las materias sobre las cuales cabe la justicia arbitral, también denominado arbitrabilidad objetiva".[172]

248. La Corte Constitucional ha sostenido, con base en esa perspectiva, que *si* bien el Constituyente determinó que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en calidad de árbitros los cuales pueden dictar fallos en derecho o equidad, *"también señaló que el legislador está facultado para establecer límites al poder habilitante de las partes".*[173] Aquellos límites remiten a la temporalidad de la actividad de los particulares como administradores de justicia y a las cuestiones sobre las cuales pueden decidir.

249. El último de estos contornos concreta un límite material al arbitraje. La jurisprudencia constitucional ha reconocido este límite al partir de considerar que, aun cuando *"las partes pueden acordar el tipo de controversias que someten a dicha modalidad especial de justicia, las áreas o asignaturas sobre las cuales cabe dicha habilitación se encuentran sujetas a lo que disponga el legislador."*[174] Esto explica por qué el legislador puede restringir la autonomía de la voluntad, para excluir ciertas materias de la justicia arbitral, en aras de proteger los derechos fundamentales, el orden público o el interés general. Una restricción de este tipo no necesariamente debe imponerse vía ley estatutaria,[175] pues también se han avalado restricciones establecidas en leyes ordinarias.[176]

250. En la definición de las materias susceptibles de arbitrarse, se entrelazan los rasgos excepcional y voluntario del arbitraje con el margen de configuración del legislador en la materia. Lo anterior supone que, si bien la habilitación efectuada por las partes para someter una disputa al conocimiento de los árbitros es el punto central que activa a este mecanismo, ello depende de la definición que haga el legislador sobre las materias que pueden ser arbitrables.

251. En esas condiciones, el legislador bien puede excluir algunas materias del régimen de habilitación arbitral, pero también puede resolver ampliar su aplicación a diferentes áreas de controversia. Ello dependerá del límite material o criterio de arbitrabilidad objetiva por el que opte. Esta deducción queda clara al consultar la evolución legislativa de la materia, donde en un inicio se apeló al carácter transigible como pauta de la materia arbitrable, pero hoy en día, tal y como lo establece el artículo 116 de la Constitución, tal parámetro ha mutado a los asuntos que autorice la ley.

7. Arbitrabilidad objetiva en la contratación estatal

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

252. Las materias pasibles de arbitrarse en la contratación estatal representan una cuestión de especial relevancia para el caso *sub judice*, particularmente, en lo atinente a la posibilidad de los árbitros para pronunciarse sobre los actos administrativos que son expedidos en el marco de la actividad contractual, entre ellos, los resultantes del ejercicio de potestades o facultades excepcionales de la administración en materia de contratación estatal. La comprensión seguida en la materia no es unívoca, sino que ha variado en su interpretación a lo largo del tiempo. En efecto, la aproximación al arbitraje en este ámbito de estudio se ha ido delineando con la legislación expedida en la materia y con la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional.

253. A continuación se abordarán las principales regulaciones que han incidido en la cuestión, junto con los pronunciamientos que las citadas Cortes han emitido frente al particular. El análisis comprende tres momentos que han influido en la comprensión de la arbitrabilidad objetiva de la contratación estatal y, puntualmente, de los actos administrativos expedidos en ese contexto. En términos generales, y sin buscar una ordenación exhaustiva del tema, dichos momentos pueden agruparse bajo los siguientes nombres: *(i)* postura restrictiva; *(ii)* postura condicionada; y, *(iii)* postura actual. En lo sucesivo, la Corte se referirá a cada uno de aquellos escenarios.

7.1. Postura restrictiva de la arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales

254. Con antelación a la Constitución Política de 1991, en la ley ya se había fijado una posición frente al arbitraje en asuntos relativos a la contratación estatal y, dentro de ellos, de los actos administrativos expedidos en el marco del contrato. Esto se hizo con el Decreto Ley 150 de 1976.[177] Su artículo 66 introdujo la habilitación para arbitrar diferencias surgidas de los contratos celebrados por la Nación, al disponer la facultad de estipular cláusula compromisoria para someter tales cuestiones a decisión de árbitros nacionales.[178]

255. Sin embargo, tal posibilidad encontraba un límite material concreto: la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos. Para entonces, la caducidad pertenecía a las cláusulas que el artículo 47 del Decreto Ley 150 de 1976 clasificó como obligatorias al contrato.[179] Entre otras cláusulas que integraban esa taxonomía, estaban las multas y la penal pecuniaria. Las tres compartían un rasgo semejante para hacerse efectivas, a saber: imposición directa por la entidad pública contratante mediante resolución motivada. Así se colige de los artículos 51, inciso primero, 60, inciso segundo, y 61, inciso primero, del citado decreto.[180] De lo antedicho se sigue que la caducidad era la única cláusula obligatoria cuya aplicación y efectos estaban excluidos del arbitraje.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

256. La habilitación del arbitraje en estos contornos se revaluó con el Decreto Ley 222 de 1983.[181] Desde ese momento, se profundizó la postura restrictiva del arbitraje frente a los actos administrativos surgidos del contrato estatal. Aunque su artículo 76 preservó la facultad de estipular cláusula compromisoria, para someter las diferencias surgidas del contrato a decisión de árbitros nacionales, también fijó como límite material al arbitraje la cláusula excepcional de caducidad y sus efectos y las cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilaterales.[182] Estas tres últimas se agregaron, con el artículo 60 del citado decreto, al catálogo de cláusulas obligatorias para los entonces llamados contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración que pactaran la caducidad.[183]

257. Esta postura restrictiva se nutrió de otras regulaciones como, por ejemplo, el Decreto Ley 2279 de 1989 y la Ley 23 de 1991, ambas leyes anteriores a la Constitución de 1991, las cuales delimitaron la materia arbitrable únicamente a las controversias susceptibles de transacción.[184]

258. Con ese contexto, la jurisprudencia del Consejo de Estado adoptó esta postura restrictiva al conocer recursos de anulación contra laudos arbitrales. Una de las decisiones más relevantes sobre el tema,[185] la profirió su Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo el 23 de febrero de 2000.[186] En ese caso, regido por el Decreto Ley 222 de 1983, se anuló un laudo que tácitamente se pronunció sobre la legalidad de un acto administrativo que declaró el incumplimiento del contrato. Allí se sostuvo que las disputas derivadas de la legalidad de los actos administrativos que la entidad contratante expedía con motivo del contrato estatal, no eran asuntos transigibles y, por lo mismo, no eran arbitrables. Esto, porque en tales casos se comprometía el orden público y su ejercicio, los cuales se consideró eran asuntos de conocimiento exclusivo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De ahí que las discusiones directamente relacionadas con esos actos administrativos no fueran arbitrables.[187]

259. La aludida Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado reiteró su criterio en Sentencia del 8 de junio de 2000,[188] la cual fue otra decisión importante para la materia.[189] En esa oportunidad, la discusión versó sobre un acto administrativo de liquidación unilateral que expidió la entidad pública contratante en vigencia de la Ley 80 de 1993. Sin perjuicio de ese enfoque, la decisión ofreció precisas conclusiones en lo relacionado con la competencia de los árbitros frente a los actos administrativos contractuales, con antelación a la citada ley de 1993.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

260. Fueron cuatro las conclusiones que el Consejo de Estado derivó al evaluar el asunto. *Primera*, la Constitución Política y la ley disponen que la jurisdicción contenciosa administrativa resuelve de forma excluyente y exclusiva lo concerniente a la legalidad de los actos administrativos y sus efectos. *Segunda*, la competencia que en los términos anteriores le atribuyen la Constitución y la ley a la jurisdicción contenciosa administrativa no es transferible, delegable, prorrogable o negociable por ser una regla de orden público. *Tercera*, los árbitros habilitados por las partes pueden conocer disputas en el ámbito de la contratación estatal cuando versen sobre asuntos de carácter transigible. Y, por la suma de dichas conclusiones, la *cuarta* fue que, cuando la administración dicta una decisión en uso de sus poderes exorbitantes que se concreta en un acto administrativo, el asunto no compete a los árbitros, toda vez que la regla del estudio de la legalidad es de orden público y, por tanto, no es transigible.

261. Así, la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado extendió esa restricción al conocimiento de la legalidad de todos los actos administrativos contractuales, por ser un asunto de orden público (y por ello no transigible) y por expresar el ejercicio de poderes exorbitantes de la administración cuyo estudio, dijo, solo le concernía a la jurisdicción contenciosa administrativa. En esos términos se delineó la postura restrictiva.

7.2. Postura condicionada de la arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales

262. La expedición de la Ley 80 de 1993 marcó el inicio de una relectura a la postura seguida hasta entonces frente al límite material del arbitraje en la contratación estatal. Una de las motivaciones de esta regulación pasó por buscar la solución de conflictos surgidos entre los contratantes a través de mecanismos como el arbitraje.[190] En lo tocante a los actos administrativos expedidos en el marco del contrato estatal, la motivación de la regulación se orientó a permitir su confrontación vía recurso de reposición y, eventualmente, por intermedio de los medios de control previstos en la jurisdicción contenciosa administrativa siempre y cuando la diferencia no se hubiera sometido a una solución arbitral.[191]

263. Este enfoque frente a la arbitrabilidad objetiva en la contratación estatal quedó puesto de presente en el texto de la Ley 80 de 1993. Ello explica por qué no se previeron limitaciones expresas a la competencia de los árbitros frente a los actos administrativos contractuales, como sí ocurría con los artículos 66 del Decreto Ley 150 de 1976 y 76 del Decreto Ley 222 de 1983. A cambio de ello, la Ley 80 de 1993 incluyó varias disposiciones tendientes a potenciar el uso del arbitramento como mecanismo de administración de justicia para dirimir las controversias suscitadas con ocasión del contrato estatal.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

264. Por ejemplo, el artículo 25.5[192] dispuso, como eje rector del principio de economía de la contratación estatal, la adopción de procedimientos garantes de la solución pronta de disputas surgidas con motivo de la celebración y ejecución del contrato. Esa lógica se reiteró en el artículo 68[193] de la ley, al disponer que las entidades estatales y los contratistas debían buscar la solución ágil, rápida y directa de las controversias que emergieran producto de la actividad contractual. Para el efecto, se permitió acudir a mecanismos de solución de controversias contractuales como el arbitraje. Por lo mismo, en el artículo 69[194] se dispuso que las entidades no podían prohibir la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para zanjar diferencias originadas en el contrato estatal.

265. Otros ejemplos de gran importancia que trajo la Ley 80 de 1993 para el tema fueron sus artículos 70 y 71, que respectivamente regularon lo relativo a la cláusula compromisoria y el compromiso. En ellos se hizo explícita la posibilidad de someter a decisión de los árbitros las diferencias presentadas o que pudiesen surgir *"por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación"*.[195]

266. Esos artículos no fijaron un límite material expreso a la competencia de los árbitros ante disputas surgidas en el marco del contrato estatal. Sin embargo, posteriormente la expedición y entrada en vigencia de la Ley 418 de 1997, sí introdujo una restricción puntual en lo concerniente a la declaratoria de caducidad del contrato, cuando el contratista incurriera en alguna de las conductas descritas en el artículo 90, que se relacionan con grupos armados al margen de la ley.[196] En esos eventos, el artículo 91 de la Ley 418 de 1997 dispuso que la aplicación de la cláusula de caducidad no podrá someterse a conciliación o decisión arbitral.[197]

267. Este viraje normativo condujo a interrogarse si el límite material existente para entonces, frente a la restricción de los árbitros para conocer y decidir sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales, se había eliminado. La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se encargó de aclarar esta cuestión en la ya citada Sentencia del 8 de junio de 2000.[198] Allí señaló que: *(i)* el Decreto Ley 2279 de 1989 y la Ley 446 de 1998 fijaron la competencia de los árbitros solo ante conflictos transigibles; *(ii)* el control de legalidad de los actos administrativos originados en el contrato estatal no es un asunto transigible; y, *(iii)* la Ley 80 de 1993, no habilitó expresamente a los árbitros para conocer y decidir sobre la legalidad de dichos actos administrativos. En esos términos, precisó que el límite material de los árbitros frente a los actos administrativos contractuales continuaba vigente.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

268. La anotada postura se ratificó posteriormente por la Corte Constitucional en Sentencia C-1436 de 2000. En ese asunto se cuestionó la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, por permitir que los árbitros pudieran pronunciarse "*incluso sobre los actos administrativos contractuales, proferidos en uso de las facultades exorbitantes de la administración"*.[199] La Corte resolvió condicionar la exequibilidad de los artículos demandados, *"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."*[200]

269. Para tomar esta decisión, la Corte Constitucional tuvo en cuenta el criterio seguido en las ya aludidas Sentencias de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 23 de febrero[201] y 8 de junio de 2000.[202] Por lo mismo, el análisis partió por consultar el límite material del arbitraje vigente para entonces, con el fin de sustentar que la competencia de los árbitros se circunscribía a los asuntos transigibles. La Corte propuso esta argumentación en los siguientes términos:

> "El arbitramento, así concebido, **está definido hoy** como un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral'' (Ley 446 de 1998, artículo 111).
>
> "**De la definición que hace el legislador, se infiere que la competencia de los árbitros está limitada** no sólo por el carácter temporal de su actuación sino **por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros**. Significa lo anterior que la competencia de los árbitros es de carácter limitada, tanto por el aspecto temporal como el material, pues como lo ha señalado esta Corporación *'no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas, ...'* (Sentencia C-247 de 1994).
>
> […]
>
> "**Dentro de este contexto**, no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos."[203]

270. Con ese enfoque, la Corte continuó su análisis con el estudio del control de legalidad de los actos administrativos. Al respecto, aludió a las características principales del acto administrativo, haciendo especial énfasis en su presunción de legalidad, para destacar que los árbitros carecían de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de tales actos por los siguientes motivos:

Documento protegido por derechos de autor. Copia con fines académicos. Gracias a N2 Abogados. · n2abogados.com

"Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, **esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición,** pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. **El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna**."[204]

271. La Corte Constitucional integró las anotadas conclusiones sobre el límite arbitral y el control de legalidad de los actos administrativos al contexto de los conflictos surgidos en torno al contrato estatal. Como resultado, la Sentencia C-1436 de 2000 precisó que los árbitros no eran competentes para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales, dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales, toda vez que:

"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**.

[…]

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

[…]

"Significa lo anterior que **cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto**

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. - N2abogados.com

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 pude 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 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

"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.".[205]

272. Así las cosas, nótese que la Sentencia C-1436 de 2000, sin reparar en lo que prevé el inciso final del artículo 116 de la Constitución, solo consultó el criterio de arbitrabilidad objetiva inserto en el otrora artículo 111 de la Ley 446 de 1998 como parámetro de análisis. Con esa disposición legal era claro que el legislador limitó la competencia de los árbitros a los asuntos transigibles. En ese contexto, la Corte Constitucional entendió que la legalidad de los actos administrativos era una cuestión no arbitrable, por relacionarse con el orden público que es indisponible. Por ello, la Corte indicó que el conocimiento de tales asuntos competía privativamente a la jurisdicción del Estado, y no quedaba librado a los particulares así fueran investidos transitoriamente de la función de administrar justicia. Precisamente, con fundamento en estas premisas, la Corte sostuvo que los árbitros carecían de competencia para conocer de disputas sobre la legalidad de actos administrativos contractuales dictados en ejercicio de potestades contenidas en cláusulas excepcionales al derecho común.

273. Posteriormente, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se apoyó en la Sentencia C-1436 de 2000, para efectos de consolidar su postura sobre la incompetencia de los árbitros frente a la legalidad de los actos administrativos dictados en el marco del contrato estatal. Así lo demuestra el criterio seguido por la referida Sección en Sentencias del 23 de agosto de 2001,[206] del 27 de junio de 2002,[207] del 9 de octubre de 2003,[208] del 20 de mayo de 2004[209] y del 14 de abril de 2005.[210]

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

274. Por su parte, la Corte Constitucional, retomaría el análisis de este tema en la Sentencia SU-174 de 2007. Esta decisión se ocupó de la revisión de una decisión judicial que resolvió una acción de tutela interpuesta por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca y su secretario jurídico, en contra del Laudo arbitral que profirió el Tribunal de Arbitraje convocado para dirimir disputas económicas entre ese Departamento y CISA,[211] con motivo de un contrato de concesión que celebraron, y contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado con la cual se declaró infundado el recurso de anulación que había presentado ese Departamento contra el Laudo.[212] En esencia, se alegó un defecto orgánico, porque se sostuvo que los árbitros se pronunciaron sobre la legalidad del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato a pesar de no tener competencia para ello, y el Consejo de Estado avaló tal actuación al resolver el recurso de anulación.

275. Para abordar el tema, la Sentencia SU-174 de 2007 reiteró la doctrina constitucional fijada en la Sentencia C-1436 de 2000, en aquello relacionado con *"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"*.[213]

276. En la Sentencia SU-174 de 2007 se advirtió aquella distinción, a partir de interpretar el alcance dado en la Sentencia C-1436 de 2000 al tema, y cuyo análisis también se trajo en esta última providencia para señalar que si bien los árbitros no tenían competencia para conocer de la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades excepcionales, sí tendrían competencia para conocer de las controversias derivadas de los efectos económicos de tales actos. Como resultado de ese ejercicio interpretativo, en la citada Sentencia SU-174 de 2007, la Corte Constitucional señaló:

> "3.1.3.5. Ahora bien, la Corte trazó una distinción [en la Sentencia C-1436 de 2000], 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 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

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados - n2abogados.com

de orden público, no pude 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 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado'.

[…]

"3.1.4. 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 […] 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."[214]

277. Así, a partir de trazar esa distinción en la Sentencia SU-174 de 2007, fue que la Corte Constitucional decidió negar el amparo al no constatar el defecto orgánico reprochado.[215] Esto, al comprobarse que: *(i)* la competencia del Tribunal de Arbitramento versaba sobre controversias económicas entre los contratantes; *(ii)* las pretensiones de la demanda arbitral remitían a controversias económicas, y no al juzgamiento de la validez de un acto administrativo; *(iii)* el Tribunal de Arbitramento no se declaró competente para pronunciarse directa o indirectamente sobre un acto administrativo con ocasión del asunto puesto a su conocimiento; *(iv)* el Tribunal de Arbitramento no juzgó la validez del acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato, de hecho negó la pretensión de liquidarlo al reconocer la existencia de ese acto; *(v)* el citado Tribunal se limitó a resolver disputas originadas en desacuerdos económicos al momento de la liquidación, constatando para ello unos hechos y cuantificando la deuda pendiente; *(vi)* aunque el acto de liquidación unilateral *"haya versado sobre los desacuerdos económicos existentes entre las partes de este contrato y con ocasión del mismo, no sustrae de la competencia del tribunal de arbitramento la resolución de la controversia económica entre las partes",*[216] máxime cuando el Tribunal *"dijo específicamente sobre el acto unilateral de liquidación que no juzgaría su validez"*;[217] y, finalmente; *(vii)* el Consejo de Estado concluyó que el Tribunal de Arbitramento no juzgó el acto administrativo de liquidación unilateral ni desconoció su validez ni su firmeza.

278. Como se vio, una de las razones que sustentó la decisión de la Sentencia SU-174 de 2007 fue la interpretación de lo resuelto por la Sentencia C-1436 de

Documento producido desde la relatoría oficial jurisprudencia.ramajudicial.gov.co Nodo una publicación de Estudio N2 Abogados - 2a00ca8b3d6

2000. A partir de aquella interpretación se logró detectar una distinción, entre el control de validez de los actos administrativos contractuales versus la resolución de disputas económicas surgidas de ellos, que fue relevante a la hora de resolver el caso concreto.

279. En suma, todo el análisis cursado muestra que el tema de la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales, fue condicionado por la evolución normativa y jurisprudencial. La Ley 80 de 1993 revaluó la discusión al no prever las restricciones de regulaciones previas, pero la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 8 de junio de 2000, y la Corte Constitucional, en Sentencia C-1436 de 2000, remarcaron la vigencia de ese límite material. El alcance de aquella postura sería precisado en la Sentencia SU-174 de 2007, al distinguir el control de legalidad de tales actos de las disputas económicas surgidas con motivo de estos, únicas pasibles del conocimiento arbitral.

7.3. Postura actual de la arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales

280. La expedición de la Ley 1285 de 2009, que modificó la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, con fundamento en lo previsto en el artículo 116 de la Constitución, varió el límite material del arbitraje. Ese parámetro constitucional y también estatutario dejó de lado el carácter transigible como criterio de arbitrabilidad objetiva y, en su lugar, acogió la fórmula que faculta al legislador ordinario para definir los asuntos susceptibles de arbitrarse.[218] Al momento de expedirse la Ley Estatutaria 1285 de 2009, aún permanecía el límite a la competencia de los árbitros previsto en el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, esto es, se entendía arbitrable aquello que fuera transigible. A su vez, con la expedición de la Ley 1563 de 2012 se revaluó el parámetro legal entonces vigente, para enmarcar la arbitrabilidad objetiva en controversias relacionadas con asuntos de libre disposición o los que estén autorizados por la ley. Adicionalmente, para el momento en que entró en vigencia la Ley 1285 de 2009, existían en la ley dos límites materiales en el ámbito de la contratación estatal y, puntualmente, de los actos administrativos dictados en ese contexto.

281. El primer límite, dispuesto en el artículo 91 de La Ley 418 de 1997, con el cual se prohibió arbitrar la cláusula de caducidad ejercida contra el contratista inmerso en ciertas conductas relacionadas con grupos armados al margen de la ley. Y el segundo límite, dispuesto en los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, cuya exequibilidad condicionada proscribió el arbitraje para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en ejercicio de sus poderes, potestades o facultades excepcionales.

282. En ese contexto, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado desarrollaría el alcance del segundo de estos

Documento público tomado de la relatoría oficial (porteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados - n2abogados.com

límites con la Sentencia del 10 de junio de 2009.[219] Mediante esta decisión, la referida Sección modificó su tesis sobre el límite material del arbitraje para conocer disputas relacionadas con actos administrativos contractuales. Al respecto, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado indicó:

> "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**.
>
> "Naturalmente esta conclusión tiene que aparejarse con la anotación adicional, que le resulta inescindible, de que al ejercer las funciones judiciales que en relación con los actos administrativos contractuales distintos de los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, les autorizan la Constitución Política y las normas legales vigentes, los árbitros debidamente habilitados para ello por las partes no podrán, en evento alguno, suspender provisionalmente los efectos de tales actos administrativos contractuales, puesto que, de conformidad con los dictados del artículo 238 de la Carta, esa competencia la reservó el Constituyente de 1991 a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de la cual no forman parte los jueces particulares (árbitros)".[220]

283. Para sustentar la modificación de su tesis, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se ocupó de analizar el alcance de la razón de la decisión contenida en la Sentencia C-1436 de 2000. En concreto, se centró en establecer lo que la Corte Constitucional entendió por "poderes excepcionales", cuando expuso que los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 no facultaron a los árbitros para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de dichos poderes. Frente al particular, consideró:

> "Ahora bien, para lograr la mejor comprensión acerca del condicionamiento que la Corte Constitucional impuso a la exequibilidad de los referidos artículos 70 y 71 de la Ley 80 y con el fin de cumplir, acatar y respetar la mencionada sentencia de constitucionalidad C-1436 de 2000 en sus verdaderos sentido y alcance, se impone indagar y clarificar qué fue exactamente lo que la Corte Constitucional entendió por tales "actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales".
>
> "Y al efectuar el examen detallado y cuidadoso de la Sentencia C-1436 de 2000, la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– **son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de**

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. n2abogados.com

1993 , es decir: a) interpretación unilateral del contrato; b) modificación unilateral del contrato; c) terminación unilateral del contrato; d) sometimiento a las leyes nacionales; e) caducidad y f) reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión.

"Dilucidados y limitados así tanto el sentido como el alcance del condicionamiento al cual la Corte Constitucional supeditó la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, todo en íntima conexión y con estricto apego a la *ratio decidendi* que le sirvió de fundamento, **se impone concluir que los demás actos administrativos contractuales** –es decir aquellos que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, conjunto al cual la Corte Constitucional circunscribió en esa ocasión la noción de 'poderes excepcionales'–, los demás actos administrativos contractuales –se repite– **sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto**.

[…]

"Desde esa perspectiva cabe precisar entonces que la diferencia que existe en cuanto al contenido o el alcance de las dos clases o especies de la noción de poderes excepcionales que aquí se han descrito, esto es aquella a la cual hace referencia la Corte Constitucional en su sentencia C-1436 de 2000, por un lado y, por el otro, el concepto al cual de ordinario alude en asuntos de contratación pública la mayoría de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radica en que **mientras el Tribunal Constitucional identificó en su condicionamiento de exequibilidad los 'poderes excepcionales' con aquellos que consagra exclusivamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esta Sala, por el contrario, considera que forman parte del género de los 'poderes excepcionales' todas aquellas facultades, atribuciones o prerrogativas que autorizan o permiten a las entidades estatales contratantes la adopción de actos administrativos contractuales**, incluidos aquellos a los que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 pero sin limitarse a ellos, por manera que además de las referidas competencias para adoptar decisiones unilaterales vinculantes en virtud de a) la interpretación unilateral; b) la modificación unilateral; c) la terminación unilateral; d) la caducidad administrativa; e) el sometimiento a las leyes nacionales, y f) la reversión, **también deben entenderse como parte de los 'poderes excepcionales o exorbitantes' –pero no para efectos del entendimiento y aplicación de la sentencia C-1436 de 2000–, los demás actos administrativos contractuales** como son, por ejemplo, los que imponen multas, de conformidad con las previsiones del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; los que declaran la terminación unilateral del contrato por la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en alguno de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, según los dictados del artículo 45 del mismo Estatuto de Contratación Estatal; los que corresponden a la liquidación unilateral de los contratos, de conformidad con las previsiones del artículo 61 de la misma Ley 80; los que determinan u ordenan la exigibilidad de las garantías constituidas para amparar diversos riesgos de naturaleza contractual; etc.".[221]

284. Así, entonces, puede apreciarse que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado reajustó su postura al distinguir dos contextos. El primero, relativo a los actos administrativos dictados en ejercicio de las cláusulas previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, cuyo conocimiento escapaba de la competencia de los árbitros por la restricción que fijó

Documento descargado de www.rrabogados.com. Prohibida su reproducción comercial. Uso exclusivo para fines académicos.

la Corte en la Sentencia C-1436 de 2000 en ese sentido. El segundo, respecto de los demás actos administrativos contractuales que no se excluyeron de la competencia de los árbitros con la citada sentencia del 2000.

285. A su turno, frente a estos últimos actos, la referida Sección precisó que los árbitros podían pronunciarse sobre su validez y efectos. Aserto que soportó en el criterio transigible de los asuntos arbitrables, y en el desarrollo de ese criterio en materia de conciliación. Así, reseñó los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998[222] y 2º del Decreto 1818 de 1998, [223] para sostener que *"es la misma ley la que de manera expresa atribuye a los actos administrativos de contenido particular el carácter de asuntos transigibles, disponibles si se quiere"*. [224] En su concepto, aquello explicaba por qué procede la conciliación en los asuntos que conoce la jurisdicción contenciosa administrativa, vía acción de nulidad y restablecimiento del derecho y acción contractual, y por qué un acuerdo conciliatorio en esos casos daba lugar a la revocatoria directa que presupone la invalidez del acto administrativo. Por estos motivos, concluyó que *"comoquiera que por expresa previsión legal los actos administrativos que se adopten en materia contractual son de carácter particular y de contenido económico, sin duda alguna se constituyen en asuntos transigibles"*.[225]

286. Esa postura fue reiterada luego por las diferentes Subsecciones de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el marco de decisiones posteriores que conocieron recursos de anulación contra laudos arbitrales en vigencia de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, 111 de la Ley 446 de 1998 y 115 del Decreto 1818 de 1998. De ello dan cuenta las Sentencias del 10 de noviembre de 2011,[226] del 22 de octubre[227] y 8 de noviembre de 2012[228] y del 13 de noviembre de 2013.[229] En esos términos se desarrolló el alcance del límite al arbitraje frente a actos administrativos dictados con ocasión del contrato estatal.

287. Sin embargo, la Ley 1563 de 2012 introdujo modificaciones importantes al anotado contexto. En efecto, el artículo 118 de esa ley derogó, entre muchas otras disposiciones, a los artículos 111 de la Ley 446 de 1998, 115 del Decreto 1818 de 1998 y 70 y 71 de la Ley 80 de 1993.[230] Así, las disputas relacionadas con asuntos de la contratación estatal, y dentro de ellas los actos administrativos contractuales, vendrían a concatenarse en el texto de la Ley 1563 de 2012.

288. Como se expuso en esta decisión, el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 sentó, entre otras cosas, una nueva comprensión del legislador frente al parámetro de arbitrabilidad objetiva: "asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice". Asimismo, prefijó una regla del procedimiento cuando interviniera en el arbitramento una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas: "el

Documento generado con la herramienta de jurisprudencia nacional y local en www.n2abogados.com

laudo deberá proferirse en derecho". Y dicha regla, como da cuenta ese mismo artículo, aplica ante disputas derivadas *"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"*.[231]

289. Valga anotar en este punto, que el legislador recogió la distinción que en su momento advirtió la Corte en la Sentencia SU-174 de 2007, al interpretar el alcance de la Sentencia C-1436 de 2000. Así lo evidencia, la inclusión de las consecuencias económicas del ejercicio de facultades excepcionales a través de actos administrativos. En todo caso, debe tenerse en cuenta que el criterio de arbitrabilidad objetiva seguido en esas decisiones no se conservó inmutable, pues la autorización legal se agregó como factor a considerar. También debe tenerse presente la precisión que hizo el Consejo de Estado, con respecto a la Sentencia C-1436 de 2000, frente al concepto de facultades excepcionales, visto como un género que se compone de todos los actos administrativos contractuales, incluidos aquellos que surgen del ejercicio del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

290. Adicionalmente, el artículo 3º de la Ley 1563 de 2012 vino a agrupar de forma general las categorías de compromiso y cláusula compromisoria, que, vale recordar, eran reguladas en el ámbito de la contratación estatal con los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, bajo la figura del pacto arbitral. El citado artículo 3º de la ley de 2012 introdujo la definición de dicha figura, las especies que la integran, y dos reglas de procedimiento sobre el carácter supletorio de la naturaleza del laudo ante el silencio de las partes y la excepción de la existencia del pacto arbitral. Ese artículo no fijó, por contrapartida, alguna restricción puntual frente al pacto arbitral en el ámbito de la contratación estatal.

291. En ese contexto que introdujo la Ley 1563 de 2012, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado continuó afianzando su postura expuesta en la Sentencia del 10 de junio de 2009. Es decir, la competencia de los árbitros para conocer disputas concernientes a actos administrativos contractuales *(i)* en cuanto a su legalidad y efectos económicos, si son producto del ejercicio de facultades no previstas en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993; y *(ii)* en cuanto a sus efectos económicos, pero no respecto de su legalidad, si concretan el ejercicio de las facultades o potestades excepcionales dispuestas en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993. Así lo ilustran las Sentencias proferidas el 18 de abril de 2013, el 3 de septiembre de 2015, el 10 de noviembre de 2017, el 1 de agosto y 31 de octubre de 2016, el 26 de julio y 17 de septiembre de 2021, que abordaron el tema de la siguiente forma:

292. En Sentencia del 18 de abril de 2013,[232] el pleno de la Sección Tercera unificó su jurisprudencia frente a los requisitos para modificar o dejar sin efecto un pacto arbitral celebrado por las partes de un contrato estatal. Aunque ese fue el objeto de la unificación, al resolver el caso concreto, cuyas pretensiones en sede de

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

controversias contractuales buscaban anular el acto administrativo que liquidó un contrato estatal, se reiteró lo considerado en la Sentencia del 10 de junio de 2009 respecto a la competencia de los árbitros para conocer conflictos derivados de este tipo de actos administrativos. Por esa vía, se reiteró que los árbitros pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que no correspondan a los del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.[233]

293. En Sentencia del 3 de septiembre de 2015,[234] la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió un recurso de anulación contra un laudo que se cuestionó por pronunciarse frente a la legalidad del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato y frente a un asunto tributario. Aunque el recurso se declaró infundado, por constatarse que los árbitros no se pronunciaron ante esos puntos, se reiteró la postura seguida en la Sentencia del 10 de junio de 2009 para destacar la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre decisiones unilaterales tomadas por la administración, con excepción de aquellas previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.[235]

294. En Sentencia del 1 de agosto de 2016,[236] la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió un recurso de anulación en contra de un laudo que se cuestionó por supuestamente resolver la nulidad de los actos administrativos con los que se liquidó el contrato. En esa ocasión, se adujo que si bien el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 no distinguió el tipo de controversia relacionada con la liquidación del contrato estatal, aplicaba lo dicho en la decisión del 18 de abril de 2013. Es decir, que los actos administrativos dictados en ejercicio de las cláusulas del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 son los únicos frente a los cuales los árbitros no tienen competencia para declarar su nulidad total o parcial, no siendo la liquidación unilateral uno de tales actos.[237]

295. En la Sentencia del 31 de octubre de 2016,[238] la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado abordó un caso similar. Con el agregado que se censuró el laudo por declarar el incumplimiento contractual, al incluirse en los actos de liquidación unilateral la reversión de los bienes usados para prestar los servicios pactados. Ante esto, se cuestionó que los árbitros se pronunciaron sobre una cláusula excepcional del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Para dirimir el asunto, se distinguió entre el control de legalidad de los actos administrativos contractuales y el análisis de sus efectos económicos, así:

> "**El juicio de legalidad implica un ejercicio de subsunción o encuadramiento** entre el contenido del acto administrativo objeto de revisión o estudio y el universo normativo de

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

principios, valores, normas jurídicas, disposiciones o enunciados normativos por los cuales se rige y que son utilizados por el operador jurídico como parámetro de legalidad.

[…]

"Ahora, el análisis que el operador jurídico realice de cada una de las causales de nulidad de los actos administrativos **implica necesariamente un ejercicio de subsunción o encuadramiento entre el contenido de dicho acto y el universo normativo de principios, valores, normas jurídicas, disposiciones o enunciados normativos por los cuales se rige y que son utilizados por el operador jurídico como parámetro de legalidad**.

[…]

"**El análisis o estudio de los efectos económicos de un determinado acto administrativo implica el análisis, estudio, valoración y determinación de las cargas o prestaciones correlativas entre las partes** con ocasión de la celebración de un contrato estatal, así como también la verificación de que las sumas contenidas en este no resulten lesivas al patrimonio público y se encuentren suficientemente respaldadas en las pruebas arrimadas para ello[.]

"Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que se expide un acto administrativo por medio del cual una entidad pública ordena la liquidación unilateral de un contrato de concesión, incluyendo en el la reversión de unos bienes determinados y ante las controversias presentadas entre las partes por dicho aspecto, el Tribunal de arbitramento determina que en el referido acto administrativo no hay lugar a incluir la reversión de dichos bienes argumentando que ello iría en contra de lo estipulado por las partes en el contrato, es evidente que en ésta hipótesis los jueces arbitrales no se estarían pronunciando ni sobre la cláusula de reversión como potestad excepcional al derecho común, ni sobre la legalidad del acto administrativo, sino sobre sus efectos económicos".[239]

296. Con fundamento en la anterior distinción, la Subsección C descartó el reparo realizado al laudo. Esto, por comprobar que los árbitros se pronunciaron sobre los efectos económicos de los actos demandados, y lo que valoraron al declarar el incumplimiento fueron los efectos económicos de la cláusula de reversión mas no la legalidad de ella, lo cual era un análisis que podían hacer.[240]

297. En sentencia de 10 de noviembre de 2017,[241] la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo estudió un recurso de anulación formulado contra un laudo que, en el sentir del recurrente, se pronunció sobre la legalidad de unos actos administrativos que liquidaron unilateralmente el contrato y ordenaron la reversión de bienes e información. Para resolver el asunto, la Subsección A precisó que en vigencia de la Ley 1563 de 2012 los árbitros pueden conocer de los efectos económicos de todos los actos administrativos contractuales, y de la legalidad de aquellos actos que no estén incluidos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en tanto estos últimos escapan de su competencia. Además, acotó que el estudio realizado por los árbitros sobre el acto de liquidación en el que se incluyó la reversión constituía un análisis los efectos económicos y no de su legalidad, razón por la cual se constató que los árbitros si tenían competencia.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

298. En Sentencia del 26 de julio de 2021,[242] la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado también aludió a la distinción entre el control de legalidad del acto administrativo contractual y la valoración de sus efectos económicos, para resolver el caso que conoció en esa oportunidad. La disputa radicó en la apelación de una sentencia que declaró probada la excepción de falta de jurisdicción, por existir cláusula compromisoria, en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por los efectos económicos de la terminación unilateral del contrato, a saber, la afectación de la póliza de cumplimiento. El apelante alegó que los árbitros no tenían competencia, por tratarse del acto de terminación unilateral del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

299. La Subsección B descartó el reproche, al advertir que la terminación unilateral no surgió de aplicar el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, sino que esa decisión surgió de un acto jurídico contractual en el marco del derecho privado que, por lo tanto, era susceptible de arbitrarse. Dicho de otro modo, la regla de decisión de esta sentencia es que los actos jurídicos contractuales expedidos en el marco del derecho privado pueden ser arbitrados[243].

300. Por esta vía, se reafirmó la competencia de los árbitros para resolver sobre los efectos económicos de los actos contractuales dictados con ocasión del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y la falta de competencia para conocer solo sobre su legalidad.

301. Finalmente, en Sentencia del 17 de septiembre de 2021,[244] la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado reiteraría la citada postura al conocer de un recurso de anulación contra laudo arbitral. Ciertamente, en esa oportunidad se acotó que, en vigencia de la Ley 1563 de 2012, los árbitros son competentes para pronunciarse sobre los efectos económicos de todos los actos administrativos contractuales, y también podían conocer de la legalidad de aquellos actos diferentes a los derivados del artículo 14 de la Ley 80 de 1993.[245]

302. En consecuencia, lo estudiado permite apreciar que, en el ámbito de la contratación estatal, existen los siguientes límites materiales al arbitraje: *(i)* la restricción del artículo 91 de la Ley 418 de 1997 frente a la caducidad declarada ante ciertas conductas relacionadas con grupos al margen de la ley; y *(ii)* la restricción desarrollada por el Consejo de Estado con base en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, frente al pronunciamiento de la legalidad de los actos administrativos que ejercen las cláusulas del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Cabe agregar, que la Ley 1682 de 2013[246] inserta otro límite puntual en materia de infraestructura de transporte.[247] En efecto, el artículo 14.c de esa Ley dispone

Documento descargado de la relatoría digital del sitio web de la Corte Constitucional (www.corteconstitucional.gov.co). Este texto no tiene valor oficial. Sentencia C-242 de 2022. Actualidad y trazabilidad garantizadas por

que, *(iii) [t]anto los árbitros como los amigables componedores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales"*.

303. En los anteriores términos queda dilucidado el estado actual de la arbitrabilidad objetiva en la contratación estatal y, puntualmente, de los actos administrativos contractuales. Lo anterior, sin desconocer que este panorama fue actualizado con la providencia cuestionada en esta acción de tutela, esto es, la Sentencia del 14 de marzo de 2024, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, cuyo análisis se abordará al estudiar el caso concreto.[248]

304. Como se ha podido observar hasta aquí, la comprensión seguida frente a la habilitación del arbitramento de los actos administrativos contractuales, incluidos los expedidos en ejercicio de potestades o facultades excepcionales no ha sido unívoca. La interpretación de este ámbito de estudio ha variado a partir del contexto normativo y de los pronunciamientos jurisprudenciales que han surgido en cada época. Este panorama, puede resumirse, a grandes rasgos y a manera de conclusión de lo anteriormente expuesto, así:

1	**Postura restrictiva:** la legalidad de los actos administrativos contractuales es un asunto de orden público y, por ello, no transigible: su conocimiento está reservado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
	Fundamento normativo
	• **Decreto Ley 150 de 1976, artículo 66.** Habilitó la cláusula compromisoria para las diferencias de los contratos de la Nación, con un límite material: la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos. • **Decreto Ley 222 de 1983, artículos 60 y 76.** Preservó la cláusula compromisoria y amplió el límite a la caducidad y a las cláusulas de terminación, modificación e interpretación unilaterales. • **Decreto Ley 2279 de 1989 y Ley 23 de 1991.** Delimitaron la materia arbitrable a las controversias susceptibles de transacción.
	Fundamento jurisprudencial
	• **Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de febrero de 2000.** Anuló un laudo que tácitamente se pronunció sobre la legalidad de un acto que declaró el incumplimiento del contrato: las disputas derivadas de la legalidad de los actos administrativos expedidos con motivo del contrato estatal no son transigibles y, por lo mismo, no son arbitrables, pues comprometen el orden público. • **Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de junio de 2000.** La jurisdicción contenciosa administrativa resuelve de forma excluyente y exclusiva la legalidad de los actos administrativos y sus efectos; esa competencia no es transferible, delegable, prorrogable ni negociable por ser regla de orden público.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

2	**Postura condicionada:** la restricción recae sobre el control de legalidad del acto; las disputas exclusivamente económicas surgidas con motivo de él sí son pasibles del conocimiento de los árbitros.
	Fundamento normativo
	• **Ley 80 de 1993, artículos 25.5, 68, 69, 70 y 71.** No previó limitaciones expresas frente a los actos administrativos contractuales y, a cambio, potenció el uso del arbitramento, haciendo explícita la posibilidad de someter a los árbitros las diferencias surgidas "por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación". • **Ley 418 de 1997, artículo 91.** La aplicación de la cláusula de caducidad no puede someterse a conciliación o decisión arbitral cuando el contratista incurra en las conductas del artículo 90. • **Criterio de arbitrabilidad.** Los asuntos susceptibles de transacción, conforme al Decreto Ley 2279 de 1989, a la Ley 446 de 1998 y a la versión inicial del artículo 13.3 de la Ley 270 de 1996.
	Fundamento jurisprudencial
	• **Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de junio de 2000.** El límite material continuaba vigente: la Ley 80 de 1993 no habilitó expresamente a los árbitros para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales. • **Corte Constitucional, C-1436 de 2000.** Condicionó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993: los árbitros no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos dictados en desarrollo de poderes excepcionales. Si no pueden suspender provisionalmente sus efectos, con mayor razón no pueden decidir sobre su legalidad. • **Consejo de Estado, reiteración.** Sentencias del 23 de agosto de 2001, 27 de junio de 2002, 9 de octubre de 2003, 20 de mayo de 2004 y 14 de abril de 2005. • **Corte Constitucional, SU-174 de 2007.** Distinguió el control de validez del acto administrativo contractual de la resolución de las controversias exclusivamente económicas, y precisó que para estas últimas los tribunales arbitrales no examinan la legalidad ni cuestionan la validez del acto.

n2abogados.com

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

3	**Postura actual:** la restricción no es absoluta, dado que ella se limita a la legalidad de los actos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, cuyos efectos económicos sí son arbitrables. La legalidad de los demás actos contractuales también puede conocerse.
	Fundamento normativo
	• **Ley 1285 de 2009.** Acogió como criterio de arbitrabilidad la definición legal de los asuntos arbitrables: la competencia de los árbitros se da "en los términos que señale la ley". • **Ley 1563 de 2012, artículos 1º, 3º y 118.** Derogó los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 y 111 de la Ley 446 de 1998; fijó como materias arbitrables los "asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice", e incluyó expresamente "las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales". • **Ley 1682 de 2013, artículo 14.c.** Límite puntual en infraestructura de transporte: ni árbitros ni amigables componedores pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales. • **Ley 418 de 1997, artículo 91.** Subsiste como límite material frente a la caducidad declarada por las conductas allí descritas.
	Fundamento jurisprudencial
	• **Consejo de Estado, Sección Tercera, 10 de junio de 2009.** Modificó su tesis anterior: salvo los actos proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, todos los demás actos administrativos contractuales pueden someterse a la justicia arbitral para obtener pronunciamientos sobre su validez y efectos. Los árbitros no podrán, en evento alguno, suspender provisionalmente sus efectos. • **Consejo de Estado, 31 de octubre de 2016.** Distinguió el juicio de legalidad —ejercicio de subsunción entre el acto y el universo normativo que lo rige— del análisis de los efectos económicos —valoración de las cargas o prestaciones correlativas entre las partes—. • **Consejo de Estado, 26 de julio de 2021.** Los actos jurídicos contractuales expedidos en el marco del derecho privado pueden ser arbitrados. • **Consejo de Estado, afianzamiento de la postura.** Sentencias del 10 de noviembre de 2011, 22 de octubre y 8 de noviembre de 2012, 13 de noviembre de 2013, 18 de abril de 2013, 3 de septiembre de 2015, 1 de agosto de 2016, 10 de noviembre de 2017 y 17 de septiembre de 2021.

8. Solución del caso concreto

305. Como se indicó, SI99 presentó acción de tutela en contra de la Sentencia del 14 de marzo de 2024, que profirió la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el expediente 68.994, que resolvió un recurso de anulación que interpuso Transmilenio en contra del laudo arbitral del 11 de julio de 2022, mediante el cual se dirimieron las disputas surgidas entre la aludida empresa y SI99 con ocasión del Contrato 001 de 2000. Con ocasión de esa controversia, la referida Sala Plena unificó su jurisprudencia sobre los alcances de la facultad que, conforme lo establecido en el inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, tienen los árbitros para conocer de los efectos económicos derivados de los actos administrativos a través de los cuales se ejercen las potestades excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Con

Documento público cargado de la relatoría oficial (portalconstitucional.gov.co). Notas: uso (publicación) de Estudio N2 Abogados - n2abogados.com

fundamento en esa unificación y sin que se haya revisado la constitucionalidad del inciso final del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, el Consejo de Estado declaró parcialmente fundado el recurso de anulación por configurarse, a su juicio, la causal 2ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en lo relativo a la falta de jurisdicción.

306. SI99 sostuvo que esa decisión presenta distintos defectos. En primer lugar, un defecto sustantivo por desconocerse que el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 habilitó a los árbitros para pronunciarse sobre las consecuencias económicas de los actos administrativos contractuales expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, en desarrollo del artículo 116 de la Constitución que prevé que ellos ejercen la función de administrar justicia en los términos que señale la ley.[249] Defecto que también hizo extensivo al hecho de que la decisión se sustentó en la Sentencia C-1436 de 2000, aunque esa providencia se refirió al alcance de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, ya derogados por la Ley 1563 de 2012, y sin considerar el contexto normativo actual. En segundo lugar, un defecto por desconocimiento del precedente judicial al omitir que en la Sentencia SU-174 de 2007 y en la jurisprudencia posterior a ella proferida por el Consejo de Estado se acotó que los árbitros pueden conocer de los efectos económicos de los actos administrativos contractuales expedidos en ejercicio de potestades excepcionales.

307. La Corte concluirá que la providencia judicial cuestionada incurrió en los anteriores defectos. En efecto, la decisión omitió que, con fundamento en el artículo 116 de la Constitución, el legislador habilitó a los árbitros para conocer los efectos económicos derivados de los actos administrativos contractuales dictados en ejercicio de potestades excepcionales. Aunque propuso una regla de inescindibilidad entre los efectos económicos y la legalidad del acto contractual para derivar la falta de habilitación de los árbitros para conocer lo primero, ella se estructuró a partir de una decisión que analizó la constitucionalidad de dos disposiciones derogadas y sin considerar la interpretación sistemática del contexto normativo actual.

308. La regla se introdujo de forma súbita, pues la jurisprudencia previa del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional reconocía la competencia de los árbitros para conocer los efectos económicos de los actos administrativos contractuales expedidos en ejercicio de potestades excepcionales, a partir de distinguir, o si se quiere, escindir, el tipo de análisis entre el control de legalidad de los actos contractuales y las disputas económicas surgidas con motivo de ellos.

309. La conclusión que la Corte anticipa se justifica a partir de las principales reglas de decisión derivadas del parámetro expuesto en los dos títulos anteriores de esta providencia, cuyo alcance la Corte Constitucional procede a concatenar, para facilitar la comprensión de su aplicación en el caso concreto, en los siguientes términos:

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

Reglas de decisión del fundamento constitucional del arbitraje y la arbitrabilidad objetiva en la contratación estatal	
Regla 1	Dentro de las características definitorias del arbitraje están la voluntariedad que lo sustenta, su excepcionalidad y el amplio margen de configuración legislativa del que puede ser objeto. Tales rasgos distintivos confluyen en facetas como la definición de las materias sujetas al conocimiento de los árbitros. En esas condiciones, aunque la habilitación efectuada por las partes para someter una disputa al conocimiento de los árbitros es el punto central que activa a este mecanismo, este también depende de la definición que haga el legislador sobre las materias que pueden arbitrarse.
Regla 2	Al legislador le corresponde definir qué es susceptible de someterse al arbitraje. En esa medida, el legislador puede excluir algunas materias del régimen de habilitación arbitral, pero también puede resolver ampliar su aplicación a diferentes áreas de controversia. La concepción sobre si un asunto es o no susceptible de arbitrarse puede variar en función del límite material o criterio de arbitrabilidad objetiva aplicable. La evolución legislativa que ha tenido la materia así lo confirma. El parámetro de arbitrabilidad dispuesto en el artículo 116 de la Constitución y en la Ley Estatutaria 1285 de 2009 se avanzó con la Ley 1563 de 2012, que sentó una nueva comprensión frente a las materias arbitrables en términos de asuntos de libre disposición o aquellos autorizados por la ley. De ahí que, lo que en su momento se juzgó como un asunto no arbitrable, puede que en el futuro se juzgue como una materia cuya arbitrabilidad permite la ley.
Regla 3	La arbitrabilidad objetiva en la contratación estatal, y particularmente de los actos administrativos contractuales, ha evolucionado gracias al desarrollo normativo y jurisprudencial. Actualmente, los árbitros están habilitados para conocer disputas concernientes a actos administrativos contractuales (i) en cuanto a su legalidad y efectos económicos, si son producto del ejercicio de facultades no previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993; y (ii) en cuanto a sus efectos económicos, pero no respecto de su legalidad, si concretan el ejercicio de las facultades excepcionales dispuestas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Para ello, es útil diferenciar el análisis que se realiza al controlar la legalidad del acto contractual y al evaluar las disputas económicas que se derivan de aquel. Esta era la regla aplicable hasta antes de que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado profiriera la Sentencia del 14 de marzo de 2024 en el expediente 68.994.

310. A continuación, se explican las razones que sustentan la conclusión anticipada así: *i)* se hace una contextualización de la controversia que originó al presente caso en aras de acotar el debate. *ii)* Se analizarán de forma individual los dos defectos propuestos por la parte accionante, en atención al contexto antes esbozado. Como resultado de lo anterior, *iii)* se presentará el remedio constitucional del caso concreto.

8.1. Contextualización de la controversia que subyace al caso concreto

311. Está probado que la controversia se originó a causa de la modificación unilateral del Contrato 001 del 2000, que ejerció Transmilenio por intermedio de la Resolución 589 de 17 de noviembre de 2017.[250] Ese acto administrativo se expidió al amparo de, entre otras, las facultades previstas en los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993. El ejercicio de estas estuvo antecedido por la falta de acuerdo entre los contratantes respecto a la ampliación del plazo contractual y las condiciones económicas correspondientes para esa ampliación, encontrándose

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio Nizabogados. - nizabogados.com

dentro de ellas la tarifa objeto de remuneración.[251] Dos de las modificaciones que introdujo la Resolución 589 de 2017 al Contrato 001 de 2000 tuvieron que ver, precisamente, con esos puntos.

312. Frente al plazo, en la Resolución 589 se adujo que:[252] *(i)* la finalización de la etapa de operación regular se estimaba para el 12 de diciembre de 2017; *(ii)* la anterior administración no estructuró el proceso de contratación de tal manera que permitiera la continuidad del servicio público de transporte urbano objeto del contrato, y no era posible preparar un nuevo proceso de selección antes de la fecha de terminación del Contrato 001; *(iii)* la terminación del contrato sin haber nuevo operador que estuviera listo para iniciar la operación implicaría la paralización o afectación grave del servicio público de transporte, razón por la cual debía garantizarse la continuidad del servicio; y, por lo tanto, *(iv)* existía una causa cierta (terminación del Contrato 001) y un efecto adverso directo sobre la prestación del servicio público de transporte que obligaba a la Administración a tomar las medidas necesarias para garantizar el servicio.

313. Respecto a la tarifa de remuneración, en la Resolución 589 se indicó que:[253] *(i)* no se llegó a un acuerdo entre las partes frente a las condiciones básicas del plazo, que obedeció a la necesidad de Transmilenio, y al no superarse este punto tampoco se logró acuerdo sobre la tarifa de remuneración; *(ii)* a raíz de la ampliación del plazo del Contrato 001 era necesario reajustar su equilibrio económico para equilibrar las prestaciones y evitar la obtención de beneficios indebidos por SI99; por ello, *(iii)* con el objetivo de restablecer el equilibrio económico debía adaptarse la tarifa inicialmente pactada a las nuevas condiciones del servicio que debía prestar SI99 y que recogieran el momento en que se encontraba el Contrato 001; en esa medida, *(iv)* como el cumplimiento del promedio de kilometraje de la flota para el vencimiento de operación regular estimaba cumplirse para el 12 de diciembre de 2017, SI99 ya debía de haber amortizado su inversión, razón por la que continuar con el reconocimiento del valor por tal concepto correspondería a un beneficio indebido de la contratista; y, en vista de todo lo anterior, *(v)* se tornaba necesario ajustar la tarifa pactada. En efecto, sobre este punto, en los considerandos de la Resolución 589 de 2017, Transmilenio señaló:

> "27. Que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado (Sentencia de 31 de agosto de 2011, CP. Ruth Stella Correa Palacio), si bien debe velar por mantener las condiciones inicialmente pactadas por las partes a lo largo de la ejecución del Contrato, pueden presentarse eventos, como lo es la modificación unilateral, que requieran un reajuste del equilibrio económico del Contrato.
>
> "28. Que el Consejo de Estado en la mencionada Sentencia aclaró:
>
> 'Este poder de modificación de la administración es limitado, dado que debe respetar, la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto, pues una alteración extrema significaría un contrato diferente, no querido por el contratante particular y respecto del

Documento obtenido de la relatoría oficial Corte Constitucional.gov.co | No es una publicación de Estudio N2 Abogados · n2abogados.com

cual no ha mediado consentimiento; y, además, en todo contrato al disponerse la modificación de la realidad contractual, debe mantenerse el equilibrio económico del contrato, debiendo indemnizar al contratista cuando esas modificaciones produzcan la ruptura de ese equilibrio, o efectuarse los reajustes que correspondan para evitar que obtenga indebidos beneficios.'

"29. Que como consecuencia de la aplicación al plazo del Contrato, se requiere un reajuste al equilibrio económico del mismo, en los términos de la Sentencia de 31 de agosto de 2011 del Consejo de Estado, CP. Ruth Stella Correa Palacio, pues se debe llevar a cabo un ajuste que no solamente equilibre las prestaciones de las partes, sino que a su vez, evite que se obtengan indebidos beneficios por el Concesionario.

"30. Que con el objetivo de reestablecer el equilibrio económico del Contrato y evitar que se obtengan indebidos beneficios por el Concesionario, se debe adaptar la tarifa inicialmente pactada, a las nuevas condiciones del servicio que deberá ser prestado por SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE MASIVO "SI99 S.A. (sic) y que recojan el momento en que se encuentra el Contrato.

"31. Que según la Corte Constitucional en Sentencia C-250 de 1996 las inversiones que requiera el Concesionario para el desarrollo del objeto contractual son incluidas por este en su oferta, de forma tal que al momento de la finalización del Contrato, este capital se encuentre amortizado.

(…)

"33. El cumplimiento del promedio de kilometraje de la flota para el vencimiento de la etapa de operación regular se estima se cumplirá el 12 de diciembre de 2017, el Concesionario ya debe haber terminado de amortizar su inversión, lo que implica en los términos del Consejo de Estado, que el continuo reconocimiento del valor por este concepto corresponde a un beneficio indebido del Concesionario.

"34. Que lo anterior hace necesario un ajuste de la tarifa pactada."[254]

314. El reajuste de la tarifa impactó a la cláusula 77 del Contrato 001 de 2000, que previamente las partes acordaron modificar con otrosí del 21 de junio de 2013.[255] Esa cláusula, nombrada "*participación del concesionario*", previó la siguiente fórmula para determinar el valor de participación al que tendría derecho SI99: *"ROT_K=(1-$DctoC_{F1}$) x C_K x Km_K"*. Las expresiones de la fórmula involucraron los siguientes conceptos: *(i)* valor de participación (ROT) que tendría derecho a recibir SI99 (K); *(ii)* costo por kilómetro licitado ajustado por el delta del operador (C_K); *(iii)* kilómetros en servicio netos de desincentivos por el operador (Km_k); y *(iv)* valor de descuento sobre "C_K" ($DctoC_{F1}$). Esta última expresión varió con la Resolución 589 de 2017 así:[256]

Cláusula 18 del otrosí del 21 de junio de 2013	**Resolutivo 2º de la Resolución 589 de 2017**
$DctoC_{F1}$ = valor de descuento sobre C_k, calculado en función del kilometraje promedio mensual en servicio por recorrido por vehículo **aplicando la siguiente formulación:** […]	$DctoC_{F1}$ = **valor de descuento sobre C_k, el cual será del 19%.**

Documento generado con copia de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

Cláusula 18 del otrosí del 21 de junio de 2013	Resolutivo 2º de la Resolución 589 de 2017
a) Si $Km_{K(t-1)} < 6.300km$ || Entonces $DctoC_{F1} = 11,20\%$ b) Si $6.300 \leq Km_{K(t-1)} \leq 6.930km$ || Entonces  […] c) Si $Km_{K(t-1)} > 6.300km$ || Entonces $DctoC_{F1} = 12,7\%$	

315. Es de anotar que las probanzas aportadas demuestran que la metodología para determinar la tarifa del valor de descuento no se consagró en el acto que modificó unilateralmente al Contrato 001. Sin embargo, se comprobó que Transmilenio aplicó para el efecto una metodología denominada *"costo plus con margen"*. Esa metodología se consolidó a través de la siguiente fórmula:[257]

Fórmula costo plus con margen que se utilizó para definir el porcentaje de $DctoC_{F1}$
La variable "C+G" corresponde a los costos más gastos de operación reportados por SI 99, los cuales, en palabras de Transmilenio, son tomados de los estados financieros del concesionario. La variable "%ΔMtoR" corresponde a un delta de mantenimiento regular o rutinario, es decir, un mayor mantenimiento rutinario para el total de la flota y como consecuencia de la edad de la misma. La variable "ΔMtoMayor" corresponde a un delta de mantenimiento mayor para inversiones en seguridad y calidad de 164 vehículos que superaran los 1,2 millones de Km, durante la extensión del contrato. La variable "M" es un margen que se definió en el 9,9%, y que se aplica sobre las variables de "C+G" y "%ΔMtoR + ΔMtoMayor". A partir de lo indicado en los documentos del proceso y en la Resolución 691 de 2017, M corresponde al margen EBITDA. La variable "Km" corresponde a 80,000 Kilómetros que en promedio recorre un bus por año.

316. Nótese, entonces, que el reajuste del valor de descuento previsto en la cláusula 77 del Contrato 001 a una expresión fija del 19%, resultante de aplicar la metodología *costo plus con margen* (que definió un margen EBITDA de 9.9%), quedó consagrado en el contenido del acto administrativo contractual que modificó unilateralmente el Contrato 001 con fundamento en los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993, y respondió al objetivo de restablecer el equilibrio económico del contrato, a causa de la ampliación del plazo que también definió la Resolución 589.[258] Esa variación de la tarifa en el valor del descuento fue uno de los puntos que cuestionó SI99 con recurso de reposición, y que, a su turno, Transmilenio confirmó integralmente con Resolución 691 del 19 de diciembre de 2017. Con fundamento en lo anterior, en el resolutivo Décimo de dicho acto, Transmilenio señaló que **"[l]as nuevas condiciones establecidas mediante el presente acto**

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. - n2abogados.com

administrativo no afectan el equilibrio financiero del contrato ni modifican su esquema de asignación de riesgos." (Resaltado fuera del texto)

317. Ahora bien, la variación de la tarifa fue uno de los puntos que orientó la demanda de SI99 ante el Tribunal de Arbitramento. Sus pretensiones cuarta y decimocuarta (y subsidiarias) de la demanda reformada guiaron este reclamo al solicitar, respectivamente, *(i)* declarar que con la expedición y aplicación de las resoluciones de modificación unilateral se alteró el equilibrio económico del Contrato 001; y *(ii)* condenar a Transmilenio a pagar la suma correspondiente al restablecimiento del equilibrio económico del contrato que se vio alterado por la expedición y aplicación de las resoluciones de modificación unilateral.[259]

318. Transmilenio se opuso -vía excepciones de mérito- a las pretensiones antes señaladas. Al respecto, argumentó la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para conocerlas, a su juicio, por orientarse a cuestionar la ilegalidad de las Resoluciones 589 y 691 de 2017, con las que se modificó unilateralmente el contrato.[260] Sin embargo, el Tribunal declaró su competencia para conocer esos reparos en la primera audiencia de trámite del 19 de mayo de 2021. Esto, al estimar que: *(i)* SI99 no pretendió obtener pronunciamiento frente a la legalidad de esos actos administrativos contractuales; *(ii)* la intención de SI99 era solicitar la declaratoria del desequilibrio económico del Contrato 001; y, *(iii)* al ser esa la esencia del reclamo se advertía, en principio, que se encuadraba en lo dispuesto en el último inciso del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012.[261] Esa competencia fue ratificada por el Tribunal de Arbitramento en el laudo del 11 de julio de 2022 en el que, además de rememorar los motivos que ofreció en la referida audiencia, señaló en sus consideraciones que:

> "A juicio del Tribunal, en la defensa planteada por la Convocada se incurre en una petición de principio, vicio de razonamiento que, como se sabe, consiste en dar por demostrado lo que se quiere demostrar o, como lo define el Diccionario de la Real Academia, en poner por antecedente lo mismo que se quiere probar. Dicho de otra manera, **el hecho de que durante el proceso se hayan cuestionado, desde la perspectiva de lo técnico, los valores con los que se alimentó a la fórmula Costo Plus con Margen, no significa que se cuestione la legalidad de la misma**. Por el contrario, se parte de la plena validez de la fórmula, la cual, dicho sea de paso, no ha sido puesta en tela de juicio por la Convocante en esta sede arbitral. Cosa diferente es que, sin tocar la validez jurídica de la Resolución que incorpora la fórmula que sirve de base para determinar la remuneración del Concesionario, adoptada por TRANSMILENIO, los efectos económicos de la misma puedan trastornar el equilibrio financiero del Contrato, dependiendo de los valores que se les asignen a las distintas variables que aparecen en ella. De lo que se trata en la reclamación arbitral propuesta por SI99, sin entrar a cuestionar la legalidad de la Resolución mencionada, es demostrar que ello produjo en el Contrato un desequilibrio económico que no tiene por qué soportar el Concesionario.
>
> "Es en este sentido que han de entenderse formuladas la pretensión cuarta y su subsidiaria y la décima cuarta y sus subsidiarias de la demanda principal reformada, en cuanto hablan de la aplicación de las Resoluciones Nos. 589 y 691 de 2017 y de la indebida aplicación de la fórmula de remuneración para determinar el descuento tarifario.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

"El Tribunal tampoco encuentra determinante, en orden a la definición de su propia competencia, la circunstancia de que en varios de los hechos de la demanda principal reformada, en particular el identificado con el número 4.70, se mencione que la Resolución 589 de 2017 fue objeto de un recurso de reposición interpuesto por la Convocante en el que se presentaron cargos por ilegalidad contra dicho acto administrativo, tales como infringir disposiciones de la Ley 80 de 1993; de la Constitución Política y normas relativas al respeto del principio de igualdad; falta de motivación al modificar la manera de determinar el plazo contractual, pasándolo de kilómetros a meses; y falsa motivación por suponer que hubo negociación previa y al negar el evidente desequilibrio económico que el aumento del descuento en la tarifa le genera al concesionario. Es claro para el Tribunal que se trata, apenas, de una relación de los antecedentes de la controversia arbitral, que ocurrieron durante la actuación que materializó la modificación unilateral del Contrato de Concesión 001 de 2000. **El hecho de que durante esa actuación se hubiese planteado, legítimamente desde la óptica del Concesionario que estimaba afectados sus derechos, la ilegalidad de la Resolución 589 de 2017, para agotar la vía administrativa, no significa que en esta instancia arbitral se pretenda lo mismo**. Es más, como ya se señaló, proferida la Resolución 691 de 2017, confirmatoria de aquélla, el Concesionario no sólo acató lo resuelto por TRANSMILENIO, sino que se abstuvo de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para un control de legalidad de dichos actos administrativos, y optó por reclamar, ante el Juez del Contrato, el restablecimiento del equilibrio económico que, en su parecer, resultó alterado por la aplicación de la fórmula de remuneración adoptada en tales actos.

"**El objeto principal de la controversia puesta a consideración del Tribunal, se reitera, no es otro que el de determinar si la expedición, en ejercicio de la *potestas variandi*, del acto administrativo de modificación unilateral del Contrato de Concesión 001 de 2000 alteró -o no- la ecuación económica del mismo y, en caso afirmativo, de qué forma lo hizo**, en orden a definir si hay lugar a la aplicación del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado que señala, sin perjuicio de lo que sobre este tópico del debate luego se dirá, que *"si el desequilibrio se produce por circunstancias imputables o atribuibles a la administración pública contratante en ejercicio de una cláusula excepcional o en ejercicio de su imperium, será procedente no solo equilibrar el contrato en relación con los costos y gastos en que se haya incrementado la prestación, sino también indemnizar al contratista"*[164]; **es evidente e incuestionable que el alcance del Laudo, en la materia específica a la que se refiere el reparo de TRANSMILENIO, se contrae a las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales**, como lo dispone el inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, de modo que el Tribunal es competente para pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a su consideración.

"Habrá de insistir el Tribunal, entonces, en las razones que lo llevaron a declarar, en el marco de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, su competencia en la Primera Audiencia de Trámite, llevada a cabo el día 19 de mayo de 2021. En dicha oportunidad dijo lo siguiente: '*(...) el Tribunal no comparte la posición de la convocada según la cual la convocante, en su escrito de reforma de la demanda, pretende obtener un pronunciamiento del panel frente a la legalidad de los actos administrativos antes mencionados. Por el contrario, estima el Tribunal que, en los términos en que está estructurado el petitum, se encuentra acreditada la intención de SI 99 S.A. de solicitar la declaración del desequilibrio económico del Contrato de Concesión 001 de 2000, mediante la formulación de sus pretensiones tanto en la demanda inicial como en la reforma de la demanda. […] Así las cosas, teniendo en cuenta que lo que en esencia se reclama es, precisamente, el desequilibrio económico del Contrato en cita, la formulación de las pretensiones que aquí se comentan se encuadran, prima facie, en el postulado del último inciso del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012*'.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

"Contra esta decisión, la Convocada interpuso recurso de reposición solicitando su revocatoria con base en los mismos argumentos expuestos en la contestación de la demanda principal reformada, analizados y despachados desfavorablemente en la providencia recurrida, razón por la cual, el Tribunal la confirmó, reforzando su posición con un argumento expuesto por el representante del Ministerio Público, que acogió en los siguientes términos: *'(...) no se puede dejar de lado, como lo pone de presente el señor agente del Ministerio Público, lo expresamente señalado en el artículo 163 del CPACA, que como requisito de procedibilidad establece que* ***'Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión. (…) en el presente caso, no se advierte pretensión alguna de ese talante en el escrito de la reforma de la demanda,*** *que ahí sí haría indiscutible la ausencia de competencia del Tribunal para conocer sobre ésta' '* (destaca el Tribunal).

"Y así mismo, el Tribunal insiste y reitera su competencia para conocer de la controversia sometida a su consideración en materia de desequilibrio económico del Contrato, **porque el carácter eminentemente patrimonial de la misma lo habilita para ello**, como quiera que, conforme a lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia C-1436 de 2000, *'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 los 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 de lo contencioso administrativo, 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'*, línea jurisprudencial que ha sido acogida y reiterada por el Consejo de Estado; y es que como el objeto del presente litigio, según se advierte claramente en las pretensiones de la demanda principal reformada y se ha señalado antes con insistencia, está exclusivamente asociado a la aspiración de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato que se estima alterado como consecuencia del ejercicio de la potestad excepcional de modificación unilateral invocada por TRANSMILENIO, sin formulación de pretensiones contra la legalidad misma de las Resoluciones contentivas de tal ejercicio, el Tribunal es competente para conocer del asunto y pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda principal reformada.

"En esta línea argumentativa hay que decir que los cuestionamientos de SI99, aún en el proceso arbitral -en el dictamen de parte, por ejemplo-, a la metodología y valores considerados por TRANSMILENIO para la estructuración de la fórmula y su aplicación en punto a determinar el monto de la remuneración del Concesionario, **apuntan a mostrar razones que contribuyen a generar el desequilibrio que reclama la Convocante, sin atacar la legalidad misma de la Resolución 589, ni la de su confirmatoria**.

"Por lo expuesto, esta excepción de 'FALTA DE COMPETENCIA (…)' no prosperará". [262]

319. A partir de estas consideraciones, el Laudo arbitral se sostuvo en los siguientes argumentos:

(i) que no se cuestionó la validez de la fórmula *costo plus con margen*, pues SI99 no la refutó en sede arbitral. El debate radicó en los efectos frente al equilibrio económico del Contrato 001, producto de aplicar la formula en

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

función de los valores asignados a las distintas expresiones que la conformaron.

(ii) SI99 acató lo resuelto por Transmilenio y por ello no cuestionó la legalidad del acto de modificación unilateral ante la jurisdicción contenciosa administrativa. En cambio, SI99 optó por reclamar el restablecimiento del equilibrio económico en sede arbitral, que adujo alterarse al aplicar la fórmula de remuneración.

(iii) Que el objeto del pleito se circunscribió a las consecuencias económicas del acto de modificación unilateral, asunto frente al cual el Tribunal de Arbitramento podía pronunciarse según el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012.

(iv) Máxime que, al ser la controversia un asunto de carácter eminentemente patrimonial, el Tribunal podía conocerla conforme a la Sentencia C-1436 de 2000, pues el litigio no se asoció con la legalidad de la modificación unilateral.

(v) Por lo tanto, SI99 reprochó la metodología y valores que aplicó Transmilenio para estructurar la fórmula y su aplicación, con el objetivo de sustentar técnicamente el desequilibrio económico reclamado, y no para refutar la legalidad de las resoluciones 589 y 691 de 2017.

320. Esa posición dio paso a que el Tribunal de Arbitramento resolviera de fondo, en el Laudo del 11 de julio de 2022, la controversia sobre la variación en la tarifa del valor de descuento, para lo cual partió por recordar lo siguiente:

> "Como se expuso anteriormente, con ocasión de la modificación unilateral introducida al Contrato mediante la citada Resolución 589 de 2017, TRANSMILENIO cambió la remuneración del Concesionario al eliminar el concepto de tasa de remuneración del capital invertido, hacer cambios en los parámetros de la canasta de costos y, en particular, al incorporar al denominado ROT, factor de participación del Concesionario sobre la tarifa -vale decir, la compensación económica a favor del Concesionario-, un factor de descuento del 19% que, dice en su Resolución 691, se basa en los estados financieros reportados por SI99, además de reemplazar la rentabilidad anterior, por un nuevo concepto denominado EBITDA.
>
> "En consecuencia, corresponde determinar, con los referentes normativos y jurisprudenciales que se han reseñado, si la modificación unilateral dispuesta por TRANSMILENIO, en particular el factor de descuento del 19% en la fórmula de Costo Plus con Margen, efectivamente cubrió, durante el período de extensión de la vigencia del Contrato, en el que hubo continuidad en la prestación del servicio público, los costos y gastos ciertos del Concesionario y la utilidad a que razonablemente tenía derecho, reemplazada por el concepto de EBITDA, pues de no hacerlo, se habría configurado el desequilibrio económico alegado por SI99, cuyo restablecimiento se pretende con la demanda principal reformada instaurada por dicha sociedad.
>
> "Resalta el TRIBUNAL que en los dos dictámenes financieros obrantes en el plenario, los peritos coinciden en que la modificación unilateral realizada por TRANSMILENIO afectó económicamente al Concesionario. **Sin embargo, es claro que no le corresponde al Tribunal cuestionar, menos modificar, las variables y los cambios realizados por TRANSMILENIO en el ejercicio legítimo de su ius variandi, puesto que ello escapa al ámbito de lo reclamado en la demanda sobre la que decide e, incluso, al ámbito de su competencia. Lo que le corresponde estudiar y decidir al Tribunal es si el factor de**

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. : n2abogados.com

descuento asociado a la fórmula de Costo Plus con Margen, que disminuye en un porcentaje relevante la contraprestación a favor del Concesionario -la participación en la tarifa técnica-, efectivamente aseguró el cubrimiento cabal de los costos y gastos reales del Concesionario durante la operación vinculada al período de extensión de la vigencia del Contrato, y de la utilidad a que tenía legítimo derecho percibir en dicho período, por cuanto allí descansa la ecuación económica contractual que la ley protege desde la óptica de los derechos del Contratista, a la vez que funge como parámetro o límite de imperativa observancia para la Contratante desde la perspectiva del ejercicio, también legítimo, del *ius variandi*, a lo que ya se ha hecho referencia en esta providencia.

"**Insiste el Tribunal en señalar que TRANSMILENIO estaba facultada legalmente para revisar y, si lo consideraba procedente, modificar la tarifa como consecuencia de la extensión del plazo que incorporaba al Contrato, con un descuento que incluyera factores que de ser reconocidos pudieran generar una retribución injustificada de cara a la caracterización del período de extensión, pero dicho ejercicio tenía que asegurar el reconocimiento, en la fórmula que determinara el descuento, de los costos y gastos de la operación del Concesionario, así como de su utilidad, manteniendo el equilibrio de la ecuación negocial que hasta entonces imperaba. De no hacerlo, el Concesionario, vía el descuento, recibiría una compensación inferior a aquella a la que tenía derecho en un plano de mantenimiento del equilibrio prestacional alterado por razón de la modificación unilateral introducida por la Convocada.**

"Así mismo, de conformidad con lo previsto en el Contrato, considerando la versión modificada por el Otrosí del 21 de junio de 2013, debe tenerse en cuenta que la tarifa técnica y su utilización en la cláusula 77 para establecer la participación del Concesionario -remuneración- se determina sobre el kilometraje total recorrido por vehículo por mes (KmT), en consonancia con la definición incorporada por el otrosí en su cláusula primera *"Kilómetros en servicio"* como *"el número de kilómetros programados y efectivamente recorridos por el CONCESIONARIO para la prestación de servicio de transporte de pasajeros, conforme a los cuales se liquidan los pagos que corresponden a los concesionarios"*, disposición que no fue modificada por las Resoluciones 589 y 691 de 2017. No obstante, TRANSMILENIO, en la determinación del Factor de Descuento[219] y en la tarifa técnica mensual utilizó un número de kilómetros fijos, que no corresponde al parámetro de kilómetros efectivamente recorridos a que aludía la disposición contractual y que, en consecuencia, **tiene virtualidad para afectar el derecho del Concesionario a recibir realmente, durante el período de extensión, la tarifa adecuada dentro del propósito de mantenimiento del equilibrio prestacional.** Por ende, para determinar la afectación cierta, deben utilizarse los kilómetros efectivamente recorridos puesto que estos, y no los fijos determinados por TRANSMILENIO, son los que corresponden al concepto de tarifa y de tarifa licitada, llamados a servir de referentes relevantes en la configuración de la ecuación económica del contratista.

"Respecto del concepto de utilidad, protegido en los eventos de ejercicio de la potestad de modificación unilateral según lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado ya reseñada, ha advertido el Tribunal que dicho concepto estaba incorporado en el Contrato, según la versión modificada por el Otrosí del 21 de junio del 2013, en la denominada *"canasta operacional de costos"*[221] como *"REMUNERACION SOBRE CAPITAL INVERTIDO", "Tasa efectiva anual (%) sobre capital invertido (valor del vehículo nuevo)"* en 15%. Y que TRANSMILENIO decidió eliminar dicho concepto bajo la consideración de haberse depreciado las inversiones, y cambiarlo por un nuevo concepto, el del "EBITDA", que cuantitativamente estableció en un 9.9%. **En el proceso arbitral, el debate alrededor de este asunto se basa en establecer cuál es el EBITDA a cuyo reconocimiento tenía derecho SI99, en los términos señalados por la jurisprudencia del Consejo de Estado al proteger el derecho del contratista a la utilidad: el decidido unilateralmente por TRANSMILENIO, o uno diferente, como el propuesto por SI99**

Documento público tomado de la relatoría oficial (cortesconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

con base en el dictamen de parte que aportó en sustento de su reclamación, también admisible para el perito de oficio".[263]

321. Como se aprecia, el Tribunal revisó este punto, en términos generales, a partir de la aplicación de la fórmula *costo plus con margen* que definió Transmilenio. Particularmente, recabó en el EBITDA (utilidad antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones) que se fijó en 9.9% versus la prueba pericial que lo ubicó en un margen de 26.9% al calcularlo con base en los estados financieros de SI99 con corte a 2017. En efecto, frente al particular el Tribunal expuso:

"Para el Tribunal es claro que cuando el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 1º, establece que *"En los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán lo mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial"*, comprende el reconocimiento no sólo de los costos y gastos en que incurra el contratista en el desempeño de la actividad o servicio a su cargo, sino, también, el de la *"utilidad"* a que tiene derecho, por cuanto ésta hace parte de su ecuación económica, que debe preservarse ante el fenómeno del *"ius variandi"* **puesto que si bien es cierto que el Estado, en aras de la protección de la prestación del servicio público, puede en forma legítima modificar unilateralmente un contrato, también lo es que al hacerlo debe preservar los derechos económicos del contratista manteniendo el equilibrio financiero de la relación negocial**.

"Bajo este entendimiento, avalado -valga repetir- por la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha de considerarse que el reconocimiento que debe hacerse por parte de la Administración cuando utiliza el *"ius variandi"* se refiere a la utilidad esperable por el contratista -opción preferente frente a la utilización de una utilidad "de mercado"-, por lo que, en ese sentido, aquella se acompasa con la situación en que se encontraba antes de la incorporación de las modificaciones introducidas al Contrato -asumiendo circunstancias de normalidad en la ejecución-, **utilidad que en el caso bajo estudio fue cambiada por TRANSMILENIO por el concepto de EBITDA, que cuantitativamente definió para SI99 en un 9.9%, que no se aviene con el "real" del Concesionario, que los dos peritos -el de parte y el de oficio- ubican en un 26.9%, correspondiente al percibido por SI99 según sus estados financieros con corte a 2017**".[264]

322. A partir de estas consideraciones y con fundamento en la prueba pericial, se extrajo la diferencia entre los valores de descuento que se multiplicó por el C_K (costo por kilómetro licitado ajustado por el delta del operador), para definir la suma faltante al remunerar la tarifa de descuento, y ese resultado luego se multiplicó por el número de kilómetros pagados a SI99. Esto le permitió al Tribunal de Arbitramento constatar que no se cubrió integralmente la utilidad a la que tenía derecho SI99 como consecuencia de la modificación unilateral. De ahí que resolviera acceder a las pretensiones cuarta y decimocuarta que propuso SI99 con la demanda.[265]

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

323. En el análisis del recurso extraordinario de anulación, en su Sentencia del 14 de marzo de 2024, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado determinó que el Tribunal de Arbitramento *"sí desconoció el límite de sus facultades o potestades, puesto que, bajo la excusa de restablecer el equilibrio económico del contrato, reprochó la estructura de la fórmula de participación, aspecto que, como se dijo en párrafos precedentes, es inescindible del acto administrativo de modificación unilateral"*.[266] Esa posición sobre la inescindibilidad fue fruto de la unificación jurisprudencial que efectuó en la citada providencia, la cual versó frente a los alcances de la facultad que, conforme lo establecido en el inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, tienen los árbitros para conocer de los efectos económicos de un acto administrativo contractual expedido en ejercicio de las potestades excepcionales previstas en los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993. Al respecto, la Sala Plena señaló lo siguiente:

> "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.".[267]

324. La Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado fundamentó la referida unificación de su jurisprudencia en las siguientes razones:[268]

(i) La Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-1436 de 2000, que cuando se discutiera la validez del acto administrativo contractual expedido en ejercicio de potestades excepcionales, el asunto correspondía al juez contencioso administrativo, mientras que los árbitros sólo serían competentes si el litigio se limitaba a los efectos patrimoniales del acto.

(ii) El inciso final del artículo 1° de la Ley 1563 de 2012 ratificó que los árbitros pueden pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos contractuales expedidos en ejercicio de potestades excepcionales. Sin embargo, no autorizó a los árbitros para pronunciarse sobre la validez de tales actos. Únicamente dispuso que pueden resolver en derecho litigios surgidos con ocasión de la celebración, ejecución, interpretación y liquidación de los contratos estatales, siempre que la disputa no se conecte con la legalidad de dichos actos administrativos contractuales.

(iii) En coherencia con esa postura, el legislador profirió la Ley 1682 de 2013, que en su artículo 14.c estableció un límite a la competencia de los árbitros

Documento público emitido por la Jurisdicción Especial para la Paz. Prohibida su comercialización. Consulte términos de uso en www.jep.gov.co

para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las facultades excepcionales. Si bien esa ley se circunscribe a los contratos relacionados con la infraestructura de transporte, lo cierto es que cristaliza la voluntad del legislador orientada a que los árbitros no puedan conocer de la legalidad de tales actos contractuales.

(iv) El Consejo de Estado ha reiterado, en vigencia de la Ley 1563 de 2012, que los árbitros no pueden conocer de la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las potestades excepcionales a las que se refieren los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993 (para el efecto, citó la Sentencia del 13 de abril de 2015 proferida en el expediente 52.556 por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado). A su turno, la Corte Constitucional se ha inhibido de fallar demandas de inconstitucionalidad, frente al último inciso del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 y del artículo 14.c de la Ley 1682 de 2013, por considerar que la facultad de los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las cláusulas excepcionales no es una interpretación que se derive de manera obvia y evidente de esos contenidos normativos (para el efecto, citó las Sentencias C-457 de 2015 y C-045 de 2017).

(v) El Tribunal de Arbitramento únicamente podría analizar los efectos económicos derivados de la aplicación y ejecución del acto administrativo de modificación unilateral, como algo externo y posterior al mismo, pero no en lo tocante a la forma de restablecimiento económico que en él se ordena. Es decir, los árbitros pueden pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos en los que se ejerzan facultades excepcionales, siempre y cuando no implique desconocer o modificar las medidas de restablecimiento expresamente incluidas en ellos, que se toman en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Última disposición que establece que la entidad puede aplicar mecanismos y medidas de ajuste económico del contrato para mantener la equivalencia de las prestaciones entre los contratantes.

325. En consideración de esas razones que dieron sustento a la unificación de su jurisprudencia, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado partió por advertir, para el caso concreto, lo siguiente:

> "[L]a decisión de modificar unilateralmente un contrato se divide en dos partes: la primera, que altera el contenido de alguna de sus cláusulas, bien porque se amplía el plazo, se varía una obligación, se aumenta el precio, etc., y la segunda, que define la manera en la que se restablecerá la ecuación contractual, la cual pudo verse afectada por la decisión unilateral de la administración. Esto último, en virtud del multicitado artículo 14 de la Ley 80, según el cual en los actos administrativos en los que se ejerciten los poderes excepcionales al derecho común, se deberá proceder al reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas. Asimismo, se

Documento público tomado de la relatoría oficial (cortecconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio Nz Abogados. - nzabogados.com

deberán aplicar los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

"Por esta razón, se insiste en ello, el acto de modificación unilateral no solo se reduce a la decisión de mutar el clausulado del negocio jurídico, puesto que también abarca las determinaciones relacionadas con las compensaciones económicas. En tal sentido, estos efectos patrimoniales del acto son inescindibles al mismo, y no son externos o ajenos a él". [269]

326. Con esa aproximación, en la Sentencia del 14 de marzo de 2024 se declaró parcialmente fundado el recurso de anulación, por configurarse la causal 2ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en lo relativo a la falta de jurisdicción. Esto, al comprobar, a juicio de la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que el Tribunal de Arbitramento alteró diferentes variables de la fórmula de participación contenida en la Resolución 589 de 2017, lo cual condujo a que necesariamente se pronunciara sobre la legalidad del acto de modificación unilateral del Contrato estatal.

327. Así ocurrió, dijo, porque el Tribunal Arbitral cuestionó implícitamente la legalidad del acto al objetar los valores con los que se alimentó la formula, al punto que controvirtió una expresión fija contenida en el acto administrativo de modificación unilateral (19%). Por esa vía, señaló que el Tribunal coligió de manera implícita una falsa motivación *"en el sentido de que no era cierto que con la fórmula de participación se le reconocerían las utilidades y demás emolumentos a los que tenía derecho el concesionario, y que tampoco era cierto que, como lo planteaba el artículo décimo de la Resolución 589, dicho acto no afectó la economía del contrato"*. [270] Y dado que este asunto, dijo, era ajeno al conocimiento del Tribunal de Arbitramento, resolvió anular integralmente los resolutivos del Laudo del 11 de julio de 2022 que accedieron a las pretensiones cuarta y décimo cuarta de la demanda arbitral.

328. En suma, lo expuesto revela que el panorama de discusión se sitúa en la modificación unilateral del Contrato 001 que hizo Transmilenio al ejercer una potestad excepcional al amparo de los artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993, concretada en la Resolución 589 de 2017 y confirmada en la Resolución 691 de 2017. Esa modificación se proyectó sobre los siguientes dos componentes: *(i)* la extensión del plazo del Contrato 001, ante la necesidad identificada por la contratante de evitar la parálisis y afectación grave del servicio público de transporte; y, *(ii)* el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato 001, mediante la definición de las condiciones de remuneración de SI99 con ocasión de la extensión del plazo contractual. En este último componente se concretó la controversia, de cara a la tarifa del 19% que fue incluida en la fórmula para determinar la remuneración de SI99 y que quedó consignada en el acto administrativo de modificación unilateral. El Laudo del 11 de julio de 2022 resolvió este asunto con la prueba pericial, que cotejó el EBITDA del 9.9% que determinó Transmilenio con el margen del 26.9% derivado de los estados financieros de SI99 con corte a 2017, y arrojó un faltante por concepto de utilidad

Documento público tomado de Gaceta oficial (corteconstitucional.gov.co). Ver esta publicación en Estudio N2 Abogados - Zabogados.com

que debía percibir SI99 como medida de restablecimiento económico del contrato, razón para tener acreditado el desequilibrio alegado.

329. El Pleno de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado consideró, en Sentencia del 14 de marzo de 2024, que ese análisis estaba vedado al Tribunal de Arbitramento, al sostener que el acto de modificación unilateral abarcó la definición del restablecimiento de la ecuación económica del contrato, materia inescindible a su contenido, de modo que el Tribunal desconoció su competencia al reprochar la estructura de la fórmula prevista para remunerar a SI99.

330. Respaldó esa deducción en la unificación jurisprudencial que introdujo en la citada providencia, y que de una vez aplicó para resolver el caso concreto, según la cual las medidas de reconocimiento, pago de compensaciones e indemnizaciones y aplicación de mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales son inescindibles al ejercicio de las facultades dispuestas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Luego, dijo, es a la jurisdicción contenciosa administrativa a la que le compete conocer de las controversias en torno a tales materias, por involucrar un juicio de legalidad y validez sobre esos actos contractuales, y no solo sobre sus efectos económicos.

8.2. La providencia judicial cuestionada incurrió en un defecto sustantivo

331. La Corte considera que le asiste razón a la parte accionante cuando acusó que la Sentencia del 14 de marzo de 2024 incurrió en un defecto sustantivo. La providencia propuso una regla de inescindibilidad entre los efectos económicos y la legalidad del acto contractual, para sostener que los árbitros conocerían lo último al revisar lo primero, que se sustentó en una decisión que revisó la constitucionalidad de dos disposiciones ya derogadas y sin considerar la interpretación sistemática del contexto normativo y jurisprudencial actual. Como consecuencia, se efectuó una interpretación del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 desligada tanto de la Constitución como de su lenguaje natural. Aquello terminó por repercutir en la vulneración de los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia de SI99, al resolverse el recurso de anulación contra el Laudo del 11 de julio de 2022.

332. En este fallo se explicó que uno de los límites constitucionales previstos en el artículo 116 de la Constitución Política a la función de administrar justicia a través del arbitraje radica en su sujeción a los términos que señale la ley,[271] de modo que a ella le corresponde definir tanto los asuntos y materias pasibles del conocimiento de los árbitros como los límites en los que están habilitados para administrar justicia, aproximación que se proyecta en asuntos de particular relevancia como el diseño de las reglas del arbitraje y la definición de las materias arbitrables.[272] Ese diferimiento que hace el artículo 116 de la Constitución a la ley dota de protagonismo al criterio de arbitrabilidad objetiva que introdujo el

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

artículo 6º de la Ley estatutaria 1285 de 2009, y que replicó el artículo 8º de la Ley estatutaria 2430 de 2024, e implica, a su turno, remitirse al contenido de la Ley 1563 de 2012, por ser la que regula integralmente la materia del arbitraje en la actualidad.

333. El primer inciso del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 revela dos criterios habilitantes de las controversias que pueden conocer los árbitros en general: los asuntos de libre disposición y/o los asuntos que la ley autorice. Al tiempo, el último inciso del citado artículo admite la habilitación de los árbitros para conocer, en particular, controversias en donde intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas relativas a 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"*.

334. En tales contornos de discusión, la ley solo fija un límite para el arbitraje de carácter procedimental: el laudo debe proferirse en derecho. De lo anterior se sigue que, en desarrollo del artículo 116 de la Constitución Política, la ley consagró una autorización expresa para que los árbitros puedan pronunciarse sobre diversos asuntos propios de la contratación estatal, dentro de los cuales quedaron incluidos los efectos económicos de los actos administrativos contractuales dictados en ejercicio de potestades excepcionales, es decir, aquellos dictados al amparo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. En lo que resulta pertinente, parte del contenido de esa disposición señala lo siguiente:

> "**Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:
>
> "1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, **con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación**, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, **introducir modificaciones a lo contratado** y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.
>
> "**En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial**.
>
> […]
>
> "2o. **Pactaran las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales,** de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado,

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. […]".[273]

335. Como puede verse, el inciso primero del artículo 14.1 de la Ley 80 de 1993 ilustra que el ejercicio de las potestades excepcionales se circunscribe al exclusivo objetivo de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a cargo de las entidades estatales, y asegurar su inmediata, continua y adecuada prestación, escenarios ante los cuales las entidades contratantes pueden ejercer, entre otras cláusulas excepcionales al derecho común, la caducidad, la reversión y la terminación, interpretación y modificación unilaterales. El segundo inciso del citado artículo 14.1 denota, así mismo, que al ejercicio de tales potestades le sobreviene una correlativa consecuencia de índole económico, que se orienta por la finalidad de mantener la ecuación o el equilibrio contractual: *"procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar"*.

336. La Corte Constitucional entiende que esa consecuencia forma parte de la autorización que la Ley 1563 de 2012 dispuso, al incluir en su artículo 1º a *"las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales"* como asuntos susceptibles de ser arbitrados. Esto es del caso, porque ese contenido normativo alude precisamente a las facultades excepcionales de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, disposición que relaciona cuáles son y determina las consecuencias económicas que siguen de su ejercicio.

337. Cuando la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado asumió el conocimiento del recurso extraordinario de anulación contra el Laudo proferido el 11 de julio de 2022, lo hizo para *"unificar su jurisprudencia respecto de cuáles son los alcances de la potestad que, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, tienen los árbitros, en presencia de un acto administrativo contractual en el que se ejercen facultades excepcionales"*.[274] Pero ocurre que en procura de ese objetivo, la Sentencia del 14 de marzo de 2024 fijó una regla que trastocó la autorización que el legislador dispuso, conforme al artículo 116 de la Constitución, para conocer los efectos económicos de tales actos contractuales. Así se evidencia con el tenor literal de la regla, cuando sostuvo lo siguiente:

"**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

Documento protegido por derechos de autor. Prohibida su reproducción para fines comerciales sin autorización expresa.

cualquier controversia en torno a ellas deberá surtirse a través de la correspondiente impugnación judicial ante esta jurisdicción especializada.”.[275]

338. La regla de unificación del Pleno de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no se ocupó de establecer, como lo anunció al asumir el asunto, el alcance de la potestad que el legislador confirió a los árbitros para pronunciarse en estos contextos. A cambio de ello, la regla limitó la habilitación legal para conocer sobre esos asuntos, al entender que las consecuencias económicas derivadas de ejercer las facultades excepcionales, en tanto inescindibles a los actos con los que se ejercen, comprometen un juicio de legalidad sobre ellos. Una aproximación en ese sentido se aleja de lo que insistentemente se ha reseñado en esta decisión: si la propia Constitución Política le atribuye a la ley la definición de las materias y límites del arbitramento, y en la Ley 1563 de 2012 se prevé que los árbitros están habilitados para pronunciarse sobre las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades o facultades excepcionales, con el único límite de que tal pronunciamiento deberá hacerse a través de un laudo en derecho, es claro que una regla de unificación que restrinja esa autorización o, si se quiere, que le agregue una limitante no prevista en la ley, resulta de una interpretación contraevidente con la intención y la voluntad que definió el legislador. Por esa vía, la regla introducida en la sentencia tutelada terminó por privar de efectos al artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, en relación con la posibilidad de que los árbitros se pronuncien sobre los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades excepcionales, porque, como se vio antes, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 exige a las entidades estatales adoptar las medidas de restablecimiento que correspondan luego de ejercer una potestad excepcional.

339. Ahora, con base en el razonamiento de la Sección Tercera que fue expuesto en esta providencia, cabe señalar que las partes no rivalizan el hecho de que la Sentencia C-1436 de 2000 se pronunciara acerca de dos contenidos normativos hoy derogados. En contraste, el punto de disenso radica en si lo considerado en esa decisión podía extenderse al ámbito del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 de la manera en que lo hizo la Sentencia del 14 de marzo de 2024 o si, por el contrario, tal proceder desatendió el marco normativo actual del arbitraje.

340. Recuérdese que la Corte Constitucional ha reconocido que la definición de las materias arbitrables es un asunto que, en virtud del artículo 116 de la Constitución, le compete determinar al legislador.[276] En efecto, se ha entendido que aun cuando *“las partes pueden acordar el tipo de controversias que someten a dicha modalidad especial de justicia, las áreas o asignaturas sobre las cuales cabe dicha habilitación se encuentran sujetas a lo disponga el legislador”*,[277] y que *“frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes”*.[278] De ello se sigue

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados · n2abogados.com

que un asunto inicialmente excluido del arbitramento puede a la postre formar parte de las materias susceptibles de arbitrarse, si así lo establece el legislador, lo cual dependerá del criterio de arbitrabilidad objetiva aplicable y hace sentido al considerar que el artículo 116 Constitucional autoriza al arbitraje en "los términos que determine la ley".

341. Por lo mismo, las materias arbitrables deben consultar el proceso evolutivo de la legislación, en tanto el legislador puede resolver tanto excluir algunas materias del régimen de habilitación arbitral como ampliar su aplicación a otras áreas de controversia.[279] Así lo ilustran las regulaciones introducidas por la Ley 270 de 1996, la Ley 446 de 1998, la Ley 1285 de 2009, la Ley 2430 de 2024 y, de manera especial, por la Ley 1563 de 2012.

342. Los asuntos o controversias transigibles se tuvieron como límite material al arbitraje en la versión inicial de la Ley 270 de 1996 y con la Ley 446 de 1998, de modo que todo asunto carente de tal condición se entendió excluido del conocimiento de los árbitros; sin embargo, ese criterio se revaluó con la Ley estatutaria 1285 de 2009, que conforme a lo previsto en el artículo 116 de la Constitución acogió una fórmula que faculta al legislador para definir los asuntos pasibles de arbitrarse,[280] lo que en la actualidad deriva en los dos límites que prevé la Ley 1563 de 2012, a saber: *(i)* la libre disponibilidad del asunto o *(ii)* la autorización legal para su conocimiento.

343. El anotado panorama tiene implicaciones relevantes, pues denota el enfoque del razonamiento dado en la Sentencia C-1436 de 2000. En líneas previas de este fallo se mostró que la citada decisión de la Corte desarrolló su análisis con base en el criterio de arbitrabilidad objetiva inserto en el otrora artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que limitaba el conocimiento de los árbitros a los asuntos transigibles, y al cual también aludía la versión inicial del artículo 13.3 de la Ley 270 de 1996, y que fue a partir de ese criterio que se entendió que la legalidad de los actos administrativos era una cuestión no arbitrable, por relacionarse con el orden público que es indisponible.[281]

344. A la par, se explicó que esa decisión se pronunció sobre la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, que regularon la posibilidad de pactar la cláusula compromisoria y/o compromiso para someter a decisión de los árbitros las diferencias surgidas por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación,[282] y que fue ante esos contenidos normativos que la Corte concluyó su exequibilidad condicionada bajo el entendido de 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*

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales".[283]

345. Igualmente, se puso de presente que la Ley 1563 de 2012 concatenó la regulación del arbitraje en general, y de la contratación estatal en particular, de modo que los conceptos de compromiso y cláusula compromisoria, que en su momento suscitaron el pronunciamiento de la Sentencia C-1436 de 2000, quedaron agrupados en el artículo 3º de la referida ley del 2012 bajo el género pacto arbitral, mientras que su artículo 1º, como lo ilustra su título, se ocupó de asuntos distintos, relacionados con la definición del arbitraje, sus modalidades y principios.

346. Así mismo, no resulta una cuestión menor lo que también se expuso con respecto a la Sentencia SU-174 de 2007, que se ocupó de interpretar el alcance de la Sentencia C-1436 de 2000 para distinguir el objeto de la discusión en términos del control de legalidad de los actos administrativos contractuales y las disputas económicas surgidas con motivo de esos actos y, por esa vía, aclarar que el último de estos escenarios sí era pasible del conocimiento de los árbitros.[284] Esa distinción, por demás, vino a hacerse explícita en el último inciso del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, cuando se incluyeron *"las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales"* dentro de los asuntos pasibles de arbitrarse.

347. La Sentencia del 14 de marzo de 2024 debió haber considerado todo este escenario, máxime porque, a diferencia de lo afirmado por la parte accionada y una de las vinculadas, el contexto normativo sí ha presentado variaciones. A día de hoy no puede sostenerse que solo las controversias que versen sobre asuntos transigibles son las únicas arbitrables, pues de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 116 de la Constitución, también se prevé esta posibilidad ante las que involucren asuntos autorizados por la ley.

348. Si el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 autoriza a los árbitros para pronunciarse sobre las consecuencias económicas derivadas de los actos administrativos que se dictan en ejercicio de facultades excepcionales, resulta impreciso restringir esa autorización con apego en la Sentencia C-1436 de 2000, que condicionó la exequibilidad de dos contenidos normativos distintos y ya derogados, y a partir del límite material al arbitraje vigente para esa época, esto es, solo los asuntos de carácter transigible. Dicho de otra forma, el criterio seguido en la decisión contenida en la Sentencia C-1436 de 2000 proferida por la Corte Constitucional ya no es aplicable en el contexto normativo actual.

349. Ahora, la Corte estima que el argumento sobre la restricción prevista en el artículo 14.c de la Ley 1682 de 2013 no tributa a dar sustento a la regla que definió la Sentencia del 14 de marzo de 2024. En primer lugar, y como ya se expuso, porque la autorización que expresa la Ley 1563 de 2012 puede involucrar a un asunto que no necesariamente sea disponible. En esa medida, la remisión a la

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

disposición contenida en la Ley 1682 de 2013, como apoyo argumentativo de la prohibición para conocer de la legalidad de actos administrativos dictados en ejercicio de facultades excepcionales, en nada resta certitud al hecho constatable de que el legislador autorizó a los árbitros para conocer, precisamente, de las consecuencias económicas de tales actos.

350. En segundo lugar, porque tal argumento denota una aproximación errada al contenido de la Ley 1682 de 2013 y, por lo mismo, revela que la regla de unificación se basó en una norma que no se adecuaba a la situación fáctica objeto de la controversia. Como se expuso en esta decisión,[285] en el ámbito de la contratación estatal actualmente existen los siguientes límites materiales al arbitraje definidos directamente por el legislador, a saber: *(i)* la restricción del artículo 91 de la Ley 418 de 1997, frente a la caducidad declarada ante ciertas conductas relacionados con grupos al margen de la ley; y, *(ii)* la restricción en materia de infraestructura de transporte que prevé el artículo 14.c de la Ley 1682 de 2013, para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales.

351. Estas restricciones, como puede apreciarse, constituyen límites expresos para la justicia arbitral que el legislador definió en determinados asuntos. Si el legislador hubiera querido cristalizar su voluntad de prohibir en general el conocimiento del asunto acá tratado, así lo hubiera hecho en la regulación que abarca de manera integral al arbitramento, esto es, en la Ley 1563 de 2012, y no se habría limitado a establecer la prohibición en normas que regulan materias específicas, como ocurre con el artículo 14.c de la Ley 1682 de 2013. Por ende, lo que se determina en una norma particular en materia de infraestructura de transporte no puede servir de fundamento para estructurar una excepción general en materia de arbitraje.

352. La limitación sectorial de la Ley 1682 de 2013 queda claro al observar sus antecedentes legislativos. La exposición de motivos muestra que *"no es una ley que regule la infraestructura en general, sino a la infraestructura del transporte; en consecuencia, no es aplicable la provisión de infraestructura en otros sectores, como tampoco el régimen de competencias del sector de infraestructura de transporte"*.[286] En ese contexto surgió la restricción del hoy artículo 14, cuya versión inicial planteó *"incluir la conformación de un Tribunal Técnico y Financiero de máximo 3 integrantes, que resuelva, con efecto vinculante, las disputas técnicas y financieras siempre que no versen sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales"*.[287] Esa versión se modificó en el curso del trámite legislativo, hasta llegar a la redacción actual que integra al literal "c" del artículo 14.[288] Al debatir esa modificación, se recordó de nuevo el alcance del proyecto que daría lugar a la Ley 1682 de 2013 así:

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

> "[E]ste proyecto de ley es única y exclusivamente para la infraestructura del transporte, no comprende el sector eléctrico, no comprende el tema de vivienda, no comprende el tema de minas, no regula el transporte, no es tampoco una ley de competencias entre las entidades nacionales y las entidades territoriales, tampoco resuelve todos los problemas que tiene el desarrollo de los proyectos de infraestructura en Colombia, por lo tanto hay que dejar claro que este proyecto de ley es única y exclusivamente para los proyectos de infraestructura de transporte".[289]

353. Lo anterior permite a la Corte ratificar la falencia argumentativa en la que se apoyó la regla de unificación que planteó la sentencia cuestionada. Resulta evidente que la voluntad cristalizada por el legislador en la Ley 1682 de 2013 no cobija de forma omnicomprensiva al arbitraje en la contratación estatal, pues en cuanto a este tópico la citada ley solo abarca una arista puntual, como es el límite material a arbitrar la legalidad de los actos administrativos contractuales dictados en ejercicio de potestades excepcionales, en un contexto preciso y específico, a saber: los asuntos relacionados con el sector de infraestructura en transporte. Así, de manera independiente al análisis de constitucionalidad de dicha norma, lo cual no corresponde al objeto de la presente decisión, se confirma que el artículo 14.c de la Ley 1682 de 2013 contempla una excepción aplicable a un sector específico, que no puede trasladarse a la regulación general del arbitraje ni operar como sustento para justificar una excepción general en la arbitrabilidad de la contratación estatal.

354. En consecuencia, nótese que lo reprochable del sustento de la regla de unificación radica en que se hayan agregado los efectos económicos del acto administrativo dentro del contorno de su legalidad para, por esa vía, indicar que los árbitros no pueden conocer de esos asuntos. Aquella fundamentación contraría lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, cuyo inciso final prevé que esas materias son, en efecto, susceptibles de ser arbitradas. También desconoce que la jurisprudencia de esta Corte y del Consejo de Estado ha sido consecuente en aceptar la arbitrabilidad de los efectos económicos de esos actos administrativos. [290]

355. Así las cosas, el análisis hasta acá surtido comprueba el defecto sustantivo que la parte accionante acusó frente a la Sentencia del 14 de marzo de 2024. Esa decisión propuso una regla de unificación cuyo fundamento radicó en una interpretación manifiestamente contraevidente del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 y sin atender el contexto normativo actual, incluido el artículo 116 de la Constitución. Dicha regla, como se verá en lo sucesivo, se aplicó de forma irrazonable al dirimir el recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral. No se consideró que la controversia arbitral involucró al cálculo del margen de EBITDA, el cual fue un asunto que la Resolución 589 de 2017 no fijó de forma expresa, y que la ejecución del contrato ya había culminado, luego el laudo no tenía la virtualidad de afectar el ejercicio de la potestad excepcional de modificación unilateral.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

356. Como quedó visto al inicio de este título, el Tribunal de Arbitramento se centró en verificar el desequilibrio económico del Contrato 001, es decir, en revisar el mecanismo de reajuste del valor de descuento para preservar la ecuación económica del contrato ante el ejercicio de la modificación unilateral. Para el efecto, adelantó una valoración probatoria de los factores económicos,[291] a saber, el análisis de la prueba pericial que cotejó la aplicación de la fórmula con el dato fijo del EBITDA del 9.9% que determinó Transmilenio, versus el margen EBITDA del 26.9% derivado de los estados financieros de SI99 con corte a 2017. Fue esa valoración probatoria de las cargas y prestaciones correlativas entre SI99 y Transmilenio lo que condujo a determinar un valor faltante por concepto de utilidad, que debía percibir SI99 como medida de restablecimiento económico del contrato.

357. Esto explica por qué el Tribunal de Arbitramento consideró que podía pronunciarse sobre el asunto, al estar dicha controversia prevista en el último inciso del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012.[292] Máxime que, como lo expuso en su laudo del 11 de julio de 2022, se comprobó que SI99 acató el contenido del acto de modificación unilateral, pues no cuestionó la validez de la fórmula de remuneración, sino que objetó los valores y la metodología *costo plus con margen* que aplicó Transmilenio para estructurarla y aplicarla, con el propósito de sustentar el desequilibrio económico reclamado a causa de haber dejado de percibir la utilidad a la que consideraba tener derecho.[293] Por lo demás, aquel reparo se promovió en sede arbitral luego de terminado el Contrato 001. De ahí que el análisis surtido por el Tribunal no tuviera la virtualidad de afectar la presunción de legalidad del acto con el cual se ejerció la facultad excepcional.

358. La solución que planteó la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en su sentencia del 14 de marzo de 2024 pasó por señalar que el panel arbitral coligió implícitamente una falsa motivación del acto que modificó unilateralmente el Contrato 001, porque reprochó un aspecto inescindible al acto de modificación unilateral. Pero resulta que dicha aproximación omitió que este tipo de disputa es arbitrable, según el último inciso del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012. Ciertamente, cuando se anotó la incompetencia del tribunal convocado para dirimir las disputas surgidas con ocasión del contrato, porque su análisis consultó la aplicación de la fórmula de participación que se estructuró para restablecer el equilibrio económico a causa de la ampliación del plazo que se determinó en la Resolución 589 de 2017, no se tuvo en cuenta que aquello involucró un asunto relacionado con las consecuencias económicas del acto administrativo, en los términos del inciso segundo del artículo 14.1 de la Ley 80 de 1993. De ahí que con la decisión acá cuestionada se suprimiera todo efecto útil del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 en el caso concreto.

359. Por consiguiente, cuando la Sentencia del 14 de marzo de 2024 estimó fundada la causal de anulación por falta de jurisdicción prevista en el artículo 41.2

Documento allegado como prueba a la plataforma digital (archivo escaneado) de esta Corporación. Restricción de uso y reproducción.

de la Ley 1563 de 2012, omitió que la controversia involucró una consecuencia económica de la modificación unilateral del Contrato 001. Ello fue consecuencia directa de aplicar una regla de unificación que, como se explicó anteriormente, se fundó en una interpretación irrazonable del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 y alienada del contexto normativo actual. Por esa vía, la providencia judicial tutelada incurrió en un defecto sustantivo que terminó por vulnerar los derechos al acceso a la administración de justicia y debido proceso de SI99.

8.3. La providencia judicial cuestionada incurrió en un defecto por desconocimiento del precedente judicial

360. SI99 sostiene que la Sentencia del 14 de marzo de 2024 desconoció el precedente en materia de arbitrabilidad objetiva establecido en la Sentencia SU-174 de 2007 de la Corte Constitucional y con fundamento en ella, en la jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, especialmente el relacionado en las Sentencias del 10 de junio de 2009 y del 8 de noviembre de 2012.[294] A su juicio, la providencia tutelada adoptó una interpretación contraria a la jurisprudencia al deducir que *"reclamar los daños ocasionados por los efectos económicos del acto administrativo era tanto como cuestionar su validez"*.[295]

361. Recuérdese que el estudio de este reproche impone al juez de tutela revisar los siguientes criterios: la identificación del precedente, su observancia o, en su defecto, el sustento brindado para apartarse de aquel.[296] Por ello, en lo sucesivo la Corte abordará *(i)* la identificación del precedente que se alega desconocido en la sentencia atacada; y *(ii)* las consideraciones de la sentencia del 14 de marzo de 2024 en lo atinente al precedente identificado, especialmente en lo relativo a su observancia o apartamiento justificado. A partir de lo anterior, se ofrecerá *(iii)* la conclusión sobre el desconocimiento del precedente judicial en la sentencia objeto de análisis.

362. En esta decisión se puso de presente cómo la comprensión de la arbitrabilidad objetiva en la contratación estatal, y particularmente de los actos administrativos contractuales, ha evolucionado gracias al desarrollo normativo y a la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Por consiguiente, para identificar el precedente se reseñará la *ratio decidendi* de cada una de las sentencias identificadas como desconocidas por la accionante. Ya se explicó previamente que la Corte determinó, en la Sentencia C-1436 de 2000, que los árbitros tenían vedado pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales dictados en ejercicio de facultades excepcionales y que, sin embargo, esta misma Corte precisó el alcance de esa decisión en la Sentencia SU-174 de 2007. Como atrás se vio,[297] en esa oportunidad se analizó si ocurrió un defecto orgánico en el laudo arbitral que resolvió la controversia

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

contractual, derivado de un eventual pronunciamiento de los árbitros sobre la legalidad del acto de liquidación unilateral del contrato. Para resolver la controversia, la Corte identificó la existencia de una distinción *"entre el control de 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'"*.[298]

363. Desde esa óptica, la Corte indicó que *"[e]s 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"*.[299] En consecuencia, la regla de decisión planteada se centró en distinguir el objeto de la discusión en términos del control de legalidad de los actos administrativos contractuales y las disputas económicas surgidas con motivo de ellos. A partir de ahí, se aclaró que los árbitros podían pronunciarse ante controversias económicas derivadas de un acto administrativo contractual.

364. El Consejo de Estado consolidó su jurisprudencia en consonancia con esa postura.[300] Tal proceder en esta materia, como se demostró en este fallo, puede rastrearse desde la expedición de la Ley Estatutaria 1285 de 2009 -que se fundó en lo dispuesto en el inciso final del artículo 116 de la Constitución- y hasta la actualidad con el avance que de ese parámetro hizo la Ley 1563 de 2012.[301] Ciertamente, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado vino a ratificar, con fundamento en aquel marco normativo, que la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados al amparo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 radica en que ellos pueden conocer de sus efectos económicos, para lo cual es útil diferenciar el análisis que se realiza al controlar su legalidad y al evaluar las disputas económicas que se derivan de dichos actos. Dentro de ese desarrollo jurisprudencial se destaca la Sentencia del 10 de junio de 2009 de la Sección Tercera del Consejo de Estado que, al resolver un recurso de anulación de laudo arbitral, planteó una distinción entre los actos administrativos que ejercen las facultades excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y los otros actos administrativos que, aunque no se incluyen en el citado artículo, también ejercen el poder unilateral de la administración. En esa línea, modificó la jurisprudencia que venía sosteniendo hasta entonces y en su lugar estableció:

"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

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. - n2abogados.com

de los poderes excepcionales (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**". [302]

365. Esa distinción permitió establecer que los árbitros no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos expedidos en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pero sí pueden estudiar y decidir las controversias que surjan con motivo de sus efectos económicos. En cambio, respecto del ejercicio de otro tipo de facultades no previstas en el citado artículo 14, señaló que los árbitros pueden pronunciarse tanto sobre la legalidad como sobre sus efectos económicos. Este criterio se ha reiterado de manera uniforme en múltiples ocasiones por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.[303] La Sentencia del 8 de noviembre de 2012, invocada por la sociedad accionante, es un ejemplo de aquello. Allí se indicó, que la limitante para pronunciarse frente a los actos administrativos contractuales radica en *"los descritos en el artículo 14 de la ley 80 de 1993; y cualquier otro acto administrativo contractual sí puede ser materia de pronunciamiento por un Tribunal de Arbitramento"*,[304] sin que para entonces se hubiese previsto otra limitación en la competencia de los árbitros.

366. La anotada postura, como también se expuso en este fallo, se continuó afianzando en vigencia de la Ley 1563 de 2012.[305] Así se demostró con el recuento de las Sentencias proferidas por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 18 de abril de 2013,[306] el 3 de septiembre de 2015,[307] el 10 de noviembre de 2017,[308] el 1 de agosto[309] y 31 de octubre de 2016,[310] el 26 de julio[311] y 17 de septiembre de 2021.[312] Ciertamente, pudo establecerse que las decisiones en cita fueron consecuentes en señalar la regla de decisión que hoy impera en la jurisprudencia del Consejo de Estado y que, por delimitar las materias sobre las que conforme al artículo 116 de la Constitución existe jurisdicción de los árbitros para conocer de los asuntos relativos a los actos administrativos en el marco de controversias al interior de los contratos estatales, constituye el parámetro vigente hasta la sentencia cuestionada y relevante para el caso concreto. Conforme a dicho parámetro, *(i)* los árbitros pueden pronunciarse respecto de los efectos económicos de todos los actos administrativos contractuales, incluyendo aquellos que se expiden en ejercicio de las facultades excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. - n2abogados.com

también pueden conocer de la legalidad de los actos diferentes a los derivados del citado artículo 14; y *(ii)* sobre los actos administrativos expedidos en ejercicio de las facultades excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, los árbitros hasta ahora tienen vedado únicamente el pronunciamiento sobre la legalidad o la validez de los mismos.

367. Vale señalar en este punto que tanto en la providencia judicial tutelada,[313] como en el informe rendido por la parte accionada en este trámite,[314] se reseñaron dos decisiones inhibitorias de la Corte, en sede de control abstracto de constitucionalidad, para sustentar que el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 no autoriza a los árbitros para conocer la legalidad de los actos administrativos previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Las decisiones surgieron ante dos demandas independientes que proponían que el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 habilitaba a los árbitros para conocer la legalidad de los actos dictados en ejercicio de facultades excepcionales. Aunque esa lectura no se tuvo como apta, al considerarse que del citado artículo 1º no surgía una proposición verificable que revelase una habilitación a los árbitros en el sentido propuesto, de ello no se sigue que esas decisiones integren el parámetro para el identificar el precedente aplicable. La razón se debe a que no hacen tránsito a cosa juzgada, porque la Corte no emitió un pronunciamiento de mérito sobre la competencia de los árbitros en esta clase de contornos de discusión.

368. Ahora, en la Sentencia del 14 de marzo de 2024 se estableció una nueva regla de unificación, que impacta el alcance de la habilitación de los árbitros para conocer los actos administrativos contractuales en los términos vigentes hasta el momento. En esta regla, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado determinó que *(i)* 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 excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993; y, en consecuencia, *(ii)* los litigios que versen sobre esas medidas y mecanismos comprometen un juicio de validez y legalidad sobre el ejercicio de la función administrativa y no solo sobre sus efectos económicos. A partir de ello, concluyó que los árbitros carecen de jurisdicción para pronunciarse sobre dichas medidas. Sin embargo, la sentencia cuestionada no se refirió en su parte considerativa a una variación de la jurisprudencia vigente. En cambio, fundó su decisión en la Sentencia C-1436 de 2000, con la cual derivó la imposibilidad de los árbitros para conocer de la validez de los actos administrativos dictados en el ejercicio de facultades excepcionales, y aludió a la jurisprudencia del Consejo de Estado para reiterar que los árbitros no están habilitados para pronunciarse sobre la legalidad o validez de aquellos actos administrativos. Así, las consideraciones expuestas en la sentencia atacada se dirigen a demostrar que la regla de unificación fijada cohesiona con el parámetro jurisprudencial vigente hasta el momento,[315] razón

Documento generado con nombre de registro en la página web de Relatorías del Consejo de Estado y Notificaciones Estudio Nº 2abogados.com

por la cual no buscó proponer un cambio de precedente ni identificó en su regla de unificación una modificación a dicho parámetro.

369. Lo anotado se corresponde con el informe rendido por la parte accionada con ocasión de esta tutela. Ella se opuso a la concreción del defecto acá analizado, por considerar que la providencia tutelada no varió el precedente judicial vigente, que proscribe a los árbitros pronunciarse sobre la legalidad de esta clase de actos administrativos. Al respecto, señaló que *"en ningún momento indicó que los árbitros carecen de competencia para conocer sobre los efectos económicos de los actos administrativos excepcionales; dijo todo lo contrario, aclarando que tal revisión de los efectos económicos no podía trastocar la legalidad del acto"*.[316] En vista de aquello, recordó que la decisión señaló que *"los árbitros pueden pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos en los que se ejerzan facultades excepcionales, siempre y cuando no implique desconocer o modificar las medidas de restablecimiento expresamente incluidas en ellos, tomadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993"*.[317]

370. Con esa perspectiva, le corresponde entonces a la Corte determinar si la sentencia observó el precedente en materia de arbitrabilidad objetiva de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales. La regla de unificación fijada en la Sentencia del 14 de marzo de 2024 señala que las medidas de restablecimiento, previstas en el inciso segundo del artículo 14.1 de la Ley 80 de 1993, no solo se circunscriben a los efectos económicos de los actos con los que se ejercen facultades excepcionales, sino que se integran al ámbito de su legalidad. Para la Corte, esa regla se aparta del parámetro jurisprudencial vigente, porque, como se expuso anteriormente en esta decisión, el citado inciso contempla una consecuencia económica que es el resultado de ejercer la respectiva facultad excepcional prevista en el inciso primero del artículo 14.1 de la Ley 80 de 1993.[318] Recuérdese que dicho artículo habilita a las entidades estatales a ejercer facultades excepcionales con un objetivo específico: evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo, y asegurar su inmediata, continua y adecuada prestación. Al tiempo, reconoce que al ejercicio de dichas facultades le sobreviene el consecuente deber, a cargo de la entidad, de mantener la ecuación o el equilibrio inicial del contrato.[319] Esta consecuencia legalmente fijada es de índole económica, pues reconoce que las decisiones unilaterales de la entidad, de manera independiente a su legalidad, aparejan el deber de reconocerle al contratista receptor de tales medidas su derecho a la indemnización, compensación o ajuste, según sea el caso.

371. En virtud de ello, la Corte observa que la sentencia atacada sí modificó el precedente aplicable en la materia. La providencia cuestionada introdujo un límite a la jurisdicción de los árbitros, para conocer de los actos administrativos que ejercen facultades excepcionales, que no existía previamente. Así lo hizo al establecer que los árbitros solo podrán pronunciarse sobre los efectos económicos

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

de los actos administrativos que ejercen las facultades previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, siempre que tales efectos no sean los previstos en el inciso segundo del numeral primero, es decir, siempre que no se traten de las medidas y mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico que se fijan en el acto administrativo como resultado del deber que tiene la entidad al ejercer sus facultades excepcionales.

372. De esta manera, al apartarse del precedente vigente sin identificar ni justificar debidamente aquella modificación, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado *(i)* omitió la carga de transparencia, en tanto no expuso de manera clara, precisa y detallada cuál era la jurisprudencia vigente y en qué sentido iba a apartarse de ella. A cambio de ello, utilizó la jurisprudencia en la materia como argumento de la decisión proferida. Adicionalmente, *(ii)* omitió la carga de suficiencia, al no presentar las razones que la llevaron a apartarse de las decisiones previas. Específicamente, no señaló por qué el criterio de arbitrabilidad objetiva, delimitado previamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, no resultaba aplicable al caso concreto o requería integrar un límite adicional a la facultad de los árbitros para conocer de los efectos económicos de los actos administrativos, para lograr una mayor adecuación constitucional o una mejor protección de derechos.

373. A este incumplimiento de las cargas de transparencia y suficiencia se suma otra falencia que vino a repercutir directamente en el derecho a la igualdad de SI99. En efecto, la Corte evidencia que el cambio jurisprudencial en materia de arbitrabilidad objetiva que introdujo la Sentencia del 14 de marzo de 2024 se aplicó de forma súbita a la accionante, al anular parcialmente, en virtud de esta nueva regla propuesta, un laudo arbitral proferido de conformidad con la jurisprudencia vigente hasta el momento de su emisión, sin que las partes ni el mismo tribunal de arbitramento, quienes habían adelantado el proceso arbitral con fundamento en las competencias hasta entonces reconocidas, pudieran prever un cambio jurisprudencial posterior que hiciera nugatoria su actuación.[320]

374. Debe señalarse al respecto que la aplicación de una modificación del precedente, incluso cuando concurren los requisitos exigidos para tal fin, amerita consultar las circunstancias del caso concreto, pues esto garantiza la dimensión material de la igualdad. La Corte Constitucional así lo ha indicado a partir de considerar que *"puede resultar que los sujetos procesales actúen con la confianza legítima de que serán aplicadas ciertas reglas jurisprudenciales vigentes, que luego serían modificadas. Por lo tanto, la aplicación inmediata del nuevo precedente, sin consideración alguna a esta circunstancia, podría derivar en el desconocimiento de derechos fundamentales. Esto, en el supuesto de que, en aplicación del cambio jurisprudencial, no se den consecuencias jurídicas a actuaciones iniciadas bajo el precedente anterior, o que, se atribuyan consecuencias jurídicas desfavorables en razón a reglas que en su momento no existían y por tanto no se pudieron evitar"*.[321]

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

375. Por lo mismo, la Corte ha admitido que *"en aquellos casos en que los sujetos procesales actuaron al amparo del precedente vigente, y con la confianza legítima de que surtirían los efectos en él previsto, no se apliquen los cambios que deriven en una afectación de sus derechos fundamentales"*.[322] En esa medida, a la aplicación de un cambio de precedente debe precederle la valoración de las circunstancias particulares de cada caso, sobre todo cuando *"la modificación supone imponer nuevas cargas procesales, argumentativas o probatorias, [...] entre otros eventos en los que se ha creado para las partes y terceros una expectativa de actuar de una determinada manera o de no hacerlo"*,[323] con fundamento en los principios de legalidad y confianza legítima.

376. Lo antedicho revela que la aplicación intempestiva de una regla de decisión, que modifique el precedente judicial existente sin valorar las consecuencias de su aplicación a las circunstancias propias del caso, da lugar a un defecto por desconocimiento del precedente. Aquello termina a la postre por repercutir en la vulneración del derecho-principio a la igualdad, y en los principios de confianza legítima, legalidad, tutela judicial efectiva y acceso a la administración de justicia.

377. La Corte Constitucional observa que esto fue lo que precisamente ocurrió en esta oportunidad con la sentencia acá cuestionada. No se tuvo en cuenta que el procedimiento arbitral que fundamentó la controversia se orientó en observancia del parámetro vigente para ese momento, el cual reconocía la posibilidad de arbitrar las consecuencias económicas de los actos administrativos dictados en ejercicio de las facultades excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, sin que estos asuntos se tuviesen como elementos inescindibles a la legalidad del respectivo acto. Con base en ese parámetro previo, las partes del proceso arbitral guiaron sus pretensiones, excepciones y estrategias probatorias y argumentativas, y el Tribunal de Arbitraje que resolvió la disputa en torno al Contrato 001 declaró su competencia y profirió su decisión.

378. A pesar de lo anterior, en la Sentencia del 14 de marzo de 2024 no se evaluaron aquellas circunstancias y, como efecto de esa inobservancia, la Sección Tercera del Consejo de Estado terminó por anular parcialmente el laudo arbitral del 11 de julio de 2022 con fundamento en una regla de unificación que ni los árbitros ni las partes del trámite arbitral conocían. Esto supuso la imposición de una nueva carga argumentativa para las partes, quienes fueron sorprendidas con el nuevo criterio de inescindibilidad propuesto en la regla de unificación. Como resultado de aquello, la sentencia cuestionada afectó el derecho fundamental de SI99 a la igualdad, cuestión que se agrega a la vulneración ya constatada de sus derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

379. En suma, la providencia cuestionada realizó una interpretación limitada del alcance del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, sin considerar el parámetro constitucional y estatutario vigente y las demás normas aplicables a la competencia

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

de la justicia arbitral, y con apoyo en una decisión que analizó la constitucionalidad de dos disposiciones derogadas, con lo cual omitió que el legislador habilitó a los árbitros para conocer sobre los efectos económicos de los actos administrativos contractuales dictados en ejercicio de las facultades excepcionales.

380. Además, la regla de inescindibilidad que propuso se introdujo súbitamente, pues la jurisprudencia previa del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional reconocía la competencia de los árbitros para conocer los efectos económicos de los actos administrativos contractuales, a partir de distinguir, o si se quiere escindir, el tipo de análisis entre el control de legalidad de los actos contractuales y las disputas económicas surgidas con motivo de ellos, de modo que la regla implicó un cambio de precedente que no consideró las circunstancias particulares y las nuevas cargas procesales impuestas a las partes en el contrato estatal.

381. En consecuencia, la Corte concluye que la Sentencia del 14 de marzo de 2024 incurrió en un defecto por desconocimiento del precedente judicial, por haberse apartado del precedente en materia de arbitrabilidad objetiva de manera injustificada, y por haber aplicado de forma súbita la nueva regla de unificación que propuso. Tal proceder denota que, con la decisión atacada, se desconocieron los derechos fundamentales de la sociedad accionante a la igualdad, el acceso a la administración de justicia y el debido proceso. A la par, se comprometieron principios que inspiran la obligatoriedad del precedente en el sistema jurídico, como la confianza legítima y la seguridad jurídica.

8.4. Remedio constitucional

382. La Corte Constitucional tutelará los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad de SI99. Esto, al comprobar que la Sentencia del 14 de marzo de 2024, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, incurrió en los defectos sustantivo y por desconocimiento del precedente. El alcance de la decisión que acá se adoptará no se extenderá al defecto procedimental absoluto que alegó SI99, puesto que frente a este se advirtió la improcedencia de la acción de tutela.

383. Por ende, la Corte procederá de la siguiente forma: *(i)* confirmará parcialmente el fallo de segunda instancia, proferido el 17 de marzo de 2025 por la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el cual confirmó la sentencia de primera instancia, proferida el 12 de diciembre de 2024 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, únicamente en lo relacionado con la improcedencia de la acción de tutela frente al defecto procedimental absoluto alegado; y *(ii)* revocará en lo demás las anteriores decisiones para en su lugar tutelar los derechos fundamentales anunciados; *(iii)* dejará sin efectos la Sentencia del 14 de marzo de 2024 que profirió la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dentro del recurso

Documento público tomado de la relatoría Unidad Jurisprudencial (jurisprudencial.gov.co). No es una publicación de Estudio M2 Abogados - n2abogados.com

extraordinario de anulación de laudo arbitral radicado bajo el serial 11001-03- 26-000-2022-00173-00 (Exp. 68.994).

384. Como consecuencia de esto último, la Corte *(iv)* ordenará a la autoridad judicial accionada que, en el término máximo de 3 meses contados a partir de la notificación de esta providencia, profiera una nueva decisión dentro del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral radicado bajo el número 11001-03-26-000-2022-00173-00 (Exp. 68.994). Para ese propósito, deberá tener en cuenta las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. En particular, que los tribunales de arbitramento pueden conocer y pronunciarse sobre las medidas y mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico que se derivan del ejercicio de las facultades excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 por parte de la entidad pública. Esto, en tanto el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 habilitó a los árbitros para conocer de los efectos económicos de los actos administrativos dictados en ejercicio de potestades excepcionales, y la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional consecuentemente reconocen dicha habilitación.

385. Finalmente, la Corte reconoce que su decisión incide en el proceso que tramita la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca bajo el radicado 25000233600020240043900. Ese trámite surgió como consecuencia de la Sentencia del 14 de marzo de 2024, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que ahora se revoca. Por ende, su suerte depende necesariamente de lo que decida la referida Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Toda vez que este escenario se enmarca en la causal prevista en el artículo 161.1 del Código General del Proceso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca podrá, si así lo considera, suspender el proceso a su cargo hasta tanto quede en firme la decisión sobre el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral radicado bajo el número 11001-03- 26-000-2022-00173-00 (Exp. 68.994). La Corte efectúa esta precisión en aras de dar claridad a las partes e intervinientes sobre los efectos de su fallo de tutela.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo de segunda instancia, proferido el 17 de marzo de 2025 por la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó la

Documento público tomado de la relatoría oficial (jurisprudencia.ramajudicial.gov.co). Nota: una publicación de Estudio 42 Abogados — n2abogados.com

sentencia de primera instancia, proferida el 12 de diciembre de 2024 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en lo relacionado con la improcedencia de la acción de tutela para cuestionar el defecto procedimental absoluto alegado, de conformidad con las razones expuestas en esta decisión.

Segundo. REVOCAR en lo demás el fallo de segunda instancia, proferido el 17 de marzo de 2025 por la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó la sentencia de primera instancia, proferida el 12 de diciembre de 2024 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En su lugar, **CONCEDER** la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad de la accionante, según lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Tercero. En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTOS** la Sentencia proferida el 14 de marzo de 2024 por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral radicado bajo el número 11001-03-26-000-2022-00173-00 (Exp. 68.994), por las razones dadas en la parte motiva de esta decisión.

Cuarto. **ORDENAR** a la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que, en el término máximo de 3 meses contados a partir de la notificación de esta providencia, profiera una nueva decisión dentro del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral radicado bajo el número 11001-03- 26-000-2022-00173-00 (Exp. 68.994), teniendo en cuenta para ello las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Quinto. Por Secretaría General de la Corte Constitucional, **LÍBRENSE** las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Presidenta

NATALIA ÁNGEL CABO
Magistrada
Con aclaración de voto

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

CARLOS CAMARGO ASSIS
Magistrado

HECTOR ALFONSO CARVAJAL LONDOÑO
Magistrado
Con aclaración de voto

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ
Magistrado
Con Aclaración de voto

LINA MARCELA ESCOBAR MARTÍNEZ
Magistrada

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE
Magistrado
Aclaración de voto

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado

MIGUEL POLO ROSERO
Magistrado
Aclaración de voto

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ
Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA
NATALIA ÁNGEL CABO
A LA SENTENCIA SU.142/26

Referencia: expediente T-11.087.982.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

Acción de tutela presentada por Sistema Integrado de Transporte S.A. en contra de la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Magistrado ponente:
Jorge Enrique Ibáñez Najar.

En esta aclaración, empiezo por manifestar mi complacencia de que esta sentencia haya sido el resultado de un proceso de construcción colegiada de la decisión. Valoro y agradezco especialmente que el texto definitivo lo refleje. En todo caso, aclaro mi voto para precisar dos puntos:

1. Por un lado, aunque comparto la decisión de amparar los derechos de la sociedad accionante y dejar sin efectos la sentencia objeto de la tutela –por haber incurrido en un defecto sustantivo y un desconocimiento del precedente judicial–, considero que la providencia cuestionada adolecía también de un defecto por violación directa de la Constitución.

2. Por otro lado, considero importante aclarar lo que la Corte hizo y lo que no hizo en esta sentencia. En efecto, en esta oportunidad la Sala Plena rectificó el criterio que había sostenido en la Sentencia C-1436 de 2000 acerca de las limitaciones *constitucionales* al arbitraje sobre actos administrativos. En cambio, lo que no hizo fue interpretar de forma general las normas *legales* que definen el alcance de la competencia de los árbitros sobre actos administrativos contractuales. Estoy de acuerdo con ambas determinaciones, aunque estimo que esta distinción debió haber quedado más explícita en las consideraciones de la sentencia. En consecuencia, esta aclaración busca ilustrar el alcance de lo decidido por la Corte, para facilitar su comprensión y aplicación por parte de los tribunales arbitrales y la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

A continuación, me referiré a los dos puntos anunciados.

1. Los defectos en que incurrió la sentencia del Consejo de Estado

En la sentencia de unificación objeto de la acción de tutela, la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en un defecto sustantivo y en un desconocimiento del precedente judicial. Estos defectos se configuraron como consecuencia de haber modificado, en forma intempestiva y sin cumplir con las cargas de transparencia y argumentación, la jurisprudencia de ese tribunal y de la Corte Constitucional que aceptaban en forma pacífica que: (i) los árbitros se pueden pronunciar sobre los

Documento descargado de la página de consulta de relatorías de la Corte Constitucional www.corteconstitucional.gov.co. Nota: La publicación oficial puede diferir de la aquí presentada.

efectos económicos de los actos administrativos contractuales que ejercen potestades excepcionales y (ii) dichos efectos son separables del estudio de legalidad del acto[324].

En la sentencia demandada, la Sección Tercera del Consejo de Estado afirmó que la decisión de ejercer una potestad excepcional es "inescindible" de sus medidas de restablecimiento económico, lo que la llevó a anular un laudo arbitral que se pronunció sobre las segundas. En este proceso de tutela se discutió si lo que hizo el Consejo de Estado constituyó un verdadero cambio de precedente o si fue apenas una precisión de reglas jurisprudenciales ya existentes. A mi modo de ver, no hay duda de que hubo un cambio de precedente, porque la nueva tesis de la "inescindibilidad" implicaba dejar sin efectos la línea jurisprudencial que admitía –reitero, de forma pacífica– que los tribunales arbitrales se pronuncien sobre los efectos económicos del acto administrativo sin decidir sobre su legalidad.

Si bien la Sección Tercera puede modificar su precedente, la forma en que lo hizo en este caso llevó a que incurriera en varios defectos, que justifican la decisión de dejarla sin efectos. Por un lado, como lo indiqué, no cumplió con las cargas de transparencia y argumentación, debido a que (i) no reconoció abiertamente que se trataba de un cambio de precedente y (ii) no tuvo en cuenta que, en el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, el legislador contempló expresamente la posibilidad de que los árbitros se pronuncien sobre "las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales"[325].

Por otro lado, al aplicar retrospectivamente el cambio de precedente y anular un laudo arbitral que fue proferido con base en la jurisprudencia hasta entonces vigente, la Sección Tercera aplicó en forma irreflexiva su nueva regla de unificación y lesionó la confianza legítima, la seguridad jurídica y el debido proceso de las partes y de los propios árbitros. Teniendo en cuenta que el recurso de anulación hace un análisis de corrección formal del laudo, era injustificado dejar sin efectos esa providencia en aplicación de una regla nueva que el tribunal arbitral no tenía cómo conocer ni aplicar. Por último, como mencioné anteriormente, la sentencia de unificación desconoció una facultad de los árbitros expresamente reconocida en el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, lo que configuró un defecto sustantivo.

Ahora bien, al contrario de lo decidido por la mayoría, considero que la sentencia cuestionada también incurrió en un defecto por violación directa de la Constitución. Si bien comparto la interpretación planteada en la sentencia acerca de que los hechos invocados en la tutela correspondían –principalmente– a los defectos sustantivo y por desconocimiento del precedente, la sociedad accionante también planteó un reproche que merecía ser estudiado como un defecto constitucional autónomo: la regla de unificación del Consejo de Estado desconoció

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

el principio de voluntariedad del arbitraje, que se deriva del artículo 116 de la Constitución[326].

En efecto, la regla de unificación de la Sección Tercera permitía que las entidades públicas modificaran, en forma unilateral, el alcance y los efectos del pacto arbitral. Ello es así porque, al afirmar que las medidas de restablecimiento económico son inescindibles al ejercicio de las potestades excepcionales, la regla permitía que, cuando una entidad pública definiera en un acto administrativo las consecuencias económicas de sus decisiones, dispusiera a su vez que la controversia se sometiera a la jurisdicción de lo contencioso administrativo[327]. En ese sentido, la regla le permitía a la entidad pública determinar, de manera unilateral, quién sería el juez del acto administrativo expedido en uso de facultades excepcionales, con independencia de lo que estuviera establecido en el pacto arbitral. Ello era contrario al principio de voluntariedad del arbitraje y a la obligatoriedad del pacto arbitral, y esto, a su vez, desconocía el artículo 116 de la Constitución.

2. La precisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucionalidad sobre los límites constitucionales al arbitraje

Ahora bien, en esta sentencia, la Sala Plena no solo identificó los defectos en los que incurrió la sentencia del Consejo de Estado, sino que también modificó el criterio que esta Corporación sostuvo en la Sentencia C-1436 de 2000 sobre los asuntos susceptibles de someterse al arbitraje. En aquella oportunidad, la Corte indicó que los árbitros no podían pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos, porque el arbitraje solo podía recaer sobre asuntos transigibles o disponibles.

La postura adoptada en la Sentencia C-1436 de 2000 fue, de alguna manera, la que dio origen a la discusión que evolucionó hasta esta providencia. En esa ocasión se interpretó –como regla constitucional– que los árbitros no podían pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos. En consecuencia, los desarrollos legislativos y jurisprudenciales posteriores, tanto de esta Corte como del Consejo de Estado, intentaron armonizar aquella interpretación restrictiva con la consolidación del arbitraje como una forma legítima de administración de justicia[328] y con su relevancia para resolver las controversias económicas derivadas de los contratos estatales[329]. En este contexto nació la tesis de la separación entre la legalidad del acto y sus consecuencias económicas, plasmada en la Sentencia SU-174 de 2007 y a la que me he referido en esta aclaración.

Pues bien, en esta oportunidad, la Sala Plena precisó que el criterio sostenido en la Sentencia C-1436 de 2000 ya no está vigente[330]. En efecto, dicho criterio se basó principalmente en la interpretación de normas de rango *legal* que hoy están

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

derogadas y que limitaban el arbitraje a los "conflictos de carácter transigible"[331]. En cambio, el artículo 116 de la Constitución no contiene esa limitación, pues defiere a la ley la definición de los asuntos que pueden ser sometidos al arbitraje[332].

Considero necesario hacer algunas precisiones sobre este ajuste jurisprudencial, que sirven para delimitar su alcance y las razones por las que lo acompañé.

En primer lugar, el abandono del criterio de la Sentencia C-1436 de 2000 no era necesario para amparar los derechos de la sociedad accionante. Por el contrario, la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en los defectos ya enunciados, porque realizó un cambio intempestivo, injustificado e irreflexivo del precedente hasta entonces vigente. Dicho precedente no solo estaba conformado por la citada sentencia del 2000, sino también por la Sentencia SU-174 de 2007 y la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que reconocían la posibilidad de que los árbitros se pronuncien sobre los efectos económicos de los actos administrativos que ejercen potestades excepcionales. En consecuencia, aun si la Corte no hubiera modificado el criterio de la Sentencia C-1436 de 2000, yo habría acompañado la decisión de dejar sin efectos la sentencia tutelada.

En segundo lugar, lo que la Corte precisó en esta oportunidad es que el artículo 116 la Constitución no impone una restricción de los asuntos que pueden ser objeto de arbitraje ni los limita a aquellos que sean transigibles o disponibles. Por el contrario, esa norma superior señala que la ley regulará la materia, por lo que es posible que el legislador autorice que los árbitros conozcan de asuntos que no sean transigibles o disponibles, como podría ser la legalidad de los actos administrativos contractuales. Este es el cambio fundamental frente a la Sentencia C-1436 de 2000: se deja claro que los asuntos arbitrables son, en primer lugar, aquellos que defina la ley. En ese sentido, a la hora de establecer si los árbitros pueden o no pronunciarse sobre un asunto, es relevante revisar las restricciones legales vigentes. Por supuesto, esto no significa que la ley pueda autorizar el arbitraje en forma ilimitada, y es necesario estudiar si cada habilitación legislativa se ajusta a la Constitución.

En todo caso, para evitar equívocos sobre el alcance de lo decidido en esta providencia, considero que la Corte debió señalar en forma explícita que la rectificación jurisprudencial no se extiende hasta el punto de determinar si *la ley* ya autoriza –o no– que los árbitros se pronuncien sobre la legalidad de los actos administrativos que ejercen potestades excepcionales. Reitero que la Corte no hizo esta interpretación de las normas legales, por una razón sencilla: no le correspondía hacerlo ni era el objeto de este proceso[333]. En mi criterio, a la sentencia le hizo falta hacer esta distinción en forma expresa.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

Por eso, como lo anuncié, esta parte de la aclaración busca dejarle claro al lector el alcance de lo que la Corte hizo y no hizo en la sentencia. Dicho alcance podría sintetizarse así: la Sala Plena rectificó su jurisprudencia sobre los límites que impone el artículo 116 de la Constitución, pero no definió si las leyes hoy vigentes ya habilitan a los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de dichos actos administrativos. Esta última es una discusión de interpretación legal que le corresponde tener, en principio, a los tribunales arbitrales y al Consejo de Estado. La postura adoptada por la Corte en esta sentencia permite que esa discusión se lleve a cabo entre quienes les corresponde.

En este sentido, la rectificación del criterio establecido en la Sentencia C-1436 de 2000 –con el alcance que he precisado– es una oportunidad para que el propio Consejo de Estado evalúe en su jurisprudencia hasta dónde se extiende la autorización legal del arbitraje frente a los actos administrativos contractuales, ya sin el límite interpretativo que se derivaba del precedente que la Corte abandonó en esta providencia.

En esos términos aclaro el alcance de mi voto,

Fecha *ut supra.*

NATALIA ÁNGEL CABO
Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE
A LA SENTENCIA SU.142/26

Expediente: T-11.087.982

Asunto: Acción de tutela presentada por Sistem Integrado de Transporte S.A. en contra de la Sal Plena de la Sección Tercera de la Sala de l Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Magistrado ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar

Acompaño la decisión de amparar los derechos fundamentales de la sociedad accionante. Aclaro mi voto, sin embargo, por dos razones. La *primera* obedece a qu

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

la evolución del parámetro constitucional y legal de arbitrabilidad conducía reconocer la arbitrabilidad plena de las controversias contractuales válidament sometidas a pacto arbitral, incluso cuando su resolución exige examinar la legalida de actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades excepcionales, salv exclusión legal expresa. La s*egunda* se refiere a la forma en que la mayoría resolvi el caso, pues circunscribió la controversia a las medidas de restablecimient económico y dejó sin definir si la prohibición general identificada en l jurisprudencia anterior conserva fundamento bajo el régimen vigente.

1. La evolución del parámetro normativo conducía naturalmente a reconocer l arbitrabilidad plena, salvo exclusión legal expresa

Comparto la reconstrucción normativa de la sentencia, pero no la consecuencia qu extrae de ella.

La restricción general al conocimiento arbitral de la legalidad de los acto administrativos expedidos en ejercicio de potestades excepcionales fue construid jurisprudencialmente bajo un régimen en el que la arbitrabilidad dependía de l transigibilidad de la materia (FJ 269 a 272 y 343 a 344).

Sin embargo, ese parámetro cambió y la sentencia reconoce ese cambio. Explica qu la transigibilidad dejó de ser el único criterio para delimitar las materias susceptible de arbitraje y que, a partir de la Ley Estatutaria 1285 de 2009, en desarrollo de artículo 116 de la Constitución, corresponde al legislador definir los asuntos qu pueden ser sometidos a árbitros (FJ 280 y 342). Asimismo, destaca que la Ley 156 de 2012 consolidó ese cambio al establecer como materias arbitrables tanto lo asuntos de libre disposición como aquellos cuyo conocimiento autorice la ley (F 280, 342 y Regla 2 del FJ 309). Esta misma premisa se reitera al resolver el cas concreto: la sentencia advierte que el criterio de transigibilidad, que sirvió d fundamento a la Sentencia C-1436 de 2000, fue revaluado y que, por ello, es decisión no puede proyectarse sin más sobre el contexto normativo vigente (FJ 343 348). De hecho, el FJ 348 afirma expresamente que el criterio seguido en C-1436 d 2000 "ya no es aplicable en el contexto normativo actual". Finalmente explica qu ese cambio se produjo, además, en un contexto en el que las disposiciones sobre la cuales recayó el condicionamiento de la Sentencia C-1436 de 2000 –los artículos 7 y 71 de la Ley 80 de 1993– fueron derogadas por la Ley 1563 de 2012 (FJ 287 y 348).

Comparto esa reconstrucción normativa. Mi diferencia surge de la consecuencia que a mi juicio, debía extraerse de ella. Si la limitación general al conocimiento arbitra de la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestade excepcionales se construyó bajo un régimen en el que la arbitrabilidad dependía de l transigibilidad de la materia y ese parámetro fue sustituido por otro en el que l Constitución remite al legislador y la ley permite someter a arbitraje los asuntos d libre disposición o aquellos cuyo sometimiento a arbitraje autorice, la restricció

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

jurisprudencial no podía subsistir de manera autónoma una vez desaparecido e fundamento normativo sobre el cual fue edificada.

Lo anterior no supone afirmar que la derogación de los artículos 70 y 71 de la Ley 8(de 1993 haya privado, por sí sola, de relevancia a todas las consideracione constitucionales expuestas en la Sentencia C-1436 de 2000. El punto es distinto: l propia sentencia reconoce que la restricción allí construida se articuló a partir de u criterio de arbitrabilidad —la transigibilidad— que fue sustituido y que ya no result aplicable en el contexto normativo vigente. Por ello, la conservación de un prohibición general equivalente exigía identificar su fundamento en el nuevo régime de arbitrabilidad. Y, bajo este, el artículo 116 de la Constitución remite al legislado la definición de las materias arbitrables, sin que la Ley 1563 de 2012 hay establecido una exclusión general respecto del examen de legalidad de estos actos.

En ese marco, la sentencia tampoco identifica una disposición constitucional que, a margen de la definición legislativa de las materias arbitrables, imponga una reserv general de jurisdicción sobre la legalidad de estos actos. El artículo 238 superio reserva a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la suspensión provisiona de sus efectos (FJ 271), pero esa competencia cautelar específica no equivale, por s sola, a una exclusión general de la materia del arbitraje.

La propia sentencia ofrece elementos que, en mi criterio, conducían a abandonar es prohibición jurisprudencial. De una parte, precisa que actualmente los límite materiales establecidos directamente por el legislador son específicos: menciona l restricción del artículo 91 de la Ley 418 de 1997 y la prevista en el artículo 14.c de l Ley 1682 de 2013 para el sector de infraestructura de transporte (FJ 350). De otra afirma que, si el legislador hubiera querido prohibir en general el conocimiento de asunto allí examinado, habría podido hacerlo en la Ley 1563 de 2012, y que un limitación contenida en una regulación sectorial no puede convertirse en fundament de una excepción general al arbitraje (FJ 351). Finalmente, concluye que l restricción de la Ley 1682 de 2013 tiene un ámbito preciso y no puede proyectarse d manera omnicomprensiva sobre toda la contratación estatal (FJ 352 y 353).

Es justamente allí donde advierto la tensión. El parámetro normativo evolucionó pero la jurisprudencia conservó una prohibición general construida a partir de criterio que ese nuevo régimen sustituyó. Si la Ley 1563 de 2012 no reprodujo un exclusión general respecto de la legalidad de estos actos y el legislador, cuando h querido restringir la competencia arbitral, lo ha hecho de manera expresa y par ámbitos determinados, no encuentro fundamento suficiente para conservar por ví exclusivamente jurisprudencial aquella limitación.

En mi criterio, el régimen vigente conducía a reconocer, en el sentido expuesto, l *arbitrabilidad plena* de las controversias contractuales sometidas válidamente pacto arbitral, incluidas aquellas en las que resulte necesario examinar la legalidad d actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades excepcionales, salvo qu exista una exclusión legal expresa aplicable al asunto concreto.

Documento público tomado de la Gaceta oficial (corteconstitucional.gov.co) de esta publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

Esta conclusión no desconoce la potestad del legislador para establecer límites a l justicia arbitral. Por el contrario, parte precisamente de que, conforme al artículo 11(de la Constitución, corresponde al legislador definir las materias arbitrables y establecer las exclusiones materiales aplicables. No considero compatible con es diseño constitucional mantener una prohibición general de origen jurisprudencia después de que desapareció el criterio normativo sobre el cual fue originalment construida y sin identificar una disposición vigente que la reproduzca.

2. *La solución del caso no debía depender de reconducir la controversia a ámbito exclusivo de las medidas de restablecimiento económico*

También discrepo de la forma en que la sentencia aplicó el marco normativo al cas(concreto. Aunque comparto la configuración del defecto sustantivo, el amparo n(debía depender de caracterizar la controversia arbitral como un asunto circunscrito las consecuencias económicas del acto y, en particular, a las medidas d restablecimiento del equilibrio contractual.

La sentencia delimitó el análisis en esa dirección. Aunque reconstruyó como part del estado de la jurisprudencia la regla según la cual los árbitros pueden conocer d los efectos económicos de los actos expedidos en ejercicio de las potestades de artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pero no de su legalidad (Regla 3 del FJ 309 y F 366), no se propuso definir si esa restricción debía mantenerse bajo el régime normativo vigente. En efecto, al formular el problema jurídico, no puso en cuestió la vigencia de la regla jurisprudencial, según la cual los árbitros no puede pronunciarse sobre la legalidad de los actos expedidos en ejercicio de las potestade del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. La cuestión se circunscribió a determinar si e Consejo de Estado había incurrido en defecto sustantivo al establecer una relació inescindible entre ese control de legalidad y las medidas de restablecimiento de equilibrio económico previstas en dicha disposición, pese a la habilitación legal par que los árbitros conozcan de sus efectos económicos (FJ 216).

La misma delimitación aparece en el examen del defecto. En el FJ 338, la sentenci reprocha a la regla de unificación haber limitado la habilitación legal prevista en l Ley 1563 de 2012 al considerar que las consecuencias económicas, por se inescindibles de los actos excepcionales, comprometían necesariamente un juici sobre su legalidad. Más adelante, la argumentación se concentra en demostrar que la medidas de reconocimiento, compensación y ajuste destinadas a restablecer e equilibrio contractual forman parte de las consecuencias económicas respecto de la cuales existe habilitación arbitral (FJ 338 y 354).

La misma lógica determina la solución del caso concreto. En el FJ 355, la sentenci destaca que la controversia se relacionó con el cálculo del margen EBITDA, que est no fue fijado expresamente en la Resolución 589 de 2017 y que, para el momento de laudo, la ejecución del contrato había terminado, por lo que la decisión arbitral n(podía afectar el ejercicio de la potestad excepcional de modificación unilateral. En e

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

FJ 356, señala que el Tribunal Arbitral se concentró en verificar el desequilibri económico mediante la valoración de los factores que incidían en la remuneració del concesionario.

El FJ 357 refuerza esa caracterización al señalar que SI99 no cuestionó la validez d la fórmula de remuneración, sino los valores y la metodología empleados par aplicarla, y que el análisis arbitral no tuvo la virtualidad de afectar la presunción d legalidad del acto. Finalmente, los FJ 358 y 359 concluyen que, aunque el Consej de Estado entendió que el Tribunal Arbitral había colegido implícitamente una fals motivación, lo relevante era que la controversia recaía sobre la aplicación de l fórmula establecida para restablecer el equilibrio económico y, por tanto, involucrab una consecuencia económica arbitrable.

Es precisamente allí donde surge mi diferencia. Si el caso se resuelve sobre l premisa de que el Tribunal Arbitral permaneció en el ámbito de las consecuencia económicas y no comprometió la legalidad del acto, el amplio desarrollo sobre l evolución del régimen de arbitrabilidad objetiva deja de ser necesario para justifica el amparo. Habría bastado con constatar que el artículo 1º de la Ley 1563 de 201 autoriza a los árbitros para conocer de las consecuencias económicas de los acto expedidos en ejercicio de potestades excepcionales y concluir que el Consejo d Estado calificó como un juicio de legalidad una controversia que, según l caracterización acogida por la mayoría, permanecía dentro de ese ámbito. En es escenario, no era necesario establecer qué consecuencias produjo la superación de l transigibilidad como criterio de arbitrabilidad ni revisar la subsistencia de l restricción construida a partir de la Sentencia C-1436 de 2000.

No desconozco que la mayoría podía optar por una solución más estrecha par resolver el caso concreto. Mi precisión no se refiere, entonces, a la posibilidad d adoptar esa metodología, sino a su alcance: al reconducir la controversia al terren exclusivamente económico, la sentencia pudo resolver el caso sin someter a exame la regla general que había reconstruido como parte del estado jurisprudencial previc pese a que, en mi criterio, su propia reconstrucción normativa ofrecía razones par abandonarla.

La dificultad radica en que la providencia judicial cuestionada partió de un caracterización distinta. El Consejo de Estado no negó en abstracto que la consecuencias económicas de los actos excepcionales pudieran someterse a arbitraje Lo que sostuvo fue que, en este caso, el Tribunal Arbitral había trascendido es ámbito. Señaló que, "bajo la excusa de restablecer el equilibrio económico de contrato", los árbitros reprocharon la estructura de la fórmula de participación y qu la modificación de sus variables constituía "realmente, una censura del act administrativo". Añadió que, al modificar el porcentaje de descuento, el Tribuna Arbitral "en verdad, se pronunció sobre la legalidad de las resoluciones".

La providencia acusada afirmó, además, que el cálculo indemnizatorio se habí fundado en una "nulidad virtual" de la Resolución 589 de 2017, sostuvo que lo

Documento público tomado de la relatoría judicial (consultasrj.consejodeestado.gov.co). No es una publicación oficial. Derechos reservados. n2abogados.com

árbitros habían colegido implícitamente una falsa motivación y concluyó que, a declarar el desequilibrio contractual, efectuaron un "juicio de legalidad" sobre l fórmula adoptada por Transmilenio. Incluso precisó que era irrelevante que SI99 n hubiese formulado una pretensión expresa de nulidad, porque, a su juicio, el Tribuna Arbitral había ingresado materialmente al estudio de la legalidad del acto y habí refutado su presunción de validez. Así, la providencia cuestionada no anuló el laud porque desconociera, en abstracto, la arbitrabilidad de las consecuencias económicas sino porque consideró que, al resolverlas, el Tribunal Arbitral había cruzado l frontera hacia el examen de legalidad.

Frente a esa caracterización, la sentencia optó por una vía más estrecha: concluir que para efectos del caso, el Tribunal Arbitral había resuelto una controversia económic y que las medidas de restablecimiento estaban comprendidas dentro de la habilitació del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012. Esa solución permitió conceder el amparo si examinar si la regla identificada como parte del estado jurisprudencial previo –según la cual, respecto de los actos expedidos en ejercicio de las facultade excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, los árbitros pueden conocer d sus efectos económicos, pero no de su legalidad— conservaba fundamento bajo e régimen vigente (Regla 3 del FJ 309 y FJ 366).

La propia formulación del remedio confirma ese alcance. El FJ 384 ordena a Consejo de Estado tener en cuenta, en particular, que los tribunales de arbitrament pueden conocer y pronunciarse sobre "las medidas y mecanismos de restablecimient del equilibrio económico" derivados del ejercicio de las facultades excepcionales de artículo 14 de la Ley 80 de 1993. No extiende esa conclusión al examen de l legalidad de los actos mediante los cuales se ejercen esas potestades.

Mi aclaración se dirige precisamente a ese punto. Conforme a lo expuesto en e apartado anterior, considero que la evolución del parámetro normativo permití resolver el caso sin necesidad de negar la premisa sobre la cual el Consejo de Estad había construido su decisión. Precisamente porque considero que esa restricció general carece hoy de fundamento suficiente, no era determinante para resolver e caso establecer cuál de las dos caracterizaciones del laudo era correcta.

Así las cosas, aun si se acepta, para efectos del análisis, la premisa de la providenci cuestionada según la cual el Tribunal Arbitral examinó aspectos de legalidad de la Resoluciones 589 y 691 de 2017, esa circunstancia no bastaba para excluir s competencia, pues la restricción general que antes impedía ese examen perdió e fundamento normativo sobre el cual había sido construida y no fue reproducida po el legislador en el régimen vigente.

Por ello, las circunstancias destacadas por la mayoría –el carácter económico de l discusión sobre el EBITDA, la terminación del contrato, la inexistencia de un pretensión de nulidad y la ausencia de afectación de la presunción de legalidad podían reforzar la conclusión de que el Tribunal Arbitral era competente. Pero no er necesario hacer depender de ellas el amparo.

Documento público tomado de la Gaceta oficial (jurisprudencial anexa). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

En suma, de las premisas normativas que comparto se desprendía, a mi juicio, un regla más amplia para resolver el caso: la competencia arbitral no desaparece por e solo hecho de que la resolución de una controversia contractual exija examina aspectos de legalidad de un acto administrativo involucrado en ella, salvo que exist una exclusión legal expresa aplicable al asunto.

Fecha *ut supra*,

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE
Magistrado

n2abogados.com

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

[1] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, Carpeta "02. PRUEBAS", "01. PRUEBAS ANEXOS DEMANDA", "01. PRUEBAS Y ANEXOS CON LA DEMANDA", Documento "02.Contrato de Concesión No. 001 de 2000.pdf", p. 22.

[2] *Ibidem*., pp. 90-107.

[3] *Ibidem*., p. 114.

[4] *Ibidem*., p. 148.

[5] *Ibidem*., pp. 163-164.

[6] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, Documento "09. Otrosí del 21 de junio de 2013.pdf", p. 61.

[7] *Ibidem*., p. 65.

[8] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, Documento "13. Comunicaciones No. 2017EE17005 – 2017EE17006 y 2017EE27135.pdf", p. 3.

[9] *Ibidem*., p. 5.

[10] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, Carpeta "02. PRUEBAS", "01. PRUEBAS ANEXOS DEMANDA", "01. PRUEBAS Y ANEXOS CON LA DEMANDA", Documento "15. Resolución 589 de 2017 Impone modificación unilateral.pdf".

[11] **ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: **1o.** Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley. **2o.** Pactaran las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

ARTÍCULO 16. DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.

[12] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, Documento "15. Resolución 589 de 2017 Impone modificación unilateral.pdf", pp.18-19, Artículo Segundo.

[13] *Ibidem*., pp.19-20, Artículos Tercero y Cuarto.

[14] *Ibidem*, p. 21, artículo sexto.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

[15] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, Carpeta "02. PRUEBAS", "01. PRUEBAS ANEXOS DEMANDA", "01. PRUEBAS Y ANEXOS CON LA DEMANDA", Documento "14. Recurso de Reposición contra Resolución No. 589 de 2017.pdf".

[16] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, Documento "01. DEMANDA INICIAL 29 11 2019 119770 PRINCIPAL No. 1 FOLIO 1-23.pdf".

[17] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, Documento "62.FOLIO 274-308 119770 PRINCIPAL No 2 Memorial Reforma Demanda Arbitral SI99 S.A. Vs Transmilenio Vf_pagenumber.pdf".

[18] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, Documento "81. FOLIO 348-414 119770 PRINCIPAL No 2 Contestacion Reforma Demanda Arbitral.pdf".

[19] Adicionalmente, Transmilenio presentó demanda de reconvención en la que solicitó que se declarara *(i)* que algunos desincentivos -operativos y por incumplimiento de los niveles de satisfacción- impuestos al contratista fueron legales y, por lo tanto, la entidad podía cobrarlos y efectuar la respectiva compensación; como consecuencia de lo anterior, *(ii)* se condenara a SI99 a pagar a favor de Transmilenio los desincentivos más intereses moratorios; y, por último, *(iii)* que se condenara a la convocante al pago de los gastos y costas del proceso. Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, Documento "32. FOLIO 120-159 119770 PRINCIPAL No 2 Demanda de Reconvención TM vs. SI99 12082020.pdf".

[20] Expediente T-11087982, Documento "3ED_2DemandaPDF(.pdf) NroActua 2-Demanda-1.pdf", expediente digital 11001032600020220017300 del Consejo de Estado, Documento "4ED_02LAUDOARBITRAL1.pdf", p. 74.

[21] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, Documento "02_Laudo_Arbitral_119770.pdf".

[22] *Ibid*., p. 118.

[23] Expediente T-11087982, Documento "3ED_2DemandaPDF(.pdf) NroActua 2-Demanda-1.pdf", expediente digital 11001032600020220017300 del Consejo de Estado, Documento "6ED_04RECURSODEANULA.pdf".

[24] Ley 1563 de 2012. Artículo 41. *"Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación: […] 2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia. […] || 7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo."*

[25] Expediente T-11087982, Documento "013.7ED_Anexo3CopiaSentencia(.pdf) NroActua 2(.pdf) NroActua 2-.pdf", p. 9.

[26] *Ibidem*., p. 19.

[27] *Ibidem*., p. 21.

[28] *Ibidem*., p. 24.

[29] Expediente T-11087982, Documento "005. 3ED_2DemandaPDF(.pdf) NroActua 2-Demanda-1.pdf".

[30] Expediente T-11087982, Documento "017.9Autoqueadmite_20240623000SI99SAAut(.pdf) NroActua 4-Auto admisorio, inadmisorio o de rechazo.pdf".

[31] *Ibidem*., p. 4, F.J. 18.

[32] Expediente T-11087982, Documento "028.14CONTESTACIONDE_20240623000CONTESTAC(.pdf) NroActua 11(.pdf) NroActua 11-Contestación Tutela-3.pdf".

[33] *Ibidem*., p. 3

[34] *Ibidem*., p. 4.

[35] *Ibidem*.

[36] *Ibidem*., p. 5.

[37] *Ibidem*.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

[38] Expediente T-11087982, Documento "027.14_MemorialWeb_Respuesta-Informeacciondetu(.pdf) NroActua 12(.pdf) NroActua 12-Contestación Tutela-3.pdf"

[39] Expediente T-11087982, Documento "024.12_MemorialWeb_Otro-Pronunciamientovinc(.pdf) NroActua 10(.pdf) NroActua 10-.pdf".

[40] Expediente T-11087982, Documento "046.24_MemorialWeb_ContestaciOnDemanda-CONTESTACIONTUTELA(.pdf) NroActua 16(.pdf) NroActua 16-Contestación Tutela-3.pdf"

[41] Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 12 de diciembre de 2024, Rad. 11001-03-15-000-2024-06230-00, M.P. Pedro Pablo Vanegas Gil.

[42] *Ibidem*., p. 11, F.J. 53.

[43] Expediente T-11087982, Documento "075.50RECIBEMEMORIAL_202424ImpugnacionSI9(.pdf) NroActua 35-Impugnación-9.pdf".

[44] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 17 de marzo de 2025, Rad. 11001-03-15-000-2024-06230-01, M.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez.

[45] *Ibidem*., p. 12.

[46] *Ibidem*., p. 13.

[47] Expediente T-11087982, Documento "03.Oficio CE solicitud audiencia (68994)-29.07.25VF.pdf"

[48] *Ibidem*., p. 2.

[49] Expediente digital T-11087982, Documentos "139. MEMORIAL DESCORRE TRASLADO SESION TECNICA.pdf", pp. 1-16 y "141. 20251113 - SI99 - Pronunciamiento sobre Sesión Técnica....pdf", pp. 1-10.

[50] Aportaron escrito de resumen dentro del término previsto los intervinientes Myriam Salcedo Castro, Jorge Eduardo Chemás Jaramillo y Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz. El experto Juan Pablo Cárdenas Mejía también aportó escrito, pero de forma extemporánea. En la decisión se valorarán todas las posturas expuestas por los intervinientes durante la sesión técnica, al margen de la presentación en término de los escritos de resumen.

[51] Corte Constitucional, Sentencia T-029 de 2025, F.J. 77-78.

[52] Expediente digital T-11087982, Documento "Intervención Alejandro Linares T11087982.pdf", pp.1-17.

[53] *Ibidem*, p.13.

[54] Expediente digital T-11087982, Documento "OFICIO REMITE LINK.docx.pdf"

[55] Expediente digital T-11087982, Documento "Informe acción de tutela Rad. T-11.087.982.pdf"

[56] Expediente digital T-11087982, Documento "20260310-SI99–Pronunciamiento sobre pruebas del 18 FEB 26 VF.pdf"

[57] *Cfr*., Corte Constitucional, Sentencias C-543 de 1992 y SU-128 de 2021.

[58] Corte Constitucional, Sentencia SU-451 de 2024.

[59] Corte Constitucional, Sentencia T-1031 de 2001.

[60] Esta consolidación de los siete criterios de procedencia se hace a partir de replicar el análisis que desarrolló la Sentencia SU-451 de 2024 frente al particular, en atención a la Sentencia C-590 de 2005.

[61] *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005, SU-537 de 2017 y SU-508 de 2020.

[62] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencias T-310 de 2009, T-217 de 2010, T-016 de 2019, SU-453 de 2019 y SU-128 de 2021.

[63] Corte Constitucional, Sentencia SU-215 de 2022, F.J. 12.

[64] Corte Constitucional, Sentencia SU-388 de 2021, F.J. 49.

[65] *Cfr*., Corte Constitucional, Sentencias SU-072 de 2018, SU-149 de 2021, SU 424 de 2021 y SU-215 de 2022.

[66] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencia SU-053 de 2015, F.J. 21.

[67] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencia SU-215 de 2022, F.J. 11.

[68] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencia SU-257 de 2021, F.J. 119.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

[69] Corte Constitucional, Sentencia SU-917 de 2010, F.J. 6.1.b

[70] Corte Constitucional, Sentencia SU-050 de 2017. Resaltado añadido por la Sala Plena.

[71] *Cfr*., Corte Constitucional, Sentencias SU-917 de 2010, SU-050 de 2017, SU-072 de 2018 y SU-217 de 2019. Resaltado añadido por la Sala Plena

[72] Corte Constitucional, Sentencia T-495 de 2024, F.J. 20.

[73] El representante legal de SI99, Jhon Fredy Piñeros, confirió poder especial a su apoderado judicial para presentar la tutela. Expediente T-11.087.982, Documento "5ED_Anexo1PoderAccióndeT(.pdf) NroActua 2(.pdf) NroActua 2-".

[74] *Cfr*., Corte Constitucional, Sentencias C-003 de 1993, T-377 de 2000, T-099 de 2017 y T-103 de 2024.

[75] Corte Constitucional, Sentencia T-103 de 2024, F.J. 39.

[76] Corte Constitucional, Sentencia T-377 de 2000, F.J. 3.b.

[77] Corte Constitucional, Sentencia T-099 de 2017, F.J. 12.

[78] Supra, F.J. 74.

[79] *Ibidem*.

[80] Corte Constitucional, Auto 027 de 1997.

[81] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencia SU-062 de 2018, F.J. 67.

[82] En la actualidad, se entenderá que la norma se refiere al Código General del Proceso, norma en virtud de la cual se derogó el Código de Procedimiento Civil.

[83] *Cfr*., Corte Constitucional, Sentencias T-649 de 2011, T-553 de 2012, T-533 de 2012, T-713 de 2013, SU-263 de 2015 y SU-210 de 2017.

[84] Corte Constitucional, Sentencia SU-026 de 2021, F.J. 5.8.

[85] *Cfr*., Corte Constitucional, Sentencias SU-215 de 2022, SU-029 de 2024 y SU-425 de 2025.

[86] *Cfr*., Corte Constitucional, Sentencia SU-090 de 2018.

[87] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 17 Especial de Decisión, Sentencia del 1 de diciembre de 2025, Radicación 11001-03-15-000-2022-03088-00 (4944), pp. 14-5.

[88] *Cfr*., Consejo de Estado, Sala Quince Especial de Decisión, sentencia de 3 de marzo de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2016-02343-00(REV); y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 19 de septiembre de 2023, Radicación 11001-03-15-000-2020-03585-00.

[89] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 19 de septiembre de 2023, Radicación 11001-03-15-000-2020-03585-00, pp. 18-19.

[90] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 26 de febrero de 2013, Rad. No. 11001-23-15-000-2008-01289-00.

[91] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 17 Especial de Decisión, Sentencia del 1 de diciembre de 2025, Radicación 11001-03-15-000-2022-03088-00 (4944), p. 17.

[92] *Cfr*., Corte Constitucional, Sentencias T-704 de 2014, SU-090 de 2018 y SU-445 de 2025.

[93] Corte Constitucional, Sentencia T-131 de 2021, en referencia a las Sentencias SU-081 de 2020, SU-556 de 2016, T-186 de 2015, T-455 de 2012, T-790 de 2010 y T-294 de 1999.

[94] *Cfr*., Corte Constitucional, Sentencias SU-191 de 2025 y SU-070 de 2025.

[95] Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005, F.J. 24.a

[96] *Cfr*., Corte Constitucional, Sentencias T-352 de 2025, SU-451 de 2024, SU-128 de 2021, SU-573 de 2019, entre otras.

[97] *Cfr*., Corte Constitucional, Sentencias T-610 de 2015, SU-128 de 2021 y SU-451 de 2024.

[98] Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia del 14 de marzo de 2024, pp. 24-25.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

[99] Ver, Supra, F.J. 66 y 67.
[100] *Ibidem*., p. 23.
[101] Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007, F.J. 2.1. Reiterada en las sentencias SU-081 de 2020 y T-131 de 2021.
[102] Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 1995, F.J. 3. Reiterada en la sentencia T-140 de 2014.
[103] Corte Constitucional, Sentencia SU-174, F.J. 2.2.1.
[104] Corte Constitucional, Sentencia T-061 de 1999, F.J. 2. Reiterada en la sentencia T-131 de 2021.
[105] Se manifestaron a favor de la relevancia constitucional del asunto de manera expresa los intervinientes Martín Bermúdez y Jorge Eduardo Chemás.
[106] Corte Constitucional, Sentencia T-610 de 2015, F.J. 25.
[107] *Cfr*., Corte Constitucional, Sentencias SU-128 de 2021, SU 451 de 2024, T-325 de 2025, T-404 de 2025, entre otras.
[108] Corte Constitucional, Sentencia SU-454 de 2016, F.J. 6.
[109] Corte Constitucional, Sentencia SU-157 de 2022, F.J. 29.
[110] Corte Constitucional, Sentencia SU-167 de 2024, F.J. 90.
[111] Corte Constitucional, Sentencia T-310 de 2023, F.J. 73-74.
[112] Corte Constitucional, Sentencia SU-029 de 2024, F.J. 132.
[113] Corte Constitucional, Sentencia T-455 de 2012, F.J. 4.2.2.
[114] Corte Constitucional, Sentencia SU-500 de 2015, F.J. 6.1.1.
[115] Corte Constitucional, Sentencia SU-173 de 2015, resaltado añadido por la Sala Plena.
[116] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencia T-367 de 2018, F.J. 2.4.2.
[117] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencia T-166 de 2022, F.J. 56.
[118] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencias T-309 de 2013, SU-770 de 2014 y T-367 de 2018.
[119] Corte Constitucional, Sentencia SU-061 de 2018, F.J. 2.1.4
[120] Corte Constitucional, Sentencia T-069 de 2026, F.J. 47.
[121] Corte Constitucional, Sentencia T-091 de 2026, F.J. 203.
[122] Corte Constitucional, Sentencia T-105 de 2026, pie de página 50.
[123] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 31 de octubre de 2016, Exp: 57.422, p. 30. Reiterada en Sentencia del 18 de diciembre de 2020, Exp: 62573, Sentencia del 2 de agosto de 2023, Exp: 69475 y Sentencia del 13 de septiembre de 2024, Exp: 71476.
[124] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 13 de septiembre de 2024, Rad. 11001-03-26-000-2024-00088-00 (71.476), F.J. 40.
[125] Corte Constitucional, Sentencia SU-041 de 2022, F.J. 53.
[126] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencias T-949 de 2003 y C-590 de 2005.
[127] Corte Constitucional, Sentencia SU-444 de 2023.
[128] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencias T-949 de 2003, C-590 de 2005 y SU-444 de 2023

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

[129] Esta compilación se fundamenta en lo expuesto por las Sentencias SU-193 de 2013, SU-024 y SU-062 de 2018, SU-022, SU-444 de 2023 y T-463 de 2025 de la Corte Constitucional.
[130] *Cfr*. Corte Constitucional. Sentencias C-590 de 2005, SU-556 de 2016, SU-395 de 2017, SU-116 de 2018, SU-453 y SU-574 de 2019, SU-424 de 2021, SU-444 y SU-155 de 2023 y T-084 de 2025.
[131] *Cfr*. Corte Constitucional, Sentencias SU-167 de 2023, SU-081 de 2024 y T-084 de 2025 entre muchas otras.
[132] En virtud de la aplicación del principio *pro actione*, en el marco de una tutela contra providencia judicial, el juez de tutela tiene la facultad de encuadrar la censura formulada en las causales materiales de procedencia fijadas por la jurisprudencia. A su turno, en virtud del principio *iura novit curia*, el juez tiene la facultad de formular y el deber de conducir el estudio del caso a través de las causales específicas que correspondan con la controversia iusfundamental esbozada en la solicitud de tutela.
[133] *Cfr*. Corte Constitucional, Sentencia SU-332 de 2019.
[134] *Cfr*. Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.
[135] *Cfr*. Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005, SU-556 de 2016, SU-116 de 2018, SU-574 de 2019, SU-424 de 2021, SU-155 de 2023 y T-084 de 2025.
[136] Esta compilación recoge la caracterización que hizo la Sentencia T-084 de 2025, al tiempo que la complementa con lo expuesto en las Sentencias SU-209 de 2021 y SU-429 de 2023.
[137] *Cfr*. Corte Constitucional, Sentencia SU-515 de 2013.
[138] *Cfr*. Corte Constitucional, Sentencia T-084 de 2025.
[139] Corte Constitucional, Sentencias SU-380 de 2021 y SU-340 de 2024.
[140] *Cfr*. Corte Constitucional, Sentencias SU-432 de 2015 y SU-380 de 2021.
[141] *Cfr*. Corte Constitucional, Sentencia SU-245 de 2021.
[142] *Cfr*. Corte Constitucional, Sentencias SU-047 de 1999, T-489 de 2013 y SU-245 de 2021.
[143] La referida consolidación de criterios se sustenta en las Sentencias SU-011 de 2020 y SU-209 de 2021 de la Corte Constitucional.
[144] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencias SU-209 de 2021 y SU-340 de 2024
[145] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencias SU-047 de 1999, C-590 de 2005 y C-816 de 2011.
[146] Corte Constitucional, Sentencia SU-304 de 2024, F.J. 128.
[147] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 1992 y C-222 de 2013.
[148] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencias C-1195 de 2021, C-314 de 2022, C-214 de 2021 y T-356 de 2022.
[149] Corte Constitucional, Sentencias C-242 de 1997 y C-305 de 2013.
[150] *Ibidem*.
[151] Corte Constitucional, Sentencias C-431 de 1995, C-163 de 1999 y C-330 de 2000, entre otras.
[152] Exposición que toma como referencia la Sentencia C-294 de 1995 de la Corte Constitucional.
[153] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencias C-163 de 1999 y SU-174 de 2007.
[154] Corte Constitucional, Sentencia C-163 de 1999, en cita de las Sentencias C-226 de 1993, C-037 de 1996 y C-431 de 1995.
[155] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencias C-037 de 1996, C-713 de 2008, C-305 de 2013 y C-134 de 2023.
[156] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007, C-713 de 2008 y C-134 de 2023.
[157] Corte Constitucional, Sentencia C-431 de 1995.
[158] Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.
[159] Corte Constitucional, Sentencias C-330 de 2000 y C-305 de 2013.
[160] Corte Constitucional, Sentencia C-305 de 2013, en cita de las Sentencias C-378 de 2008 y C-163 de 1999.
[161] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

[162] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencias C-242 de 1997 y C-060 de 2001.

[163] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencias C-330 y C-211 de 2000 y C-878 de 2005.

[164] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

[165] "Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia".

[166] "Estatutaria de la Administración De Justicia".

[167] Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008. Resaltado añadido por la Sala Plena.

[168] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencia C-431 de 1995.

[169] "Por la cual se modifica la Ley 270 de 1996 - Estatutaria de la Administración de Justicia y se dictan otras disposiciones".

[170] "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones".

[171] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencias C-378 de 2008, C-186 de 2011, SU-174 de 2007 y SU-081 de 2020, entre muchas otras.

[172] Corte Constitucional, Sentencia SU-081 de 2020.

[173] Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 2001.

[174] Corte Constitucional, Sentencia SU-081 de 2020.

[175] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencia C-186 de 2011.

[176] *Cfr.*, Corte Constitucional, Sentencias C-294 de 1995, C-242 de 1997, C-1436 de 2000 y C-098 de 2001.

[177] "Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la nación y sus entidades descentralizadas". En este caso, fue el legislador extraordinario quien fijó esta postura.

[178] El artículo disponía: *"ARTÍCULO 66. DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA. Salvo disposición en contrario, en los contratos que celebre la Nación 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.* || *En la cláusula compromisoria deberá convenirse la forma de nombrar los árbitros. El fallo siempre será en derecho.* || *La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos no son susceptibles de decisión arbitral"*.

[179] El artículo disponía: "*ARTÍCULO 47. CLÁUSULAS OBLIGATORIAS. De las cláusulas que forzosamente deben tener los contratos.* || *Salvo disposición en contrario, en todo contrato celebrado por la Nación se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa, sujeción a la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas, penal pecuniaria y renuncia a la reclamación diplomática.* || *Siempre deberán precisarse el objeto, la cuantía y el plazo para la ejecución completa del contrato"*.

[180] El inciso primero del artículo 51 señalaba: *"Articulo 51. De la declaratoria de caducidad. La declaración de caducidad deberá proferirse por el jefe de la entidad contratante mediante resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dieren lugar a ella y se ordenará hacer efectivas las multas, si se hubieren decretado antes, y el valor de la cláusula penal pecuniaria convenida, si fuere el caso"*. A su turno, el inciso segundo del artículo 60 disponía: "A*rtículo 60. De las cláusulas sobre multas. […]* || *Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 51 de este decreto"*. Finalmente, el inciso primero del artículo 61 establecía: *"Artículo 61. De la cláusula penal pecuniaria. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento"*.

[181] "Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones". En este caso, también fue el legislador extraordinario quien revaluó esta postura.

[182] El artículo en mención dispuso lo siguiente: *"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"*. El título al cual se remite recibió por nombre *"Título IV* || *Terminación, Modificación e Interpretación Unilaterales"*.

[183] El artículo en comento previó lo siguiente: *"Artículo 60. De las cláusulas que forzosamente deben contener los contratos. Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar. Así mismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado*

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV de este estatuto".

[184] El inciso final del artículo 116 de la Constitución Política de 1991, autorizó a los árbitros para administrar justicia "en los términos que determine la ley".

[185] Al punto que en ella se fundamentó la Corte Constitucional para proferir la Sentencia C-1436 del 2000.

[186] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 16.394.

[187] En el contexto del Decreto Ley 222 de 1983 podrían rastrearse intentos por variar la comprensión excepcional y restrictiva del arbitraje seguida, por ejemplo, en la Ley 4 de 1964, para empezar a admitir su aplicación ante controversias sobre efectos económicos derivados de actos administrativos contractuales. Sin embargo, esa postura no fue unívoca en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Aunque algunos pronunciamientos contemplaron la posibilidad de arbitrar las consecuencias económicas de estos actos, como lo muestra la Sentencia del 15 de mayo de 1992 (Exp: 5.326), esa postura vino a descartarse, como se aprecia con las Sentencias del 16 de junio de 1997 (Exp: 10.882) y de 06 de noviembre de 1997 (Exp: 7.903). En esas condiciones, a pesar de que la entrada del Decreto Ley 222 de 1983 marcó un inicio en la variación de la comprensión del asunto, con algunos pronunciamientos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, lo cierto es que la postura mayoritaria de entonces era la prohibición de arbitrar las discusiones de estos actos administrativos. Lo dicho queda plenamente evidenciado con la Sentencia del 8 de junio de 2000 (Exp: 16.973) de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

[188] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp: 16.973.

[189] De hecho, la Corte Constitucional también se fundamentó en ella para proferir la Sentencia C-1436 del 2000.

[190] *Cfr.*, Gaceta del Congreso 72 del 23 de septiembre de 1992, p. 21.

[191] *Ibidem*, p. 22. Cabe anotar que el uso del recurso de reposición no se contempló para el acto de adjudicación, el cual se estimó que no podría ser recurrido. Así quedo expreso en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

[192] Ese contenido normativo, hoy vigente, dispone: *"Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio: […] || 5o. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten".*

[193] Esa disposición, que se incorporó al Decreto Ley 1818 de 1998 y posteriormente fue derogada por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012 señalaba: *"Artículo 68. De la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales. Las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. || Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción".*

[194] Esa disposición, que se incorporó al Decreto Ley 1818 de 1998 y posteriormente fue derogada por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012 señalaba: *"Artículo 69. De la improcedencia de prohibir la utilización de los mecanismos de solución directa. Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales. || Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal".*

[195] *Cfr.*, Artículo 70 inciso primero y artículo 71 de la Ley 80 de 1993.

[196] Ese artículo, modificado por la Ley 782 de 2002 y vigente conforme el artículo 19 de la Ley 2272 de 2022, dispone: *"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".*

[197] Ese artículo, modificado por la Ley 1738 de 2014 y vigente conforme al artículo 19 de la Ley 2272 de 2022 dispone, en lo relacionado con la de caducidad, lo siguiente: *"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".*

[198] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp: 16.973.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

[199] Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000. En esos términos se reseñó la postura del demandante, quien argumentó el desconocimiento de los artículos 29, 116 y 236 a 238 de la Constitución Política.

[200] Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000.

[201] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp: 16.394.

[202] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp: 16.973.

[203] Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000. Resaltado añadido por la Sala Plena.

[204] *Ibidem*. Resaltado añadido por la Sala Plena.

[205] Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000. Resaltado añadido por la Sala Plena.

[206] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp.: 19.090. Allí se indicó: *"La Sala advierte que dentro del ámbito de competencia del arbitramento dirigido a la solución de conflictos contractuales estatales, no se encuentra comprendido el control jurídico de los actos administrativos; esta deducción proviene del siguiente principio de legalidad: [cita artículo 70 Ley 80 de 1993 compilado por el artículo 228 del Decreto 1818 de 1998]. || […] Por consiguiente, al no haberse incluido en el artículo 70 del Estatuto de Contratación Estatal, dentro de las facultades que pueden someterse al conocimiento de los árbitros, la de pronunciarse sobre los actos administrativos expedidos en desarrollo de tal proceso contractual, es claro que tal competencia quedó por fuera del conocimiento de la justicia arbitral. En este momento ello no admite duda, por cuanto la Corte Constitucional se pronunció sobre esas normas y declaró su exequibilidad, como ya se verá"*.

[207] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp: 21.040. En esa oportunidad se sostuvo: *"[l]a Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de dicho artículo y del 70 de la Ley 80 de 1993, en fallo proferido el día 25 de octubre de 2000 [se refiere a la Sentencia C-1436 del 2000] aclaró que la facultad dada a los árbitros para resolver conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, desarrollo, terminación y liquidación de los contratos estatales no se extiende a los actos administrativos expedidos en desarrollo de dicho proceso"*.

[208] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp: 16.718. Se expuso lo siguiente: *"jurídicamente no es posible someter a decisión de un tribunal de arbitramento las diferencias que surgieron como consecuencia de la declaratoria de terminación del contrato estatal 478 de 1995, por cuanto la decisión fue adoptada unilateralmente por la entidad contratante mediante la Resolución Nro. 01778 del 15 de julio de 1997 (fls. 58 a 60 cdno. ppal.), en uso de las facultades otorgadas por la ley 80 de 1993"*.

[209] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp: 25.154. Apoyándose en la Sentencia C-1436 de 2000, señaló: *"[l]a Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993 destacó que la facultad dada a los árbitros para resolver conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, desarrollo, terminación y liquidación de los contratos estatales no se extiende a los actos administrativos expedidos en desarrollo de dicho proceso"*.

[210] *Cfr.*, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp: 25.489. Sobre el tema explicó: *"[l]a causal fundada en la imposibilidad que tienen los árbitros de juzgar actos administrativos no se configura, en tanto la jurisprudencia mayoritaria de esta sección y de la Corte Constitucional que se ha desarrollado sobre el tema, señalan que lo vedado a los árbitros es asumir el juzgamiento de los actos administrativos expedidos por la entidad pública en ejercicio de sus potestades exorbitantes, actos inseparables que inciden en la relación negocial misma y que mantienen su naturaleza contractual"*.

[211] El laudo arbitral se profirió el 24 de abril de 2003.

[212] *Cfr.*, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 11 de marzo de 2004, Exp: 25.021.

[213] Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007.

[214] *Ibidem*. Se omiten los pies de página de la cita original y se añade el resaltado por la Sala Plena.

[215] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007. La Corte revocó el fallo de segunda instancia, con el cual se rechazó la tutela por improcedente, confirmó el fallo de primera instancia que negó la acción de tutela, pero por las razones expuestas en su sentencia, y, por consiguiente, negó la acción de tutela.

[216] Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007.

[217] *Ibidem*.

[218] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2010.

[219] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp: 36.252.

[220] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009, Exp: 36.252. Resaltado añadido por la Sala Plena.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

[221] *Ibidem*. Se omiten los pies de página de la cita original y se añade el resaltado por la Sala Plena.

[222] *Cfr*., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009, Exp: 36.252. Reseñó los artículos así: *"**Art. 70.- Asuntos susceptibles de conciliación.** El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:* [|||] *"Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, **sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85**, 86 **y 87 del Código Contencioso Administrativo**. (...)" (Se resalta). || "**Art. 71.- Revocatoria Directa.** El artículo 62 de la Ley 23 de 1991 quedará así: "Artículo 62. **Cuando medie acto administrativo de carácter particular**, **podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo** si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, **se entenderá revocado el acto sustituido por el acuerdo logrado**"*. Resaltado de la cita original.

[223] *Ibidem*, el artículo se reseñó así: *"el artículo 2º del Decreto 1818 de 1998 dispuso que "Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley"*.

[224] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009, Exp: 36.252.

[225] *Ibidem*.

[226] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Exp: 41.029. Allí destacó: *"A primera vista se observa que los actos administrativos a los cuales hizo referencia la entidad recurrente nada tienen que ver con actos administrativos que comporten el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común que hubieren sido expedidos por la entidad pública convocada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, de los cuales no pudiera conocer el Tribunal de Arbitramento. || [...] [C]omoquiera comoquiera que se trataba de actos administrativos diferentes de aquellos expedidos en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, los cuales sí podían ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros"*.

[227] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Exp: 39.942. En esa oportunidad concluyó sobre el tema lo siguiente: *"[e]n este orden, y en esta lógica, la conclusión que parece uniforme en estas líneas es que existen múltiples actos administrativos que pueden dictarse al 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"*.

[228] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Exp: 36.709. En esa oportunidad precisó lo siguiente al evaluar el caso: *"la sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, según la cual es inconstitucional que los árbitros se pronuncien sobre actos administrativos contractuales se limita a los descritos en el artículo 14 de la ley 80 de 1993; y que cualquier otro acto administrativo contractual sí puede ser materia de pronunciamiento por un Tribunal de Arbitramento"*.

[229] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Exp: 31.755. En un asunto en vigencia del artículo 70 de la Ley 80 de 1993 señaló: *"la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado profundizó en la determinación de la ratio decidendi del fallo constitucional contenido en la sentencia C-1436 de 2000 a propósito de lo cual concluyó que la limitación a la competencia de los Tribunales de Arbitramento se predica concretamente en el caso de las cláusulas excepcionales de la contratación estatal específicamente previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, entre las cuales se encuentra incluida, precisamente, la caducidad"*.

[230] En lo que refiere a esas disposiciones, el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012 señala: *"ARTÍCULO 118. DEROGACIONES. Deróguese el Decreto número 2279 de 1989; el inciso primero del artículo 10 del Decreto número 1056 de 1953, los artículos 90 a 117 de la Ley 23 de 1991; los artículos 12 a 20 del Decreto número 2651 de 1991; **los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993**; **los artículos 111 a 132 de la Ley 446 de 1998**; **los artículos 111 a 231 del Decreto número 1818 de 1998**; [...]"*. Resaltado añadido por la Sala Plena.

[231] Ley 1563 de 2012, inciso final del artículo 1º.

[232] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Exp: 17.859.

[233] *Ibidem*. Adujo su falta de jurisdicción, porque la controversia, diferida por las partes a los árbitros en virtud del pacto suscrito para ello, era de competencia de la justicia arbitral, pues: *"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"*.

[234] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Exp: 47.440.

[235] *Ibidem*. Al respecto sostuvo: *"la jurisprudencia del Consejo de Estado, que durante varios años fue constante en la negativa de reconocer competencia a la justicia arbitral para conocer de la legalidad de todos los actos administrativos proferidos por la entidad*

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

contratante ha evolucionado de manera coincidente con las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional, principalmente en las sentencias C-1436 de 2000 y SU-174 del 2007, en torno a las facultades de los árbitros frente a los actos administrativos involucrados en las controversias contractuales sometidas a su decisión, en el sentido de considerar que, en definitiva, aquellos carecen de competencia para decidir sobre los actos administrativos mediante los cuales la entidad estatal ejerce alguna de las facultades excepcionales consagradas expresamente como tales en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, mientras que les está permitido el conocimiento de otras decisiones unilaterales tomadas por la administración en el ámbito de un contrato estatal".

[236] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Exp: 56.138.

[237] *Ibidem*. Al respecto, señaló: *"La Ley 1563 de 2012 consagró la competencia de los Tribunales de Arbitramento para dirimir las controversias referidas a la liquidación del contrato estatal, sin distinguir el tipo o contenido de la controversia, según se lee en el artículo primero, lo cual se une a que el acto de liquidación unilateral no se encuentra dentro de aquellos que la ley enumera bajo las cláusulas excepcionales contenidas en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. || Acerca de este punto considera la Sala que continúa siendo aplicable la jurisprudencia de unificación de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el sentido de que los actos administrativos expedidos en ejercicio de las cláusulas excepcionales previstas en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 son los únicos actos contractuales cuya anulación no puede ser declarada por la jurisdicción arbitral. En este orden de ideas, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el Tribunal de Arbitramento sí tiene competencia para anular, total o parcialmente, el acto de liquidación unilateral del contrato, en la medida que sobre ello verse la controversia sometida a la jurisdicción arbitral"*.

[238] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Exp: 57.422.

[239] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 31 de octubre de 2016, Exp: 57.422. Resaltado añadido por la Sala Plena.

[240] *Ibidem*. Al resolver el caso consideró: *"No podía el Tribunal declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados con fundamento en una causal no prevista en la Ley. […] Revisado el laudo arbitral impugnado lo que se encuentra es que los jueces arbitrales no realizan un juicio de legalidad sobre la cláusula de reversión, sino que circunscriben su análisis a determinar si existió o no un incumplimiento por haberse incluido dentro de la reversión los vehículos utilizados para la prestación de los servicios contratados, lo que en últimas implica que éstos únicamente se pronunciaron sobre los efectos económicos de los actos administrativos demandados"*.

[241] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Exp: 56.800.

[242] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Exp: 63.256.

[243] *Ibidem*. En un *obiter dicta*, el Consejo de Estado reiteró que la restricción de los árbitros para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados al amparo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Sobre el tema indicó: *"la prohibición de la justicia arbitral para conocer sobre la legalidad de actos administrativos expedidos en el marco de las cláusulas previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 no era absoluta. Los árbitros tenían competencia para estudiar los efectos económicos de esos actos. Esta posición fue expuesta por la Subsección C en el año 2016, así: […] La excepcionalidad del conocimiento por parte de la justicia arbitral de los actos administrativos se limita entonces a la prohibición de pronunciarse únicamente sobre su legalidad en la medida en la intervención de dicha jurisdicción afectaría el ejercicio de la potestad excepcional. Cuando la decisión sobre la legalidad deba adoptarse simplemente para regular los efectos económicos del acto, la jurisdicción arbitral tiene plena competencia para pronunciarse sobre este aspecto. || En efecto, la limitación de analizar la legalidad del acto se refiere a que no se pueden eliminar sus efectos materiales"*.

[244] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Exp: 65.601.

[245] *Ibidem*. Al respecto se indicó: *"para esta colegiatura resulta claro que en vigencia de la Ley 1563 de 2012, la competencia de los árbitros para conocer de la legalidad de actos administrativos se mantiene, con el alcance introducido por esta disposición, esto decir, que pueden conocer: (i) de la legalidad de los que se expidan en el trámite contractual y. (ii) de los efectos económicos de los actos que sean producto de las facultades exorbitantes; no obstante, no pueden conocer de la validez de los actos administrativos producto de estas últimas facultades, es decir, de las contemplados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993"*.

[246] "Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias".

[247] Según el artículo 1º de la Ley 1682 de 2013, esa regulación aplica para la infraestructura del transporte que se entiende, según el artículo 2º de la ley, como el sistema *"de movilidad integrado por un conjunto de bienes tangibles, intangibles y aquellos que se encuentren relacionados con este, el cual está bajo la vigilancia y control del Estado, y se organiza de manera estable para permitir el traslado de las personas, los bienes y los servicios, el acceso y la integración de las diferentes zonas del país y que propende por el crecimiento, competitividad y mejora de la calidad de la vida de los ciudadanos"*.

[248] Sin perjuicio del estudio detallado que se hará en el caso concreto, vale la pena dejar presente que esta decisión desarrolló, en el panorama actual del arbitraje de los actos administrativos contractuales y sus efectos económicos, la siguiente limitante: *"[l]as 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*

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

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".

[249] *Cfr. Supra*. *"4. Problemas jurídicos y esquema de solución"*. Como se indicó, si bien este planteamiento se formuló bajo el defecto por violación directa de la Constitución, se adecuó al defecto sustantivo en virtud de los principios *iura novit* curia y *pro actione*.

[250] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, Documento "15. Resolución 589 de 2017 Impone modificación unilateral.pdf". Contra esa resolución se interpuso recurso de reposición y que fue confirmado integralmente en Resolución 691 del 19 de diciembre de 2017.

[251] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, Documento "13. Comunicaciones No. 2017EE17005 – 2017EE17006 y 2017EE27135.pdf", p. 3.

[252] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, Documento "15. Resolución 589 de 2017 Impone modificación unilateral.pdf", pp. 4 y 6-8.

[253] *Ibidem*, pp. 9-11

[254] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, Documento "15. Resolución 589 de 2017 Impone modificación unilateral.pdf",

[255] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, Documento "15. Resolución 589 de 2017 Impone modificación unilateral.pdf". Así se aprecia con el resolutivo segundo de la resolución.

[256] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, Documento "09. Otrosí del 21 de junio de 2013.pdf", pp. 61-62, y documento "15. Resolución 589 de 2017 Impone modificación unilateral.pdf", pp.18-19. Resaltado añadido por la Sala Plena

[257] La ecuación reseñada se extracta del contenido de la Sentencia del 14 de marzo de 2024 objeto de la presente tutela. Esa reseña probatoria se hizo con fundamento en el dictamen pericial de oficio que se decretó y practicó en el proceso arbitral. *Cfr.,* Expediente T-11087982, Documento "013.7ED_Anexo3CopiaSentencia(.pdf) NroActua 2(.pdf) NroActua 2-.pdf", p. 27.

[258] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, Documento "15. Resolución 589 de 2017 Impone modificación unilateral.pdf", p. 19.

[259] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, carpeta "01. Principal No 2 FOLIO 1-461", documento "62.Folio 274-308 119770 PRINCIPAL No 2 Memorial Reforma Demanda Arbitral SI99 S.A. Vs Transmilenio Vf_pagenumber.pdf", pp. 3-4. La reforma de la demanda se admitió mediante Auto No. 13 del 22 de octubre de 2020.

[260] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, carpeta "05.Principal No 5", documento "02_Laudo_Aritral_119770", p. 27.

[261] *Ibidem*, pp. 71-73.

[262] *Ibidem*, pp. 70-74. Resaltado añadido por la Sala Plena, se sustraen pies de página de la cita original.

[263] *Ibidem*, pp. 118-122. Resaltado añadido por la Sala Plena, se sustraen pies de página de la cita original.

[264] Ibidem, pp. 126-127. Resaltado añadido por la Sala Plena, se sustraen pies de página de la cita original.

[265] *Ibidem*, pp. 128-130.

[266] Expediente T-11087982, Documento "013.7ED_Anexo3CopiaSentencia(.pdf) NroActua 2(.pdf) NroActua 2-.pdf", p. 32.

[267] *Ibidem*, pp. 24-25.

[268] *Ibidem*, pp. 18-25.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

[269] *Ibidem*, p.26.
[270] *Ibidem*, p. 33.
[271] *Cfr. Supra*, "6. Fundamento constitucional del arbitraje".
[272] *Ibidem*
[273] Se transcribe con la modificación efectuada por el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022 al literal 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Resaltado añadido por la Sala Plena.
[274] Expediente T-11087982, Documento "013.7ED_Anexo3CopiaSentencia(.pdf) NroActua 2(.pdf) NroActua 2-.pdf", pp. 1 y 9.
[275] *Ibidem*, pp. 24-25. Resaltado añadido por la Sala Plena.
[276] *Cfr., Supra* "6.2. La definición de las materias susceptibles de arbitrarse".
[277] Corte Constitucional, Sentencia SU-081 de 2020.
[278] Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 2001.
[279] *Cfr. Supra* "6.2. La definición de las materias susceptibles de arbitrarse".
[280] *Cfr.,* Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2010. La Sala Plena recuerda que parámetro tiene plena vigencia, pues fue replicado en la Ley 2430 de 2024. Es decir, hoy se tiene que ejercen función jurisdiccional los particulares, actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, *"en los términos que señale la ley"*.
[281] *Cfr., Supra* "7.2 Postura condicionada de la arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales".
[282] *Cfr., Supra* "7.2 Postura condicionada de la arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales", en referencia al inciso primero del artículo 70 y artículo 71 de la Ley 80 de 1993.
[283] Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000.
[284] *Cfr., Supra* "7.2. Postura condicionada de la arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales".
[285] *Cfr., Supra*, "7.3. Postura actual de la arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales".
[286] Gaceta del Congreso 137 del 22 de marzo de 2013, p. 30.
[287] *ibidem*, p. 20.
[288] Gaceta del Congreso 911 del 13 de noviembre de 2013, p. 12. El texto de la versión inicial del artículo 14 fue modificado durante el debate en Plenaria de la Cámara de Representantes. Esta modificación fue consecuencia de la proposición presentada en ese sentido por el representante Diego Patiño Amariles.
[289] Gaceta del Congreso 54 del 20 de febrero de 2014, Acta de Plenaria número 250 de la sesión del martes 19 de noviembre de 2013, p. 26.
[290] *Cfr., Supra*, "7.3. Postura actual de la arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales". Los árbitros están habilitados para conocer disputas sobre los efectos económicos de los actos administrativos contractuales que concretan el ejercicio de las facultades excepcionales dispuestas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.
[291] De hecho, los expertos Juan Pablo Cárdenas Mejía y Patricia Mier Barros ilustraron a la Corte en este punto, cuando precisaron que las disputas sobre los efectos económicos en estos contornos no obedecen a un problema de legalidad del acto sino de lo probado en el proceso. Máxime porque el reconocimiento económico no es un derecho de la entidad pública ni una facultad que pueda ejercer de manera potestativa, sino un derecho del contratista.
[292] Expediente T-11087982, Documento "Cumplimiento Oficio OPT-420-2025", expediente digital 25000233600020240043900 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Documento "017RespuestaOficio", expediente del Tribunal Arbitral 119770, carpeta "05.Principal No 5", documento "02_Laudo_Aritral_119770", pp. 71-73
[293] *Ibidem*, pp. 70-74
[294] Para la Sala, los argumentos planteados remiten al defecto por desconocimiento del precedente judicial, de conformidad con la regla de unificación expuesta en la Sentencia SU-304 de 2024. Si bien buscan cuestionar la omisión de decisiones que han definido el alcance de la habilitación de estos asuntos en materia arbitral, no remiten a providencias que hayan ejercido un control abstracto de constitucionalidad o legalidad de esas normas.
[295] Expediente T-11087982, Documento "005. 3ED_2DemandaPDF(.pdf) NroActua 2-Demanda-1.pdf", pp. 72-73, pár. 195.

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

[296] *Cfr., Supra*: "5.3. El defecto por desconocimiento del precedente judicial".
[297] *Cfr., Supra* "7.2. Postura condicionada de la arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales".
[298] Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007, F.J. 3.1.3.5.
[299] *Ibidem*, F.J. 3.1.4.
[300] *Cfr., Supra*: "7.3. Postura actual de la arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales".
[301] *Ibidem.*
[302] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 10 de junio de 2009, Exp: 36.252, p. 56. Resaltado añadido por la Sala Plena.
[303] *Cfr., Supra*: "7.3. Postura actual de la arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales".
[304] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 8 de noviembre de 2012, Exp: 36.709.
[305] *Ibidem*.
[306] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Exp: 17.859.
[307] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Exp: 47.440.
[308] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Exp: 56.800.
[309] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Exp: 56.138.
[310] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Exp: 57.422.
[311] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Exp: 63.256.
[312] *Cfr.,* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Exp: 65.601.
[313] Expediente T-11087982, Documento "013.7ED_Anexo3CopiaSentencia(.pdf) NroActua 2(.pdf) NroActua 2-.pdf", pie de página 29 y 30.
[314] Expediente T-11087982, Documento "028.14CONTESTACIONDE_20240623000CONTESTAC(.pdf) NroActua 11(.pdf) NroActua 11-Contestación Tutela-3.pdf", pp. 4-5.
[315] Esto se ve reforzado con la intervención del Presidente de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sesión técnica adelantada, quien señaló que la decisión adoptada en la sentencia cuestionada surgió de una línea jurisprudencial decantada y precisada.
[316] Expediente T-11087982, Documento "028.14CONTESTACIONDE_20240623000CONTESTAC(.pdf) NroActua 11(.pdf) NroActua 11-Contestación Tutela-3.pdf", p. 5.
[317] *Ibidem*. En el mismo sentido, durante su intervención en la sesión técnica la consejera manifestó que el alcance de la unificación no fue la modificación de la facultad de los árbitros.
[318] Así quedo expuesto en: *Cfr., Supra* "8.2. La providencia judicial cuestionada incurrió en un defecto por violación directa de la Constitución".
[319] Sobre este asunto, el experto Juan Pablo Cárdenas durante su intervención en la sesión técnica indicó que no es extraño a nuestro ordenamiento jurídico que se reconozcan derechos patrimoniales a los particulares como consecuencia de actos de la administración, tal como ocurre en el caso de la expropiación.
[320] Al respecto, en la sesión técnica practicada, los intervinientes Martín Bermúdez y Jorge Chemás cuestionaron la aplicación de este nuevo precedente en el tiempo.
[321] Corte Constitucional, Sentencia SU-406 de 2016, F.J. 7.8.2.5.
[322] *Ibidem*, F.J. 7.8.2.6.
[323] Corte Constitucional, Sentencia T-044 de 2022, F.J. 83.
[324] Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 19 de septiembre de 2016 (Subsección C, exp. 57.422), 10 de noviembre de 2017 (Subsección A, exp. 56.800), 26 de julio de 2021 (Subsección B, exp. 63.256) y 17

Documento público tomado de la relatoría oficial (corteconstitucional.gov.co). No es una publicación de Estudio N2 Abogados. · n2abogados.com

de septiembre de 2021 (Subsección C, exp. 65.601), entre otras.

[325] Artículo 1º de la Ley 1563 de 2012: "(...) 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".

[326] Acción de tutela, p. 5 y 54.

[327] Por ejemplo, si la entidad pública declaraba que el ejercicio de la potestad excepcional no le produjo ningún perjuicio al contratista, o si cuantificaba los perjuicios en una suma determinada, los árbitros no podrían resolver sobre estas controversias que eran claramente económicas. Lo anterior tenía el agravante de que, según el artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales *deben* adoptar las medidas de restablecimiento que correspondan luego de ejercer una potestad excepcional. De modo que, bajo la tesis de la Sección Tercera, los árbitros prácticamente nunca se podrían pronunciar sobre las consecuencias económicas del acto administrativo.

[328] Sentencias C-014 de 2010 y C-186 de 2011.

[329] Sentencia SU-174 de 2007.

[330] Sentencia SU-142 de 2026, fundamentos 339 a 348.

[331] Dicha sentencia estudió la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993. El criterio usado para delimitar su sentido fue el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 1° del Decreto 2279 de 1998. Todas estas normas fueron derogadas por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012.

[332] "(…) 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."

[333] En este caso, la Corte se refirió al artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 y al artículo 14 de la Ley 1682 de 2013 como parte del estudio del defecto sustantivo en el que incurrió la sentencia del Consejo de Estado, pues ese tribunal los interpretó en forma manifiestamente irrazonable al privar de efectos a la postura –avalada por la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa– de que los árbitros pueden pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos que ejercen potestades excepcionales. En cambio, la Corte no estudió el impacto de esas normas sobre la posibilidad de que, eventualmente, estudien la legalidad de dichos actos, porque no era el objeto del litigio.

n2abogados.com