



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

Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

**Referencia:** Recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral  
**Radicación:** 11001-03-26-000-2022-00173-00 (68.994)  
**Recurrente:** Sistema Integrado de Transporte S.A. – SI 99 S.A.  
**Asunto:** Salvamento parcial de voto

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, procedo a exponer las razones por las cuales salvé parcialmente mi voto en relación con la sentencia aprobada el pasado 14 de marzo, a través de la cual se unificó la jurisprudencia respecto de los alcances de la potestad que tienen los árbitros, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, en presencia de un acto administrativo contractual en el que se ejercen facultades excepcionales.

Este disenso se relaciona tanto con los términos en los que quedó finalmente fijada la regla de unificación, como respecto de la solución del caso concreto en punto a la configuración de la causal segunda de anulación (falta de jurisdicción); y es parcial, como quiera que comparto lo resuelto frente a la alegada materialización de la causal prevista en el numeral 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, cargo que fue despachado desfavorablemente por la Sala.

Para empezar, advierto relevante referirme brevemente al marco normativo que regula la justicia arbitral en nuestro ordenamiento jurídico.

Como bien se sabe, el artículo 116 de la Constitución Política establece que *“los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”*. En ese sentido, el constituyente determinó



que sería el legislador el encargado de fijar los términos en los que se puede ejercer esa función transitoria y excepcional de administrar justicia.

Por su parte, en el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, tal y como fue modificado por la Ley 1285 de 2009, se estableció que pueden ejercer función jurisdiccional “*los particulares actuando como conciliadores o **árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley***”<sup>1</sup>, al tiempo que en el artículo primero de la Ley 1563 de 2012, “*Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*”, el legislador determinó que el arbitraje “*es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una **controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice***”.

Estas disposiciones normativas permiten colegir que, en nuestro ordenamiento, el arbitraje surge de un acuerdo de voluntades por virtud del cual las partes de una controversia deciden someterla al conocimiento de unos particulares que transitoriamente administran justicia, con la limitación de que, como expresamente se indicó en el Estatuto Arbitral, debe tratarse de “*asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice*”<sup>2</sup>.

Por su parte, el inciso final del artículo 1 del Estatuto Arbitral establece una regla de competencia específica en materia de justicia arbitral, en virtud de la cual, es posible llevar a su conocimiento las controversias relacionadas con “*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***”, de las que sean parte entidades públicas o quienes desempeñen funciones

<sup>1</sup> Antes de la modificación, la norma en cuestión establecía “*Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley*”.

<sup>2</sup> En este punto resulta relevante precisar que, si bien las normas que atribuyen competencia en el caso del ejercicio temporal de funciones jurisdiccionales deben ser interpretadas de manera restrictiva, en virtud del principio *favor arbitrandum*, las autoridades públicas, las partes contratantes y los árbitros deben favorecer aquellas interpretaciones que faciliten la preservación del arbitramento y que favorezcan la conservación del pacto arbitral, pues, como lo ha entendido la doctrina “*el principio de la interpretación a favor del arbitraje implica no solamente una favorabilidad en cuanto a la interpretación del respectivo convenio arbitral, sino que igualmente, tal criterio se aplicará con relación a la interpretación de la demanda arbitral y con referencia al pacto de arbitraje*” (GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán, *Régimen Arbitral Colombiano: ley 1563 de 2012*, Sección Segunda – El pacto arbitral, página 169).



administrativas, caso en el cual la decisión siempre deberá ser adoptada en derecho.

De conformidad con lo dicho en la providencia mediante la cual la Sección Tercera avocó conocimiento de este asunto con fines de unificación<sup>3</sup>, la tarea que asumió la Sala fue, precisamente, establecer *“el real alcance de la competencia atribuida a los árbitros en el artículo 1º del estatuto de arbitraje, en relación con los actos administrativos en los que se ejerce una facultad excepcional por parte de la entidad contratante”*.

Pues bien, al interpretar esta disposición, la Sala consideró, en primer lugar, que los árbitros no están autorizados para pronunciarse respecto de la validez de los actos administrativos contractuales que son el resultado del ejercicio de facultades excepcionales, conclusión que comparto plenamente en tanto, de un lado, la legalidad de un acto administrativo no es un asunto sobre el cual las partes puedan libremente disponer, y, del otro, como quiera que no existe norma legal que hoy en día habilite a la justicia arbitral para tales efectos, pues, en relación con esa materia, como se reconoce en la sentencia, ella solo puede *“pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos en los que se ejerzan facultades excepcionales”*<sup>4</sup>.

A ese planteamiento se le añadió en la ponencia una consideración adicional según la cual, en tanto las medidas de restablecimiento incluidas en este tipo de actos son adoptadas por mandato directo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que establece que *“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”*, ellas deben entenderse vinculadas de manera inescindible al ejercicio mismo de las facultades extraordinarias y, por tanto, su validez tampoco puede ser analizada por los tribunales arbitrales.

Frente a esta conclusión también manifesté mi coincidencia, pues estimo que el ejercicio de las potestades excepcionales tiene, realmente y de conformidad con la

<sup>3</sup> Auto de 20 de abril de 2023.

<sup>4</sup> Folio 24 de la sentencia objeto de salvamento parcial.



ley, dos componentes: uno, relacionado con la decisión misma de dar aplicación a alguna de las facultades previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, y otro relativo a las compensaciones económicas que resultan del caso para evitar un desequilibrio de las condiciones contractuales, componentes que, en mi criterio, son inescindibles del ejercicio mismo de la potestad.

Así, como la administración cuenta con esas facultades por razones que tocan con el interés general, el orden jurídico y el ejercicio del poder público y, por tanto, la legalidad de su ejercicio está por fuera del conocimiento arbitral, considero que, ciertamente, los árbitros no podrían entrar a analizar la validez o a modificar el contenido de las decisiones de compensación o de restablecimiento que adopte la entidad<sup>5</sup>.

Sin embargo, debo indicar que, respetuosamente y en mi criterio, ese planteamiento inicial que se efectuó en la providencia —el cual, insisto, el suscrito comparte—, no fue el que quedó concretado en la regla de unificación, cuyo tenor literal es el siguiente:

*“Como consecuencia de lo expuesto, la Sala procederá a unificar su jurisprudencia 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 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*

<sup>5</sup> En la sentencia C-1436 de 2000, la Corte Constitucional concluyó que los tribunales arbitrales no son competentes para resolver sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales: *“El carácter restrictivo de la competencia de los árbitros, fue recientemente reiterado por esta Corte, al establecer que ‘Si bien la Corte ha avalado la justicia arbitral como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, ello no puede interpretarse en el sentido que aquélla resulte privilegiada frente a la función permanente de administrar justicia por parte del Estado, ni que ésta puede verse cada vez más sustituida o reducida en su campo de acción’ (sentencia C-672 de 1999). 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.** ‘No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (CP art 113). Tampoco resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y respecto de los cuales no sea posible habilitación alguna. No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral.’ (sentencia T-057 de 1995)”* (se resalta).



*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” (se resalta).*

Mi disenso se relaciona con dos aspectos particulares que fueron incluidos en la regla de unificación: de un lado, la consideración de que son materias inescindibles del ejercicio de las potestades excepcionales no solamente las medidas de compensación sino también **“la aplicación de los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales”**; y, del otro, el señalamiento de que **“cualquier controversia”** que surja en torno a esos temas queda excluida del conocimiento arbitral.

A mi juicio, la inclusión de estos asuntos terminó vaciando de contenido la regla de competencia prevista en el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, pues, a pesar de que por expresa disposición del legislador los árbitros sí pueden conocer de las consecuencias económicas que generan los actos administrativos contractuales expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, la sentencia de la cual me aparto adoptó como criterio que la justicia arbitral no puede conocer de las controversias respecto de la *aplicación* de las medidas de compensación previstas en este tipo de actos, afirmando categóricamente que **“cualquier controversia”** relacionada con tales medidas solo puede ser llevada a la jurisdicción contencioso administrativa.

Como lo exprese a lo largo del debate de este asunto, tal criterio parte de la confusión de dos conceptos cuyo planteamiento y diferenciación hubieran podido servir como punto de partida para la determinación del verdadero alcance de la competencia prevista en el artículo 1 del Estatuto Arbitral, la definición de sus linderos y el ofrecimiento de herramientas concretas que permitieran a los operadores jurídicos dar aplicación a la misma. Se trata, específicamente, de diferenciar entre el *contenido económico del acto contractual* y los *efectos económicos* que este genera.

El primero de esos conceptos se refiere a las decisiones que la administración adopta en el acto administrativo con el objeto de restablecer la economía del contrato, decisiones que, como atrás se indicó, constituyen una clara expresión del ejercicio de la potestad extraordinaria y que, por tanto, no pueden ser sometidas al



conocimiento de la justicia arbitral; el segundo, se relaciona con los efectos o con las consecuencias que genera la aplicación práctica de tales decisiones, es decir, en palabras de la Corte Constitucional, con las cargas o prestaciones correlativas entre las partes que se generan después de la expedición del acto y que *“tienen que ver con asuntos como la existencia, el contenido, los alcances y las condiciones de la obligación pecuniaria objeto de la controversia; en otros términos, si existe una deuda contractual, y cómo se ha de cuantificar”*<sup>6</sup>.

Bajo tal distinción, es claro que cuando el legislador habilitó a los árbitros para conocer de *“las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales”*, en los términos del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, se refería a la posibilidad de someter a su conocimiento las controversias respecto de los *efectos económicos* que resultaran de su aplicación y no al *contenido económico* de los mismos, el cual, insisto, en mi criterio sí hace parte inescindible del ejercicio de la potestad extraordinaria.

Sin embargo, como quiera que estos aspectos no fueron debidamente delimitados al momento de definir la regla de unificación, se terminó estableciendo un criterio de interpretación que niega la posibilidad de que la justicia arbitral conozca tanto de la validez de las medidas de restablecimiento previstas por la administración en el acto administrativo contractual, lo que se ajusta a la previsión legal contenida en el referido artículo 1 del Estatuto Arbitral, como de las consecuencias económicas de las mismas, aspecto este último que sí la desconoce.

Lo anterior, en mi criterio, se opone además a lo planteado en algunos otros apartes de la sentencia en los que se afirma que la justicia arbitral sí puede analizar los efectos económicos que se derivan de la aplicación y ejecución de facultades excepcionales, tal y como lo prevé el ordenamiento jurídico vigente<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-174 de 2007.

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, en otros acápites de la providencia se afirma que: *“el tribunal únicamente podría analizar los efectos económicos que se hubieran derivado de la aplicación y ejecución del acto administrativo de modificación unilateral, como algo externo y posterior al mismo, pero no sobre la forma del restablecimiento ordenado en él. Dicho en otras palabras, 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 lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, norma que 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, que se puede ver afectada en contra de cualquiera de ellas, no solo del contratista”*.



Tales consideraciones me llevan a apartarme de la regla de unificación que quedó fijada en la sentencia a que se refiere este asunto.

Pero, además, mi disenso se relaciona también con las conclusiones a las que llegó la Sala al momento de decidir el caso concreto, específicamente, al analizar la materialización de la causal de anulación de falta de jurisdicción.

Lo anterior en tanto, en mi criterio, cuando los árbitros convocados para definir la controversia contractual existente entre la empresa SI 99 S.A. y Transmilenio S.A. se pronunciaron sobre las pretensiones cuarta, decimocuarta y subsidiarias de la demanda, limitaron su análisis a la revisión de los efectos económicos que había generado la decisión de modificación unilateral del contrato, determinando que la *aplicación* de la fórmula de remuneración establecida por la entidad en el acto contractual —no su expedición ni su estructuración—, se había traducido en un rompimiento del equilibrio económico del contrato que, por tanto, debía ser restablecido.

Así, partiendo de la legalidad de la modificación unilateral del contrato en los dos componentes que, de acuerdo con la ponencia, hacen parte del ejercicio mismo de la potestad extraordinaria —esto es, tanto de la decisión de modificación como de la determinación de los conceptos incluidos en la fórmula como relevantes para lograr el restablecimiento del equilibrio económico del contrato—, el panel arbitral se ocupó únicamente del análisis de las consecuencias económicas del acto<sup>8</sup>. De ahí que, sin controvertir o estudiar la corrección de los conceptos incluidos en la fórmula establecida por la administración, el Tribunal estudió los valores que, posteriormente, fueron asignados a ella, valores que, debe resaltarse, ni siquiera se encontraban en los actos demandados sino que fueron planteados en mesas de trabajo adelantadas entre la entidad y el concesionario, teniendo en cuenta que ya

---

<sup>8</sup> Así, el Tribunal expresamente indicó: “[e]s oportuno señalar, a manera de conclusión panorámica de la reseña efectuada respecto de las Resoluciones 589 y 691 de 2017, que TRANSMILENIO ejerció la prerrogativa -normativamente autorizada, y en ese sentido no cuestionada en el presente trámite- de modificación unilateral 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 debate en el presente proceso”.



no se trataba de recuperar la inversión de la concesión, sino solo de asegurar que se le pagara correctamente por el servicio que iba a prestar.

En ese sentido, el Tribunal se apoyó en las conclusiones del dictamen pericial practicado de oficio, en el que se advirtió que, al momento de *aplicar* la fórmula, ella se alimentó con unos valores que no reconocían realmente los gastos y la utilidad esperada, pero sin referirse a los conceptos mismos de la fórmula sino, se reitera, únicamente a las cifras con las que fueron reemplazados esos conceptos al momento de aplicarla. Así, el hecho de que en el laudo se haya concluido que esos valores realmente no lograban reestablecer el equilibrio del contrato, no puede entenderse como un ataque contra la legalidad del acto, ni tampoco contra el ejercicio de la facultad excepcional de modificación con la que contaba la administración.

Esta conclusión no se ve afectada por el hecho de que se haya concluido que el porcentaje de descuento que había sido tenido en cuenta por la entidad —y que era un valor fijo dentro de la fórmula— resultaba equivocado, pues, se insiste, el panel arbitral no controvertió de manera alguna la inclusión del concepto mismo de descuento dentro de la ecuación, sino apenas los efectos económicos que se habían generado al momento de reemplazar dicho concepto por valores reales.

Por esta razón, me aparto de la consideración que se plantea en la sentencia en el sentido de que, a pesar de que los árbitros manifestaron que las decisiones adoptadas no se relacionaban con la validez de la decisión de la entidad, *“la realidad permite evidenciar que el cálculo del monto indemnizatorio se fundó en una nulidad virtual de la Resolución 589, la cual, según se concluyó, implementó unas variables que no eran veraces o correctas”*, de forma que cuando estudió el asunto *“de manera implícita, coligieron que el acto adolecía de falsa motivación”*<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Cabe señalar que en los fundamentos jurídicos de la Resolución 589 se indicó: “29. Que como consecuencia de la ampliación 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 S199 S.A. y que recojan el momento en que se encuentra el Contrato. (...). // 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



Al respecto, debo resaltar que, de conformidad con el artículo 137 del CPACA, el juicio de legalidad implica verificar si el acto administrativo de que se trate ha sido expedido *“con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”*.

A partir de la sentencia C-1436 de 2000, mediante la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, y del entendimiento que de dicho fallo ha tenido el Consejo de Estado, se ha establecido una clara distinción entre el estudio de la legalidad de los actos contractuales en los que se ejercen potestades excepcionales y el análisis de las repercusiones económicas de los mismos. Así, en sentencia de 31 de octubre de 2016, el Consejo de Estado indicó que mientras el juicio de legalidad implica un ejercicio de subsunción entre el contenido del acto administrativo objeto de revisión y las normas que se reputan vulneradas o desconocidas, cuando se analizan las consecuencias económicas de esos actos administrativos contractuales lo que se hace es revisar *“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 éste no resulten lesivas al patrimonio público y se encuentren suficientemente respaldadas en las pruebas arrojadas para ello”*<sup>10</sup>.

Así, aunque en los dos juicios hay, por supuesto, una interpretación y un examen jurídico —que lleva al análisis de los hechos y pruebas de cara a unas determinadas premisas fijadas en el ordenamiento—, solo el de legalidad implica un verdadero *“ejercicio de subsunción o encuadramiento entre el contenido del acto administrativo objeto de revisión o estudio 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”*, juicio que, incluso, *“prescinde de la valoración de los efectos económicos que se*

---

*continuo reconocimiento del valor por este concepto corresponde a un beneficio indebido del Concesionario. 34. Que lo anterior hace necesario un ajuste a la tarifa pactada”*.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2016, radicación 57.422. En el mismo sentido, en sentencia SU-174-2007 la Corte Constitucional había sostenido que es perfectamente factible que, para la resolución de las controversias exclusivamente económicas, los tribunales arbitrales no examinen la legalidad ni cuestionen la validez de los actos administrativos.



*puedan generar entre las partes*<sup>11</sup>. Por el contrario, el análisis de los efectos económicos del acto lo que busca establecer es si las condiciones económicas que las partes pactaron al momento de la celebración del contrato se alteraron durante su ejecución y, específicamente en el caso del desequilibrio económico, si ello ocurrió por causas sobrevinientes, imprevisibles y no imputables a quien resulta afectado.

En ese sentido, estimo que para arribar a la conclusión de que, en este caso, el tribunal arbitral realmente había adelantado un juicio de legalidad del acto contractual, resultaba necesario verificar si la argumentación planteada en el laudo se había encaminado a cuestionarlo directamente por alguno de los aspectos a que se refiere el artículo 137 del CPACA; sin embargo, respetuosamente debo indicarlo, en la sentencia no se planteó o desarrolló con suficiencia ese asunto.

Además, a lo largo del trámite arbitral fue claro que estaban excluidos del debate procesal todos los aspectos relativos a la legalidad de los actos administrativos contractuales en los que Transmilenio ejerció la facultad de modificación unilateral.

Así, cuando el Tribunal estudió su competencia entendió que realmente *“ninguna de las pretensiones de la demanda arbitral busca que se declare la ilegalidad de las Resoluciones 589 y 691 de 2017”*, sino que ellas solo se referían, se reitera, a la aplicación de la fórmula de remuneración, asunto que *“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”*. Fue precisamente bajo tal entendimiento que el panel arbitral afirmó su competencia, limitando el debate al asunto que sí podía resolver de conformidad con sus atribuciones legales, teniendo en cuenta las afirmaciones del concesionario que señalaban que si bien Transmilenio había actuado bajo parámetros de legalidad, se había producido una alteración de la ecuación contractual que habilitaba al contratista, de conformidad con los artículos 4, 5 y 27 de la Ley 80 de 1993, para perseguir el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 31 de octubre de 2016. Rad. 57422.



En el mismo sentido, al momento de dictar el lado el Tribunal nuevamente advirtió que no se efectuaría análisis alguno de legalidad o acierto de la fórmula, así como tampoco se entraría a *“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”*, sino que únicamente se limitaría a verificar si con ella se habían cubierto los costos, gastos y utilidades que esperaba recibir el concesionario. De hecho, bajo esa premisa, el panel arbitral desechó las consideraciones del dictamen pericial según las cuales la fórmula misma se encontraba mal diseñada, en tanto el concepto de EBITDA no era realmente el margen que, desde la perspectiva financiera, debía tenerse en cuenta para calcular una utilidad justa, sino más bien el de WACC.

Por todo lo anterior, estimo que en este caso el Tribunal Arbitral no actuó con falta de jurisdicción ni por fuera del ámbito de sus competencias, pues, en realidad, el asunto sometido a su consideración y la decisión adoptada estuvieron enmarcadas dentro de las materias que el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012 prevé que puedan llevarse a conocimiento de la justicia arbitral. De ahí que, a mi juicio, el cargo de anulación propuesto por falta de jurisdicción debió haber sido negado.

Por lo demás, y como lo anuncié al inicio de este escrito, comparto tanto las consideraciones como la decisión adoptada en relación con el estudio de la causal séptima del artículo 41 del Estatuto Arbitral, relativa a haberse fallado en conciencia o en equidad debiendo ser en derecho, la cual, a mi juicio, no se configuró en este caso.

En los anteriores términos y con el mayor respeto por la decisión en comento, dejo expresado el sentido de mi salvamento parcial de voto.

Fecha ut supra,

**NICOLÁS YEPES CORRALES**  
Consejero