

Bogotá, 29 de agosto de 2024

**SEÑORES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL**
E. S. D.

Referencia: demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, bajo la interpretación unificada del Consejo de Estado.

Protegido por Habeas Data abogado y ciudadano en ejercicio, actuando en nombre propio, identificado como aparece al pie de mi firma, en virtud de la facultad consagrada en el numeral 6 del artículo 40 de la Constitución Política y conforme a lo previsto en el numeral 4 del artículo 241 ibídem, interpongo acción pública de inconstitucionalidad en contra del inciso final del artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, bajo la interpretación unificada del Consejo de Estado, con fundamento en las razones jurídicas que en lo sucesivo se exponen.

1. El inciso final del artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, bajo la interpretación unificada del Consejo de Estado, que se acusa como inconstitucional

El siguiente es el texto del inciso final del artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 48.489 del 12 de julio de 2012:

“LEY 1563 DE 2012
(julio 12)

Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.

**EL CONGRESO DE COLOMBIA
DECRETA:**

SECCIÓN PRIMERA.

ARBITRAJE NACIONAL.

CAPÍTULO I.

NORMAS GENERALES DEL ARBITRAJE NACIONAL.

ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN, MODALIDADES Y PRINCIPIOS. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes

defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

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". (Negrillas fuera de texto)

Sin embargo, lo que se acusa como inconstitucional no es la norma en sí misma, sino la **interpretación unificada** que de ella hizo el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 14 de marzo de 2024¹. En efecto, en dicha providencia, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado estableció que los árbitros no estaban habilitados para conocer de controversias sobre (i) la validez de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales y (ii) los efectos económicos de dichos actos - posibilidad que sí habilita la ley-, así:

"(...) 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 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"². (Negrillas fuera de texto)

En consecuencia, no es la ley, sino la interpretación del Consejo de Estado del inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, que restringe la competencia de los árbitros sobre la validez y efectos económicos de los actos administrativos expedidos en ejercicio de

¹ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

² Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

facultades excepcionales, la que se considera inconstitucional, pues aplicar esa regla jurisprudencial quebranta las normas constitucionales que más adelante se indican.

2. Cuestiones previas

A continuación, se examinan tres cuestiones previas que deben superarse para que pueda resolverse de fondo la presente demanda. En primer lugar, la comprobación de los presupuestos para la aplicación de la doctrina del derecho viviente; en segundo lugar, la ausencia de cosa juzgada formal y, por último, la no configuración de la cosa juzgada material.

2.1. Comprobación de los presupuestos para la aplicación de la doctrina del derecho viviente

La Corte Constitucional ha determinado que es procedente el control constitucional de interpretaciones realizadas por los órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria y de lo contencioso administrativo. Al respecto, la Corporación ha señalado lo siguiente:

“La jurisprudencia de la Corte ha contemplado la hipótesis según la cual es viable que en determinados eventos el control de constitucionalidad recaiga sobre la interpretación uniforme de una disposición legislativa y no exclusivamente contra la literalidad del texto normativo correspondiente. Esto debido a que dicha práctica jurídica genera una comprensión estable y extendida del precepto correspondiente, respecto de la cual se puede predicar el control abstracto de constitucionalidad. Esta fórmula ha sido denominada por la jurisprudencia como la doctrina del derecho viviente”³.

La Corte Constitucional también ha precisado que para la procedencia del control constitucional de interpretaciones realizadas por los órganos de cierre se requiere el cumplimiento de ciertos requisitos. En efecto, en la sentencia C-557 de 2001 se estableció que la doctrina del derecho viviente -como causal para ejercer el control constitucional- se configura cuando la interpretación jurisprudencial es consistente, consolidada y relevante. Estos criterios han sido reiterados por la Corte, en especial mediante Auto 170 del 18 de julio de 2012, en los siguientes términos:

“Aunque este precedente admite la posibilidad de invocar la existencia del derecho viviente como causal para ejercer el control de constitucionalidad, también la ha revestido de estrictos requisitos de índole fáctico. Así, ha considerado que para aplicar esa doctrina debe acreditarse que: **(i) es consistente**, aun cuando no sea idéntica y uniforme, y salvo que resulte abiertamente contradictoria, caso en el cual no puede hablarse de una regla normativa generalmente acogida; **(ii) debe estar plenamente consolidada o afianzada**, pues una sola opinión doctrinal o una decisión judicial de los órganos de cierre de la respectiva jurisdicción -Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado-, no alcanza a conformar un criterio dominante de interpretación; **(iii) debe ser relevante o significativa**, en cuanto permita señalar el verdadero espíritu de la norma o determinar sus alcances y efectos”⁴. (Negrillas fuera de texto)

³ Corte Constitucional. Auto 170 del 18 de julio de 2012.

⁴ Corte Constitucional. Auto 170 del 18 de julio de 2012. En similar sentido, puede verse: Corte constitucional. Sentencia C-214 de 2021.

Siguiendo los parámetros transcritos, a continuación, se demuestra que en el presente caso se cumplen los tres requisitos que viabilizan el control constitucional de la interpretación del Consejo de Estado respecto del inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012.

2.1.1. La interpretación judicial plasmada en la Sentencia de Unificación del 14 de marzo de 2024 del Consejo de Estado es consistente

Mediante auto del 20 de abril de 2023, la Sala Plena de la Sección Tercera avocó conocimiento de un recurso extraordinario de anulación con el fin de unificar su jurisprudencia respecto de 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. En el auto que avocó conocimiento se lee:

“En síntesis, surge la necesidad de que sea la Sala Plena de la Sección Tercera quien resuelva la presente controversia, **en aras de 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”⁵.
(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Producto de lo anterior, la Sala Plena de la Sección Tercera profirió la Sentencia del 14 de marzo de 2024 en la cual se interpretó el inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 y se unificó la jurisprudencia respecto de la competencia de los árbitros sobre la validez y los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, así:

“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 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”⁶.
(Negrillas fuera de texto)

⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Auto de 20 de abril de 2023. C.P. María Adriana Marín, exp. 68.994.

⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

Lo anterior demuestra que la interpretación del Consejo de Estado que se acusa como inconstitucional es *consistente* porque es una regla normativa vigente que fue adoptada mediante una providencia de unificación en firme⁷ y, por ende, se impuso, desde ese momento, una directriz clara a los usuarios de la administración de justicia, a los árbitros y a los operadores jurídicos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interpretar el inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, en el sentido de restringir la competencia de los árbitros para resolver controversias sobre la validez y efectos económicos de los actos administrativos contractuales expedidos en ejercicio de facultades excepcionales (art. 14 Ley 80).

Así pues, la limitación impuesta a los árbitros para resolver sobre la validez y efectos económicos de tales actos constituye una interpretación jurisprudencial del Consejo de Estado que goza de estabilidad porque se encuentra en una sentencia de unificación jurisprudencial, en los términos del artículo 270 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante “CPACA”).

2.1.2. La interpretación judicial plasmada en la Sentencia de Unificación del 14 de marzo de 2024 del Consejo de Estado es consolidada

La interpretación del Consejo de Estado según la cual los árbitros no pueden pronunciarse sobre la validez y efectos económicos de los actos administrativos contractuales proferidos en ejercicio de facultades excepcionales fue adoptada mediante sentencia en firme del 14 de marzo de 2024. Tal pronunciamiento se estima suficiente para acreditar la interpretación consolidada del Consejo de Estado porque fue proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera en el marco de un recurso extraordinario de anulación y, adicionalmente, se profirió con el fin expreso de unificar la jurisprudencia sobre aspectos relacionados con el arbitraje⁸.

Se trata, por tanto, de una decisión suficiente e idónea para acreditar el requisito de la consolidación porque en ella expresamente se unificó con efectos *erga omnes* la jurisprudencia por el tribunal supremo de lo contencioso administrativo respecto de la competencia de los árbitros sobre actos administrativos contractuales proferidos en ejercicio de facultades excepcionales (art. 14 Ley 80). En otros términos, la providencia en cuestión constituye un criterio dominante de interpretación al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por haber sido adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera en el marco de un recurso extraordinario y con expresos fines de unificar jurisprudencia, en los términos del artículo 270 del CPACA.

En definitiva, la providencia del 14 de marzo de 2024 impuso un criterio jurisprudencial plenamente *consolidado* o *afianzado* en la jurisdicción contenciosa que, hasta el momento, no ha sido modificado.

⁷ Frente a la Sentencia del 14 de marzo de 2024, una de las partes solicitó la adición del fallo para que se ajuste la condena en costas. La solicitud fue negada mediante providencia del 23 de mayo de 2024. Por lo tanto, la sentencia se encuentra en firme desde la notificación de dicha providencia.

⁸ Sobre el particular, en la nota a pie de página No. 1 de la sentencia del 14 de marzo de 2024 se lee: “Mediante auto del 20 de abril de 2023, la Sala Plena de la Sección Tercera resolvió avocar el conocimiento del presente asunto, con el fin de 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”.

2.1.3. La interpretación judicial plasmada en la Sentencia de Unificación del 14 de marzo de 2024 del Consejo de Estado es relevante

La interpretación judicial del Consejo de Estado, plasmada en la providencia de unificación del 14 de marzo de 2024, es *relevante* porque fijó el alcance del inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012.

Si bien de la literalidad del inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012 se desprende que los árbitros tienen competencia para pronunciarse sobre todas las controversias contractuales *“incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales”*, el Consejo de Estado restringió el alcance de dicha norma porque, en contravía de lo previsto en la ley, dispuso que los árbitros no pueden pronunciarse sobre la validez y efectos económicos de tales facultades excepcionales.

En su razonamiento, como en el ordenamiento jurídico no existe autorización legal para que los árbitros examinen la legalidad de actos administrativos que materializan cláusulas excepcionales, habilitar a los árbitros para conocer de los efectos económicos de ese tipo de actos conlleva a examinar la legalidad del acto administrativo. En otros términos, para el Consejo de Estado, *“estos efectos patrimoniales del acto son inescindibles al mismo, y no son externos o ajenos a él”*⁹, lo cual implica que no pueda haber un pronunciamiento de los efectos patrimoniales del acto sin examinar su validez. Así, para el Consejo de Estado, la validez y efectos económicos de este tipo de actos son materias reservadas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora, como este criterio interpretativo está contenido en una providencia de unificación y estos proveídos *“cumplen la función especial y específica de ordenar y clarificar el precedente aplicable”*¹⁰ y, adicionalmente, *“tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia”*¹¹ es claro que se trata de una interpretación relevante para los árbitros y los jueces que conforman la jurisdicción de lo contencioso administrativo porque las autoridades judiciales deben respetar y aplicar dicho precedente¹² y también son relevantes para los usuarios de la justicia administrativa porque son ellos quienes, en el fondo, padecen los efectos adversos de la interpretación inconstitucional de la ley.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo expuesto en este acápite, están demostrados los presupuestos para la aplicación de la doctrina del *derecho viviente* con el fin de viabilizar el control constitucional propuesto.

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2012.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2012.

¹² Al respecto, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-634 de 2011 ha establecido lo siguiente: *“En términos simples, el deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y/o hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en tanto la ratio decidendi de esas sentencias contienen las subreglas que, mediante la armonización concreta de las distintas fuentes de derecho, dirimen los conflictos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales y administrativas. Esta disciplina jurisprudencial, a su vez, garantiza la vigencia de principios nodales para el Estado Constitucional, como la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante las autoridades”*

2.2. Ausencia de cosa juzgada formal

La cosa juzgada formal se configura cuando existe un pronunciamiento de constitucionalidad previo sobre una norma que es demandada. Así lo ha entendido la Corte Constitucional:

"(...). De la manera más genérica, entiende esta Corporación que tiene lugar la figura de la cosa juzgada formal, cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es llevada posteriormente a su estudio. Supone la vinculación jurídica que surge para el juez constitucional en relación con el precepto en sí mismo formalmente considerado"¹³.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que, en el presente caso, no se estructura la cosa juzgada formal porque no existe pronunciamiento de fondo de la Corte Constitucional sobre el inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012. Se registra simplemente un pronunciamiento inhibitorio de la Corte Constitucional sobre la norma en comento, por ineptitud de la demanda, que evidentemente no configura la cosa juzgada formal¹⁴.

2.3. Ausencia de cosa juzgada material

Teniendo en cuenta que en este caso podría alegarse la configuración de la cosa juzgada material, es menester examinar este punto. La cosa juzgada material no se centra en la identidad del texto normativo, sino en su contenido. Al respecto, la Corte ha señalado lo siguiente:

"En segundo lugar, la noción de Cosa juzgada material. Se presenta este fenómeno cuando no se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino de una disposición cuyos contenidos normativos son idénticos. El fenómeno de la cosa juzgada opera así respecto de los contenidos de una norma jurídica: tiene lugar cuando la decisión constitucional resuelve el fondo del asunto objeto de su juicio que ha sido suscitado por el contenido normativo de un precepto, de acuerdo con el artículo 243 de la Carta Política"¹⁵.

En principio, podría afirmarse que en este caso se configura la cosa juzgada material porque existe un pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre la competencia de los árbitros sobre actos administrativos que materializan facultades excepcionales y, por ende, debería estarse a lo allí resuelto (Sentencia C-1436 de 2000). Sin embargo, existen por lo menos las siguientes razones jurídicas que permiten demostrar la ausencia de ese fenómeno frente (i) a la validez de este tipo de actos administrativos y (ii) frente a sus consecuencias económicas, para lo cual se incorpora esta breve línea de tiempo con el fin de contar con un esquema básico de referencia para en el desarrollo argumentativo que presenta:

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-427 de 1996.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-457 de 2015.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-427 de 1996.



AAE: Acto administrativo proferido en ejercicio de facultades excepcionales (art. 14 Ley 80)

2.3.1. No se configura la cosa juzgada material porque la Sentencia C-1436 de 2000 no tuvo en cuenta la Ley 270 de 1996 y la Sentencia C-037 de 1996 como referentes para el control constitucional

En la sentencia C-1436 de 2000 la actora estimó que los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 vulneraban los artículos 29, 116, 236, 237 y 238 de la Constitución porque las normas acusadas podrían interpretarse en el sentido de permitirles a los árbitros pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos contractuales que desarrollan facultades excepcionales (art. 14 Ley 80).

A su turno, la Corte Constitucional, para tomar su decisión, examinó los artículos 116, 236, 237 y 238. El artículo 116 de la Constitución para señalar, principalmente, que *“la competencia de los árbitros es de interpretación restrictiva”* y los artículos 236, 237 y 238 para determinar que las normas constitucionales sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sus funciones y potestades impiden a los árbitros examinar la validez de los actos administrativos derivados de facultades excepcionales a la contratación entre particulares.

Sin embargo, en aquella oportunidad, para realizar el control constitucional no se tuvo en cuenta la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), que desarrolló el artículo 116 de la Constitución sin establecer limitación alguna a la materia arbitrable. Tampoco se consideró la Sentencia C-037 de 1996, que examinó de forma previa la constitucionalidad de la ley estatutaria sin fijar condicionamiento sobre la competencia de los árbitros sobre la validez y los efectos económicos de los actos administrativos que ejercen facultades contractuales excepcionales.

Así las cosas, como en el presente caso se propone realizar un control constitucional de una regla jurisprudencial a partir del bloque de constitucionalidad en sentido *lato*¹⁶, es decir, teniendo en cuenta, además de la Constitución, la Ley Estatutaria de

¹⁶ Al respecto puede verse Sentencia C-582 de 1999: *“De otro lado, la noción lato sensu del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional”*.

Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) y la Sentencia C-037 de 1996, lo cual no se hizo en la Sentencia C-1436 de 2000, resulta claro que no se estructura la cosa juzgada y que es procedente el análisis de fondo con estos nuevos elementos.

2.3.2. No se configura la cosa juzgada material porque con posterioridad a la Sentencia C-1436 de 2000 se presentó un cambio normativo estatutario y un nuevo pronunciamiento de constitucionalidad (Sentencia C-713 de 2008) que no limitó la materia arbitrable

En el año 2008, la Corte Constitucional revisó de forma previa la constitucionalidad de la Ley 1285 de 2009, Estatutaria de la Administración de Justicia. Esta ley modificaba algunos artículos de la Ley 270 de 1996 y, en cuanto al arbitraje, reiteró en su artículo 3 que “[L]os particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”¹⁷, al tiempo que en su artículo 6 señaló que ejercen función jurisdiccional “[L]os particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley”¹⁸.

En esta oportunidad, el Legislador Estatutario reprodujo con algunos matices tanto el artículo 116 de la Constitución como la ley estatutaria inicial sobre la posibilidad de que los árbitros administren justicia de forma transitoria, en los términos en los que señale la ley, pero no dispuso ninguna restricción frente a la materia arbitrable. De hecho, frente al tema que interesa en esta causa, en la legislación estatutaria no se limita la competencia de los árbitros para resolver controversias atinentes a la validez de los actos administrativos que concretan facultades excepcionales de que trata el artículo 14 de la Ley 80 y menos aún sobre sus consecuencias económicas.

Por su parte, la Corte Constitucional mediante sentencia C-713 de 2008 tampoco condicionó las normas objeto de revisión en lo que se refiere a la materia arbitrable¹⁹. Por el contrario, en la sentencia en comento se dijo que “se encuentra acorde con la Constitución el que transitoriamente los particulares puedan ser investidos de la función de administrar justicia, pues se ha indicado que tal habilitación es transitoria”²⁰ y también se puso de presente, siguiendo lo dicho en la sentencia C-037 de 1996, que los nuevos textos normativos, que reproducen los ya existentes, “encuentran fundamento en el artículo 116 Superior, al referirse a las demás autoridades y personas que de conformidad con lo dispuesto en la Constitución se hallan facultadas para administrar justicia”²¹ y que desde esa perspectiva “la Corte no encuentra ningún reparo de constitucionalidad, dado que la norma bajo examen reitera las atribuciones previstas en el estatuto Superior”²².

Lo anterior pone de presente que entre los años 2008 y 2009 surgió un nuevo referente de control constitucional que se integra por la Sentencia C-713 de 2008 y por la Ley 1285 de 2009, en el cual no impuso condicionamiento alguno a la materia arbitrable, ni aludió a lo resuelto en la sentencia C-1436 de 2000. En consecuencia, el problema constitucional expuesto en esta demanda cuenta con la presencia de un nuevo elemento normativo o

¹⁷ Actual artículo 8 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

¹⁸ Actual artículo 13 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

¹⁹ Se presentó un condicionamiento sobre un tema diferente al que es objeto de debate en este caso. En efecto, en virtud de la Sentencia C-713 de 2008, el numeral 3 se declaró condicionalmente exequible, ‘... en el entendido de que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales’

²⁰ Corte Constitucional Sentencia C-713 de 2008.

²¹ Corte Constitucional Sentencia C-713 de 2008.

²² Corte Constitucional Sentencia C-713 de 2008.

referente de control constitucional que permite, por una parte, descartar la figura de la cosa juzgada y, por otra, proseguir con el análisis de fondo del asunto.

2.3.3. No se configura la cosa juzgada porque los artículos objeto de revisión por la Sentencia C-1436 de 2000 fueron derogados y reemplazados por un marco normativo formal y materialmente diferente

La Sentencia C-1436 de 2000 versaba sobre los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, los cuales quedaron derogados el 12 de octubre de 2012 por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012 (fecha en la que entró a regir la Ley 1563). Por lo tanto, ante la derogatoria expresa de los artículos examinados por la Corte Constitucional y la entrada en vigor de un Estatuto Arbitral que reguló íntegramente el arbitraje, resulta claro que la misma suerte corrieron los efectos de la Sentencia C-1436 de 2000. Es decir, se trata de un fallo de constitucionalidad que tuvo efectos mientras estuvieron en vigor los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, de manera que no puede mantenerse indefinidamente en el tiempo, menos aún como cosa juzgada, frente a un nuevo contexto normativo con regulaciones y finalidades diferentes, como pasa a explicarse.

El nuevo marco jurídico que rige al arbitraje (Ley 1563) surgió a partir de motivaciones y propósitos del legislador muy distintos a los derogados artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, lo que permite evidenciar un cambio importante en el contexto normativo que tendrá que valorar la Corte para realizar el estudio de la presente controversia constitucional. Para observar la diferencia entre ambas regulaciones, a continuación, se presentan los textos de los cuerpos normativos:

Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” (artículos derogados)	Ley 1563 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones” (artículo vigente)
<p>ARTÍCULO 70º.- DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, determinación o liquidación.</p> <p>El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un solo árbitro.</p> <p>La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.</p> <p>Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.</p> <p>En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional.</p> <p>ARTÍCULO 71º.- DEL COMPROMISO. Cuando en el</p>	<p>ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN, MODALIDADES Y PRINCIPIOS. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.</p> <p>El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.</p> <p>El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.</p> <p>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 preferirse en derecho. (Negrillas fuera de texto)</p>

<p>contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.</p> <p>En el documento de compromiso que se suscriba se señalarán la materia objeto del arbitramento, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos del mismo. (Negrillas fuera de texto)</p>	
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

Frente a las regulaciones expuestas pueden evidenciarse los siguientes puntos relevantes para esta controversia constitucional:

En primer lugar, ambas regulaciones provienen de fuentes distintas. La Ley 80 proviene de la facultad prevista en el inciso final del artículo 150 de la Constitución que establece que “[C]ompete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”. Fue en virtud de este mandato constitucional que el Congreso expidió ese marco normativo contractual en donde se incorporaron algunos artículos sobre el arbitraje, habilitando a las partes del contrato a resolver las controversias de dicha índole mediante el mecanismo arbitral. Sobre esta regulación aislada y puntual (artículos 70 y 71 de la Ley 80) se pronunció la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1436 de 2000.

Por el contrario, la nueva regulación del arbitraje (Ley 1563) proviene del artículo 116 y los numerales 2 y 23 del artículo 150 de la Constitución y, por eso mismo, no hace parte del estatuto de la contratación pública, sino de un cuerpo autónomo que tuvo como propósito regular, a través de un estatuto, la figura del arbitraje en su integridad. Para tal efecto, el Presidente de la República expidió los Decretos 3992 y 4146 de 2010 para conformar la “Comisión de Expertos Redactora del Proyecto de Ley sobre Arbitraje Nacional e Internacional” ello “con el fin de que esta apoyara al Gobierno Nacional en la elaboración de un proyecto de ley que regulara todo lo relativo al Arbitraje Nacional e Internacional”²³.

En segundo lugar, el contenido de las normas es diferente, puesto que en la anterior regulación no se hacía referencia a los actos administrativos derivados de facultades excepcionales ni de sus efectos económicos, a diferencia de la nueva regulación que consagra una habilitación general para que los árbitros puedan conocer de todo tipo de controversias contractuales y explícitamente sobre los efectos económicos de tales actos administrativos.

En tercer lugar, también la motivación de los actos es distinta. Mientras que en la Ley 80 de 1993 no hubo mayor referencia sobre el arbitraje, en la exposición de motivos de la nueva regulación expresamente se dijo que el propósito del legislador era hacer “una reforma a la legislación que permita darle un mayor impulso, difusión y uso al arbitraje, no solo con un mecanismo de descongestión de despachos judiciales sino como una institución que responde a una naturaleza y a una finalidad propia como instrumento eficaz para la solución de conflictos”²⁴. Propósito no ajeno a la jurisprudencia constitucional, puesto que, en múltiples sentencias como la C-037 de 1996 y la C-893 de 2001, se ha respaldado ese entendimiento, así:

²³ Exposición de motivos de la Ley 1563.

²⁴ Exposición de motivos de la Ley 1563.

“(…) los mecanismos alternativos de solución de conflictos a que se hace mención **no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que los afectan** (Preámbulo y arts. 1 y 2 de la C.P.). En este sentido, es incuestionable su estirpe democrática, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social”²⁵ (Negrillas fuera de texto)

En esa orientación, el Congreso, asesorado por expertos en materia arbitral, en la Ley 1563 **amplió el marco de competencia de los árbitros para que no solo conocieran los asuntos transigibles, sino también aquellos autorizados por el legislador**. Al respecto, se dijo:

“Se amplía el marco de los asuntos que se pueden adelantar mediante arbitraje, promoviendo así su desarrollo y utilización. **No sólo podrán ser objeto de arbitraje aquellos asuntos transigibles sino todos aquellos que el legislador indique**. El punto no será necesariamente que la materia sobre la que verse sea transigible, sino que el legislador podría indicar otros asuntos”²⁶ (Negrillas fuera de texto)

Entonces, en el actual régimen jurídico existe una voluntad directa y expresa del legislador para ampliar el arbitraje y para que los árbitros pudieran pronunciarse sobre la validez y los efectos económicos de las cláusulas excepcionales, como puede corroborarse de la lectura del inciso final del artículo 1° de la Ley 1563, regulación muy diferente a los derogados artículos 70 y 71 de la Ley 80 sobre los cuales se concretó la revisión constitucional efectuada por la Corte en la Sentencia C-1436 de 2000.

Se trata, por tanto, de dos marcos normativos que formal y materialmente son diferentes, tal y como se registra en uno de los salvamentos de voto de la sentencia cuya regla de unificación se cuestiona, así:

“En este caso, *el contexto normativo en el que se encuentra la norma que fue controlada* es completamente diferente y, por lo tanto, su entendimiento es tan distinto, que no podría afirmarse que la norma jurídica ya fue objeto de control de constitucionalidad. La Ley 80 de 1993 no pretendió realizar una regulación integral de la figura del arbitraje y, por el contrario, únicamente, se refirió a aspectos puntuales del mismo. En cambio, el Estatuto Arbitral realizó una regulación completa y sistemática de la figura, inspirada por una ampliación de la competencia de los paneles arbitrales y, por ello (...) aceptó, de manera explícita, la competencia de los árbitros para juzgar la validez de cualquier acto administrativo proferido dentro de la relación contractual del Estado”²⁷.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2001.

²⁶ Exposición de motivos de la Ley 1563.

²⁷ Salvamento de voto de Alberto Montaña Plata a la Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

Además, en este nuevo escenario normativo, debe tenerse en cuenta que cuando el Legislador ha considerado limitar el arbitraje lo ha hecho de forma expresa. Es el caso del artículo 91 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 5 de la Ley 1738 de 2014, que señala que no podrá someterse a arbitraje la caducidad que surja con ocasión del contrato y en relación con los grupos armados organizados al margen de la ley. Lo propio acontece con el artículo 14 de la Ley de Infraestructura de Transporte (Ley 1682 de 2013) que dispuso que los árbitros “no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales”²⁸. En otras palabras, en este nuevo marco de referencia, la voluntad del legislador ordinario se orienta a que los árbitros puedan conocer de la legalidad de actos expedidos en ejercicio de poderes excepcionales y sus efectos económicos, salvo cuando expresamente se restringe esa posibilidad mediante ley.

Por otra parte, no puede desconocerse que los árbitros tienen los mismos poderes, deberes y facultades de los jueces de la República. Al igual que los jueces institucionales, los árbitros ejercen una función jurisdiccional que se cumple con sujeción al ordenamiento jurídico. La actividad de la justicia arbitral se controla con mecanismos internos (impedimentos, recusaciones, nulidades, reposición, etc.) y otros mecanismos externos como el recurso de anulación o la acción de tutela, lo cual garantiza una adecuada prestación del servicio de administrar justicia. En el nuevo contexto normativo, también se acepta, sin objeción alguna, que los árbitros puedan pronunciarse sobre la validez del contrato, esto es, sobre la legalidad del acto más importante en la contratación estatal (art. 5 ley 1563)²⁹ y, además, que puedan decretar cualquier medida cautelar que sería procedente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 32 Ley 1563)³⁰, que incluye, entre otras, la tradicional suspensión provisional de actos administrativos, según el artículo 230 del CPACA³¹ y, en general, cualquier medida cautelar que se requiera (art. 32 Ley 1563)³².

Igualmente debe considerarse que el control de la actividad estatal no es una función exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. También la ejercen la justicia

²⁸ Sobre esta norma se presentó una demanda de inconstitucionalidad, pero la Corte Constitucional se declaró inhibida por ineptitud de la demanda mediante Sentencia C-045 de 2017.

²⁹ Ley 1563, artículo 5 “AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA. La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido”.

³⁰ Ley 1563, artículo 32 “MEDIDAS CAUTELARES. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, cuyos decretos, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes. (...)”

³¹ Ley 1437 de 2011, artículo 230 “CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible. 2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida. 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo. 4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos. 5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer. (...)”

³² Ley 1563, artículo 32 “MEDIDAS CAUTELARES. (...) Adicionalmente, el tribunal podrá decretar cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión(...)”.

ordinaria frente a ciertas entidades estatales³³ y los tribunales arbitrales incluso en controversias meramente económicas. En efecto, en controversias típicamente patrimoniales a los árbitros les corresponde examinar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales, legales, reglamentarias y contractuales del Estado, bien sea a través del incumplimiento contractual cuando se trata de controversias contractuales o de la falla del servicio para controversias de índole extracontractual³⁴ y ese examen lleva ínsito el control de la actividad estatal tanto para el caso concreto como para los futuros que se presenten por constituir -el laudo- un referente de juzgamiento para las entidades públicas.

Lo anterior conduce a sostener que “[L]a realidad de los jueces, el arbitraje, y la asunción de competencias y funciones públicas por parte de particulares no es la misma al inicio de siglo que en la actualidad”³⁵ y que ha cambiado el contexto normativo dentro del cual se realizó el examen de constitucionalidad de la Sentencia C-1436 de 2000, no solo porque los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 están derogados desde el 12 de octubre de 2012, sino por la orientación manifiesta del legislador, plasmada en el artículo 1° de la ley 1563 de 2012, de habilitar a los árbitros para pronunciarse sobre la validez y efectos económicos de actos administrativos que concretan facultades excepcionales y también por el creciente uso de los ciudadanos y de los contratistas de mecanismos alternativos a la justicia tradicional con el fin de resolver sus controversias³⁶.

Y es, precisamente, ese cambio normativo el que permite realizar el control constitucional del artículo 1 de la ley 1563 de 2012, bajo la interpretación unificada del Consejo de Estado, máxime si se tiene en cuenta que, incluso, la Corte ha considerado que “pese a que el texto sea el mismo, si el contexto normativo en el que se reproduce es diferente, no cabe hablar de cosa juzgada material”³⁷.

2.3.4. No se configura la cosa juzgada material porque no es la ley, sino una sentencia de unificación del Consejo de Estado la que impone la restricción para que los árbitros conozcan de la validez y los efectos económicos de actos administrativos derivados de facultades excepcionales

Un elemento relevante para demostrar que no hay cosa juzgada material es que a partir de la vigencia del CPACA se instituyó formalmente la figura de las sentencias de unificación en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo³⁸ y que, para el caso concreto, el Consejo de Estado profirió una de esas sentencias con el propósito de fijar el alcance del inciso final del artículo 1° de la Ley 1563.

³³ Al respecto, puede verse el artículo 105 del CPACA.

³⁴ El arbitraje para controversias extracontractuales de libre disposición es viable, según el artículo 1 de la Ley 1563: “DEFINICIÓN, MODALIDADES Y PRINCIPIOS. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una **controversia relativa a asuntos de libre disposición** o aquellos que la ley autorice (...)” (Negrilla fuera de texto)

³⁵ Salvamento de voto de Alberto Montaña Plata a la Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

³⁶ Por ejemplo, según la página web de la Cámara de Comercio de Bogotá, en dicho centro, desde 2012 hasta el 2019 se ha radicado cerca de 2.728 demandas de arbitraje (nacional: 2.682 e internacional: 46) y se han proferido 806 laudos de arbitraje nacional. Al respecto puede verse: <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Servicios/Arbitraje-Nacional/Como-radical-una-demanda-de-arbitraje-o-solicitud-de-amigable-composicion/Ventajas-del-Arbitraje/Cifras-y-resultados>

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-393 de 2011.

³⁸ Ley 1437, artículo 270,

Teniendo en cuenta que estas figuras no estaban presentes cuando se profirió la Sentencia C-1436 de 2000, resulta claro que constituyen nuevos elementos que son relevantes tanto para descartar la cosa juzgada material como para realizar el estudio de fondo de esta demanda, especialmente si se tiene en cuenta que lo que se cuestiona a nivel constitucional en esta demanda no es la norma expedida por el legislador, sino la interpretación que de ella hizo el Consejo de Estado con fines de unificación.

2.3.5. Aun si se aceptara la cosa juzgada para la validez de los actos administrativos que ejercen facultades excepcionales, dicho fenómeno no se extiende a sus efectos económicos

Si los argumentos anteriores no fueran suficientes para descartar la cosa juzgada material frente a la validez de los actos administrativos que materializan poderes excepcionales, a continuación, se expone que aún en ese **escenario residual** no habría cosa juzgada **frente los efectos económicos de dichos actos**.

En la demanda que dio origen a la Sentencia C-1436 de 2000, la actora señalaba que los artículos 70 y 71 de la Ley 80 -hoy derogados- permitían a los árbitros pronunciarse sobre actos administrativos contractuales, proferidos en uso de las facultades exorbitantes de la administración, y que ello quebrantaba los artículos 29, 116, 236, 237 y 238 de Constitución.

Al delimitar el problema jurídico, la Corte Constitucional señaló que *“la demandante interpreta que el legislador, en los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, dejó en cabeza de los árbitros la posibilidad de pronunciarse sobre la **legalidad** de los actos administrativos que dicte el Estado en desarrollo de un contrato en donde éste sea parte. **Específicamente, de aquellos en donde la administración hace uso de las llamadas cláusulas exorbitantes**”*³⁹ (Negrillas fuera de texto).

Dentro de este contexto y con el fin de resolver el problema jurídico propuesto, la Corte Constitucional expuso en la parte motiva del fallo algunas consideraciones sobre la competencia de los árbitros sobre los efectos económicos de las cláusulas excepcionales.

En uno de sus considerandos iniciales señaló que el efecto económico de las referidas cláusulas no era argumento suficiente para que los árbitros conocieran de la legalidad del acto administrativo derivado de una facultad excepcional, así:

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

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000.

del acto respectivo. **La unidad de jurisdicción en este punto debe prevalecer**, como manifestación no sólo de un poder que es indelegable, sino en la seguridad jurídica que debe darse a los asociados⁴⁰. (Negrillas fuera de texto)

Sin embargo, en el considerando siguiente la Corte distinguió entre la legalidad del acto administrativo y sus efectos económicos, señalando expresamente que, si bien los árbitros no pueden pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo que ejerce una facultad excepcional (art. 14 Ley 80), sí podían pronunciarse sobre sus efectos económicos, así:

“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 administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral**, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política⁴¹. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Con base en lo anterior, en la parte resolutive del fallo, la Corte Constitucional señaló que los árbitros carecen de competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados en desarrollo de sus poderes excepcionales. En efecto, se dijo:

“Decláranse **EXEQUIBLES** los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, **no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales**”. (Negrillas fuera de texto)

En consecuencia, de la parte motiva y resolutive del fallo C-1436 de 2000 no se desprende una limitación de los árbitros para pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos que ejerce facultades excepcionales de que trata el artículo 14 de la Ley 80. En otros términos, si hipotéticamente se aceptara la vigencia de un fallo de constitucionalidad que limitara la competencia de los árbitros frente a la validez de los actos administrativos que desarrollan poderes excepcionales, lo cierto es que ese fallo no se extendería a los efectos económicos de tales facultades, que es lo que también se debate en este demanda, porque al ser estos asuntos susceptibles de transacción,

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000.

ingresaban, materialmente, como materia arbitrable por expresa habilitación legal de su momento (artículo 111 de la Ley 446 de 1998).

Aunado a lo anterior, es relevante para el presente caso tener en cuenta que la Corte Constitucional tuvo oportunidad de referirse al alcance de la Sentencia C-1436 de 2000. En efecto, mediante Sentencia SU-174 de 2007, aludiendo a dicho precedente aplicable a los artículos 70 y 71 de la Ley 80, reafirmó la posibilidad que tienen los árbitros de decidir sobre los efectos económicos del acto administrativo que materializa una facultad excepcional (art. 14 Ley 80):

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

(...)

3.1.3.5. Ahora bien, **la Corte trazó una distinción**, que para el caso concreto que se revisa es pertinente, **entre el control de la validez de un acto administrativo y la disputa que “se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial”, así éstas “tengan como causa un acto administrativo”;** y afirmó que cuando se trate de evaluar exclusivamente las consecuencias patrimoniales de estos actos administrativos, sin controlar su validez, es constitucionalmente legítimo que los árbitros administren justicia, puesto que no se estarían pronunciando sobre asuntos reservados a la órbita exclusiva de la jurisdicción estatal⁴² (Negrillas fuera de texto)

En el mismo fallo, expresamente reiteró el precedente referido y precisó que es posible escindir la validez del acto administrativo de sus efectos económicos, siendo el primer elemento sobre el cual – en este escenario subsidiario- no pueden pronunciarse los árbitros, así:

*“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 - sea con motivo de tales actos administrativos** o por causa de otras circunstancias propias de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación de los contratos administrativos-, por otra. **Es perfectamente factible que para la resolución de estas controversias exclusivamente económicas, los tribunales arbitrales no examinen la legalidad ni cuestionen en absoluto***

⁴² Corte Constitucional. Sentencia SU-174 de 2007.

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**⁴³. (Negrillas fuera de texto)

Este fallo es importante porque *“la Corte interpretó lo resuelto en la sentencia C-1436 de 2000 y precisó que los árbitros pueden resolver las controversias relativas a los efectos económicos de los actos administrativos contractuales, sin pronunciarse sobre su legalidad”*⁴⁴. En otras palabras, **en vigencia** de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 -hoy derogados-, la Corte Constitucional reiteró mediante la sentencia SU-174 de 2007 que el precedente contitucional es sobre el control de legalidad del acto administrativo que ejercer una facultad excepcional, pero no sobre sus efectos económicos, que es parte del objeto de esta demanda. De hecho, la Corte Constitucional aceptó sin ambages que, en sede arbitral, es posible resolver controversias económicas derivadas de actos administrativos sin cuestionar su legalidad.

Ese entendimiento también lo tiene el Consejo de Estado. En efecto, en vigencia de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 -hoy derogados-, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 9 de junio de 2009, determinó que la *ratio decidendi* de la Sentencia C-1436 de 2000 era sobre la validez de los actos administrativos derivados de poderes excepcionales y no sobre sus efectos económicos. En la providencia se manifestó lo siguiente:

“Sin embargo, advierte la Sala que **el condicionamiento** al cual sujetó la Corte Constitucional la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, esto es en cuanto se entienda que esas normas legales no facultan a los árbitros “para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”, **estuvo fundado en y limitado a la precisa comprensión que al momento de adoptar tal decisión tuvo la Corte respecto de los aludidos “poderes excepcionales”** que en materia de contratación le han sido atribuidos a las Entidades del Estado, asunto que integra la *ratio decidendi* del fallo.

En efecto, la *ratio decidendi*, ‘entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica’, tal como lo ha señalado la propia Corte Constitucional, debe ser identificada y precisada en sus alcances por ‘los jueces posteriores, o el mismo juez, en casos ulteriores ... de suerte que la doctrina vinculante de un precedente ‘puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores’

(...)

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia SU-174 de 2007.

⁴⁴ Salvamento de Voto de Martín Bermúdez a la Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

Pues bien, al examinar la referida sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional, a la luz de tales criterios, encuentra la Sala –como ya se ha indicado– que (i) las disposiciones normativas objeto de dicho pronunciamiento fueron los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 relativos a la autorización que la ley impartió a las entidades estatales contratantes para pactar la cláusula compromisoria en sus contratos; (ii) los referentes constitucionales que sirvieron de base a la decisión fueron los artículos 116 –ejercicio de la función jurisdiccional– y 238 –atribuciones y competencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo– de la Constitución Política; finalmente, (iii) el criterio determinante al cual acudió la Corte Constitucional para proferir su decisión, como ya quedó resaltado, consistió en puntualizar que **los actos administrativos contractuales derivados del ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común comportan la expresión de la autoridad del Estado, materia que, para efectos de su control judicial, constitucionalmente se encuentra reservada a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.**

Ese mismo entendimiento aparece ratificado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-174, en la cual dijo reiterar la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-1436 de 2000, en cuanto allí **‘concluyó que el análisis sobre la validez de los actos exorbitantes que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de los árbitros’.**

Con base en tales presupuestos concluye la Sala que la *ratio decidendi* del pronunciamiento de exequibilidad condicionada contenido en la sentencia C1436 de 2000 se encuentra en la precisión que hizo el máximo Tribunal Constitucional al señalar que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias **no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado**⁴⁵ (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Este criterio, reiterado en otros pronunciamientos del Consejo de Estado⁴⁶, permite evidenciar que en vigencia de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 -hoy derogados-, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado habían precisado que la *ratio decidendi* de la sentencia C-1436 de 2000 restringía el conocimiento de los árbitros únicamente frente a la validez del acto administrativo que materializara facultades excepcionales, pero no frente a sus efectos económicos.

Es más, en el fallo donde reside la regla de unificación que se cuestiona por inconstitucional, el propio Consejo de Estado acepta que la Sentencia C-1436 de 2000 limita la competencia de los árbitros frente a la validez del acto administrativo proferido en ejercicio de una facultad excepcional, pero no frente a sus efectos económicos:

“La Corte Constitucional, a través de la sentencia C-1436 de 2000, declaró la constitucionalidad condicionada de tales normas, toda vez que, bajo su criterio, **los árbitros no gozaban de competencia para conocer de la**

⁴⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 9 de junio de 2009. C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 36.252.

⁴⁶ En similar sentido, Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 18 de abril de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 17.859.

legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de poderes excepcionales. (...)

Como se observa, en esta providencia la Corte Constitucional distinguió los puntos sobre los cuales un juez podría pronunciarse, al momento de conocer sobre actos proferidos en ejercicio de poderes excepcionales; esto es, (i) su legalidad y (ii) sus efectos económicos. En su criterio, **cuando la validez del acto estuviera en discusión, el juez contencioso era el competente** para conocer de la totalidad de la controversia. No obstante, **cuando el litigio se limitara a los efectos patrimoniales de los actos, los árbitros sí eran competentes.**

(...)

Posteriormente, fue promulgada la Ley 1563 de 2012, la cual **ratificó que los árbitros podían pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos proferidos en ejercicio de poderes excepcionales.** Sin embargo, dicha norma no dijo nada sobre su legalidad; de allí, anticipa la Sala, se deriva la falta de jurisdicción de la justicia arbitral, ya que cualquier atribución de facultades de juzgamiento en estos asuntos debe ser expresa y clara⁴⁷.

En otras palabras y a modo de síntesis de este numeral, si en gracia de discusión se aceptara que la sentencia C-1436 de 2000 configura cosa juzgada frente a la competencia de los árbitros para conocer de controversias derivadas de la validez de los actos administrativos proferidos en ejercicio de facultades excepcionales al derecho común, lo cierto es que ese precedente **no** cobijaría los efectos económicos de dichas facultades y, por tanto, es procedente el estudio de fondo sobre ese aspecto, máxime si, como lo reconoce el propio Consejo de Estado, el nuevo marco jurídico que regula el arbitraje ratificó esa directriz, ya reconocida y aceptada por la jurisprudencia constitucional y administrativa.

En consecuencia, teniendo en cuenta que se han superado las cuestiones previas que se habían anunciado, a continuación, se presentan las razones por las cuales se considera que la interpretación del inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, realizada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 14 de marzo de 2024 es inconstitucional y, por tal razón, debe excluirse del ordenamiento jurídico.

3. Señalamiento de las normas constitucionales que se consideran infringidas

La interpretación unificada del Consejo de Estado sobre el inciso final del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, que restringe el arbitraje para examinar la validez y efectos económicos de los actos administrativos proferidos en ejercicio de facultades excepcionales (art. 14 Ley 80), viola las siguientes disposiciones superiores:

- El artículo 116 y los numerales 1, 2 y 23 del artículo 150 de la Constitución, en los cuales se encuentra previsto el arbitraje y la libertad de configuración que tiene el Legislador.

⁴⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

- Los artículos 8 y 13 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996 y Ley 1285 de 2009) que desarrollan el arbitraje y sus respectivas sentencias de constitucionalidad (C-037 de 1996 y C-713 de 2008).
- Los artículos 113 y 230 de la Constitución que versan sobre la separación de poderes y el sometimiento de los jueces al imperio de la ley.

4. Cargos de inconstitucionalidad

Por tratarse de asuntos estrictamente constitucionales, la presente demanda se sustenta en cuatro cargos que se estiman suficientes para acceder a la inconstitucionalidad solicitada, los cuales se desarrollan a continuación.

4.1. La restricción impuesta por vía jurisprudencial para que los árbitros conozcan sobre la validez y efectos económicos derivados de facultades excepcionales quebranta el artículo 116 de la Constitución, así como los artículos 8 y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia

La institución del arbitraje está prevista en el artículo 116 de la Constitución. En esa norma se establece que los árbitros pueden ejercer la función jurisdiccional de forma transitoria, bajo las condiciones que establezca la ley, así:

“ARTICULO 116. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 3 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:>

(...)

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.**”

(Negrillas fuera de texto)

A partir de esta norma constitucional resulta claro que el Legislador es el único que puede establecer límites en el arbitraje. Este entendimiento, además, se reitera y confirma con la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996 y Ley 1285 de 2009⁴⁸), que en virtud del bloque de constitucionalidad en sentido *lato*⁴⁹, también es fundamental para realizar el control constitucional en el presente asunto.

En efecto, el Legislador Estatutario dispuso, sin que hubiese objeción de constitucionalidad en la revisión previa que realizó la Corte Constitucional, que el arbitraje era un mecanismo alternativo de solución de conflictos y reiteró que los árbitros están habilitados por las partes de forma transitoria para administrar justicia, sin limitación alguna en cuanto a la materia arbitrable:

“ARTÍCULO 8o. MECANISMOS ALTERNATIVOS. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La ley podrá establecer mecanismos alternativos al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios.

(...)

⁴⁸ Las referidas leyes tuvieron control previo de constitucionalidad mediante las Sentencias C-037 de 1996 y C-713 de 2008.

⁴⁹ Al respecto puede verse, Corte Constitucional. Sentencia C-582 de 1999.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad". (Negrillas fuera de texto)

Igualmente, en el artículo 13 de la Ley Estatutaria se dispuso que los árbitros ejercen función jurisdiccional, reiterando que lo hacen en los términos que señale la ley y fijando una limitación en cuanto a las reglas de procedimiento, pero no sobre la materia arbitrable, así:

“ARTÍCULO 13. DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL POR OTRAS AUTORIDADES Y POR PARTICULARES. <Artículo modificado por el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> **Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:**

3. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> **Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley.** Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso”⁵⁰. (Negrillas fuera de texto)

Nótese que la Ley Estatutaria no incorporó ninguna restricción a la competencia de los árbitros sobre la legalidad de actos administrativos proferidos en facultades excepcionales, ni mucho menos sobre sus efectos económicos. Tampoco las Sentencias C-037 de 1996 y C-713 de 2008 que efectuaron el control previo de constitucionalidad de las leyes en comento condicionaron la materia arbitrable. La única limitación que incorporó el Legislador Estatutario es la imposibilidad de acordar reglas de procedimiento en controversias donde hace parte el Estado, pero ese aspecto es ajeno a lo que se debate en esta demanda.

Entonces, si el parámetro constitucional y estatutario no establece ninguna restricción para el arbitraje sobre la competencia para conocer de la legalidad de actos administrativos que ejercen facultades excepcionales, ni mucho menos para conocer de sus efectos económicos, no es viable que el Consejo de Estado incorpore una interpretación que vaya en contravía del marco constitucional y legal. Si bien el juez contencioso administrativo, al resolver una controversia, tiene cierto margen para interpretar las normas que regulan el arbitraje, lo cierto es que no está habilitado para incorporar restricciones, por vía jurisprudencial, que vayan más allá de lo previsto por el Legislador o que pretendan desconocer su alcance.

Debe recordarse que la actividad del juez administrativo, incluso de su máximo tribunal, está sujeta y subordinada al ordenamiento jurídico vigente, el cual, valga reiterar, no consagra restricciones generales para que se someta a la justicia arbitral litigios sobre la validez y efectos económicos de los actos administrativos que desarrollan las facultades excepcionales de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Por el contrario, es el

⁵⁰ En virtud de la Sentencia C-713 de 2008, el numeral 3 se declaró condicionalmente exequible, “(...) en el entendido de que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales’

propio legislador el que de forma expresa ha autorizado a los árbitros para pronunciarse sobre cualquier tipo de controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, ejecución, terminación y liquidación, *“incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales”*⁵¹.

En efecto, el amplio margen que establece el inciso final del artículo 1° de la Ley 1563 al señalar que *“[E]n 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”*, permite entender que dentro de las controversias del desarrollo y ejecución del contrato están incluidas aquellas que versan sobre la validez de los actos administrativos que materializan cláusulas excepcionales porque es en esa etapa del devenir contractual que la administración puede tomar alguna de las facultades que están previstas en el artículo 14 de la Ley 80, lo cual es coherente, además, con el medio de control de controversias contractuales, previsto en el artículo 141 del CPACA, que permite tramitar por esa senda procesal la nulidad de actos administrativos contractuales y, en general, cualquier otra declaración o condena relacionado con el contrato⁵².

En un sentido similar, en uno de los salvamentos de la sentencia cuya regla de unificación se cuestiona se explica lo siguiente:

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

⁵¹ Ley 1563, artículo 1.

⁵² Ley 1437, artículo 141 “CONTROVERSIA 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 (...) Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso”. (Negrillas fuera de texto)

sobre su validez (o sea a anularlos), cuando lo hagan exclusivamente para resolver sobre sus consecuencias económicas⁵³.

En definitiva, el artículo 1° de la Ley 1563 autorizó a los árbitros, de forma general, para conocer de toda controversia contractual en la cual intervenga el Estado y ello incluye la validez del contrato, la validez de cualquier acto administrativo contractual que se profiera a partir de la celebración del contrato, sus efectos económicos, incumplimientos contractuales, desequilibrios económicos, terminación y liquidación, entre otras. Es que no debe perderse de vista que la norma en comento “*no excluye expresamente la facultad de los árbitros de hacer un juicio de legalidad sobre los actos administrativos contractuales*”⁵⁴. Sólo cuando el Legislador ha querido incorporar restricciones lo ha hecho de forma expresa, como acontece con los artículos 91 de la Ley 418 de 1997, modificado por el artículo 5 de la Ley 1738 de 2014, y 14 de la Ley 1682 de 2013, como se expuso en acápite previos.

Incluso, si la norma no fuera tan clara en la habilitación de la justicia arbitral para conocer de la validez de actos administrativos proferidos en ejercicio de facultades excepcionales, que es como lo entiende el Consejo de Estado, los argumentos de la **inescindibilidad y unidad de jurisdicción** deben llevar a la conclusión de que los árbitros pueden pronunciarse sobre la validez y efectos de actos administrativos proferidos en ejercicio de facultades excepcionales. Es decir, el hecho de que haya absoluta claridad frente a la competencia del tribunal arbitral frente a los efectos económicos de ese tipo de actos administrativos debe conducir a interpretar que el panel arbitral también puede conocer de la validez del acto administrativo que origina tales efectos. Esta conclusión también se ampara en el principio del efecto útil que, según la jurisprudencia constitucional, busca que el texto de una norma sea interpretado de manera que todo cuanto ella prescribe produzca consecuencias⁵⁵ y no como lo hizo el Consejo de Estado que al interpretar la norma “*terminó vaciando de contenido la regla de competencia prevista en el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012*”⁵⁶.

Aunado a lo anterior, se debe considerar que examinar la validez de un acto administrativo que ejerce una facultad excepcional, como las previstas en el artículo 14 de la Ley 80, no es un asunto que por razones constitucionales esté vedado a la justicia arbitral. Ya en el año 2000, en uno de los salvamentos de voto de la Sentencia C-1436 de 2000, se explicó que lo que no resulta negociable es que la entidad estatal acuerde renunciar el ejercicio de sus facultades, pero ello no incluye que, una vez ejercido ese poder, el Tribunal Arbitral pueda revisar si la medida adoptada se sujetó o no al ordenamiento jurídico:

“En el caso de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las llamadas cláusulas exorbitantes, resulta evidente que la Administración no puede renunciar al ejercicio de las facultades excepcionales para proferirlos, pues ellas las ostenta por razones que tocan con el interés general. Pero

⁵³ Salvamento de voto de Martín Bermúdez a la Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

⁵⁴ Salvamento de voto de Alberto Montaña Plata a la Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

⁵⁵ Al respecto puede verse: Corte Constitucional. Sentencia C-569-04: “*Esta interpretación, indica, está guiada por el llamado principio “del efecto útil de las normas” según el cual debe considerarse, de entre varias interpretaciones de una disposición normativa, aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias*”

⁵⁶ Salvamento parcial de voto de Nicolás Yepes a la Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

los derechos que adquiere en virtud del ejercicio de dichos poderes, son cosa distinta de los poderes mismos, y ellos sí pueden ser renunciados.

Tan es así, que la misma Administración, por fuera del supuesto del pacto arbitral, podría revocar unilateralmente dichos actos, y así renunciar a los derechos que en virtud de ellos hubiera podido adquirir la Administración.

Luego la posibilidad de pactar arbitramento sobre el contenido de los actos administrativos de carácter particular que se expiden en ejercicio de las facultades exorbitantes reconocidas a la Administración en materia contractual, **no desconoce per se la reserva de materia transigible señalada por disposiciones de naturaleza estatutaria, ni tampoco se opone a la Constitución que expresamente no menciona ninguna limitante al respecto**⁵⁷.

Igualmente, para demostrar que las decisiones ya adoptadas sobre facultades excepcionales no son indisponibles basta con tener en cuenta la figura de la **revocatoria directa**, en virtud de la cual las entidades estatales pueden revocar actos administrativos, incluso de aquellos que ejercen facultades excepcionales por las causales previstas en el artículo en el artículo 93 del CPACA. Esto significa que, una vez ejercida la facultad excepcional en materia contractual, la entidad estatal puede revocar el acto administrativo cuando se oponga a la Constitución o la ley, cuando no esté conforme con el interés público o social o cuando se cause un agravio injustificado al contratista. Lo propio acontece en escenarios de conciliación, en los cuales expresamente se habilita a las partes a conciliar sobre los efectos económicos de los actos administrativos, incluyendo los proferidos en ejercicio de facultades excepcionales, si se da alguna de las causales del artículo 93 del CPACA, evento en el cual, el **acuerdo conciliatorio de las partes** tiene el efecto de revocar, modificar o sustituir el acto administrativo⁵⁸.

Ahora, si ese no fuera el entendimiento que aceptara la Corte y se concluyera que la justicia arbitral tiene vedado el análisis de validez de ese tipo de actos, lo cierto es que, aún en este escenario (en adelante “**escenario subsidiario**”), es indudable que el legislador expresamente habilitó a los árbitros para conocer de todos los efectos económicos de los actos administrativos proferidos en ejercicio de facultades excepcionales. Esto significa que la argumentación del Consejo de Estado plasmada en la Sentencia de Unificación del 14 de marzo de 2024⁵⁹, orientada a sustentar el carácter inescindible entre la validez del acto administrativo que ejerce una facultad excepcional y sus efectos económicos es insostenible porque **el Legislador -con plena competencia para ello- zanjó a favor del carácter escindible la discusión de la separación entre la validez y los efectos económicos**, asunto que, por lo demás, ya había sido adoptado por el legislador para otros ámbitos, como el de la conciliación⁶⁰, y aceptado para el arbitraje por la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado⁶¹ como de la Corte Constitucional en las Sentencias C-1436 de 2000 y SU-174 de 2007, de manera que desconocer estos aspectos -en el escenario subsidiario- implicaría no solo quebrantar los

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000.

⁵⁸ Ley 2220 de 2022, artículo 89.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

⁶⁰ Al respecto pueden verse los artículos 89 y 109 de la Ley 2220 de 2022.

⁶¹ Al respecto pueden verse Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de julio de 2002. C.P. Germán Rodríguez Villamizar, exp. 19.333. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 9 de junio de 2009. C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 36.252. En similar sentido, Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 18 de abril de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 17.859.

artículos 116 de la Constitución y los artículos 8 y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, sino también el precedente constitucional fijado por la Corte en las referidas sentencias.

Además, para soportar la posibilidad de escindir los efectos económicos de la validez del acto administrativo, debe tenerse en cuenta que una cosa es el ejercicio de una facultad excepcional y otra los efectos o las consecuencias que ello genera y que deben plasmarse en el mismo acto administrativo. En el primer punto, como bien puede ser declarar la caducidad o ejercer el *ius variandi*, está el poder del Estado y esa decisión, en sí misma considerada, sería, bajo este escenario subsidiario, lo que no podrían examinar los árbitros, pero esa conclusión no se extiende a los efectos que genera la determinación excepcional porque las compensaciones, pagos e indemnizaciones que se incluyen en el acto administrativo ya no hacen parte de ese poder público estricto, sino que son el producto de la responsabilidad patrimonial del contratista (en eventos de caducidad) o de la responsabilidad patrimonial del Estado (en eventos de *ius variandi*) que pueden disponer las partes por tratarse, además, de asuntos económicos. Y este último aspecto también es de suma importancia para el análisis que aborde la Corte porque demuestra que los efectos económicos de los actos administrativos derivados de cláusulas excepcionales pueden ser arbitrables por doble vía, esto es, por ser un asunto expresamente autorizado por el Legislador, pero también por ser un asunto de libre disposición.

Por otra parte, la posibilidad de escindir la validez de los efectos no es algo ajeno al ordenamiento jurídico colombiano. A parte de la posibilidad de conciliar los efectos económicos de actos administrativos, incluyendo aquellos que se profieren en ejercicio de facultades excepcionales⁶², pueden evidenciarse por lo menos tres ejemplos donde se acepta sin reparos la posibilidad de escindir los efectos económicos de la validez del acto.

En el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013 -específica para el sector de infraestructura de transporte-, se estableció expresamente que los árbitros “*no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales*”⁶³, pero esa restricción no se impuso para los efectos económicos de dichos actos, de manera que, en este sector, hay una separación por vía legal entre la validez del acto y sus efectos económicos, quedando estos últimos cubiertos por la regla general de la Ley 1563 que expresamente posibilita someter al arbitraje las consecuencias económicas del acto.

Por otra parte, en controversias donde se debate un desequilibrio económico por el hecho del príncipe *strictu sensu* se **escinde** la validez del acto de sus efectos económicos porque el contratista no debate, en el seno del tribunal arbitral o del juez administrativo, la ilegalidad del acto proferido por la entidad estatal, sino los efectos económicos en la ejecución del contrato. Por eso mismo, el tribunal arbitral o el juez no realiza ningún examen de legalidad del acto, pero ello no es óbice para que puedan analizar sus efectos y, de ser el caso, ordenar la corrección del equilibrio económico cuando este se ha perdido por esa causa.

También en el campo extracontractual se encuentran situaciones donde se **escinde** la validez del acto administrativo de sus efectos económicos. La teoría del daño especial,

⁶² Al respecto, puede verse la Ley 2220 de 2022 y leyes previas a esta.

⁶³ Sobre esta norma se presentó una demanda de inconstitucionalidad, pero la Corte Constitucional se declaró inhibida por ineptitud de la demanda mediante Sentencia C-045 de 2017.

por ejemplo, da cuenta de la posibilidad de solicitar la indemnización de perjuicios del acto administrativo legal. En estos eventos, el demandante no fundamenta la indemnización en la ilegalidad del acto, sino en su legalidad y los efectos que produce. En otras palabras, en estos casos, no se cuestiona el poder del Estado en la adopción de la decisión, pues se estima legítima, pero ello no impide que pueda reconocerse una indemnización por las consecuencias económicas que llegara a producir el acto⁶⁴.

Entonces, volviendo a los poderes contractuales excepcionales -en el **escenario subsidiario**-, si no se debate la legalidad del acto administrativo en cuanto al poder excepcional ejercido, es viable que los árbitros conozcan sobre sus efectos, así estos estén contenidos en el mismo acto administrativo. Las consecuencias generadas por el ejercicio de una facultad excepcional generan derechos y obligaciones económicas ciertas que pueden ser discutidas en la justicia arbitral porque versan sobre aspectos económicos. En otros términos, si el contratista está de acuerdo con el ejercicio del poder excepcional, pero no en la cuantificación de la compensación o pagos que pueda generar tal medida es viable que acuda al arbitraje para que se resuelva la controversia económica.

Por último, como reproche constitucional adicional del escenario principal, la regla de unificación también quebranta el principio de autonomía de la voluntad de las partes para acudir al arbitraje⁶⁵, previsto en el artículo 116 de la Constitución, porque jurisprudencialmente se están imponiendo barreras de acceso no previstas por el legislador. A este respecto, debe tenerse en cuenta que las limitaciones a la autonomía de la libertad no pueden ser caprichosas o arbitrarias, ni pueden provenir de cualquier autoridad. En virtud del principio de reserva legal⁶⁶, los límites deben ser impuestos directamente por el legislador y los mismos no deben afectar el núcleo esencial de la autonomía de la libertad. Sin embargo, en este caso, dicha reserva brilla por su ausencia. Es más, la reserva legal es inexistente porque el legislador habilitó expresamente a las partes de la controversia contractual para someter a arbitraje la validez y los efectos económicos de los actos administrativos que desarrollan facultades excepcionales, de manera que la autonomía de las partes y su núcleo esencial han sido soslayados por la regla de unificación.

En consecuencia, como el Legislador Estatutario y el Ordinario en la Ley 1563 no ha establecido ninguna restricción para que los árbitros conozcan de controversias relacionadas con la validez y los efectos económicos de actos administrativos proferidos en ejercicio de facultades excepcionales, no puede el juez administrativo, por vía jurisprudencial, restringir la libre voluntad de las partes para llevar este tipo de controversias a la justicia arbitral. De ahí que, como se sostiene en uno de los salvamentos

⁶⁴ Estas indemnizaciones se han tramitado en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero también es posible que puedan resolverse en sede arbitral, si las partes lo pactan, porque lo relevante no es que la controversia sea contractual, sino de libre disposición (art. 1 ley 1563).

⁶⁵ Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-294 de 1995 ha señalado que el principio de voluntariedad o habilitación (art.116 CP) supone que *"tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar"* En similar sentido, en Sentencia C-1038 de 2002 ha dicho que *"la voluntad de las partes activa tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros"*. En similar sentido, puede verse: C-713 de 2008

⁶⁶ Al respecto puede verse: Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 2019 *"Por consiguiente, la autonomía de la voluntad a la luz del Texto Superior conduce a entender que ella puede ser objeto de limitaciones de acuerdo con la ley, por cuanto su protección no se explica tan solo en la necesidad de obtener intereses particulares, sino también de lograr la promoción del interés público o social, el bienestar colectivo y el goce efectivo de los derechos constitucionales. En todo caso, sobre la base del profundo respeto que se desprende de la Constitución hacia dicha libertad, lo cierto es que, a menos que exista una razón suficiente para establecer una limitación, las personas se encuentran autorizadas para definir de forma libre y autónoma la manera en que deciden entablar sus relaciones contractuales"*.

de voto de la sentencia de unificación, la interpretación efectuada por el Consejo de Estado “*atenta contra la autonomía de la voluntad y la libertad contractual de las partes que eligieron al arbitraje como el mecanismo idóneo para resolver sus conflictos*”⁶⁷.

4.2. La limitación del arbitraje para conocer sobre la validez y efectos económicos derivados de facultades excepcionales quebranta la libre configuración legislativa general prevista en los numerales 1, 2 y 23 del artículo 150 y, en particular, en el artículo 116 de la Constitución

El artículo 150 de la Constitución señala que le corresponde al Congreso hacer las leyes y que, por medio de ellas se ejercen diferentes funciones, entre ellas “[I]nterpretar, reformar y derogar las leyes”, según el numeral 1 de la referida norma.

Por otra parte, la potestad legislativa general está prevista en el numeral 2 del artículo 150 de la Constitución, según el cual le corresponde al Congreso de la República “[E]xpedir los códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”. Con base en esta competencia, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el Legislador goza “de amplia libertad para definir el procedimiento en los procesos, actuaciones y acciones originadas en el derecho sustancial”⁶⁸ y, por ello, le corresponde “evaluar y definir las etapas, características, términos y demás elementos que integran cada procedimiento judicial”⁶⁹.

A su turno, el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución establece como función del Congreso “[E]xpedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”, norma superior que es relevante para el caso del arbitraje porque los árbitros, al resolver una controversia, ejercen funciones públicas, concretamente la función de administración justicia.

Aunado a lo anterior, la potestad legislativa general se encuentra reforzada en materia arbitral por el artículo 116 de la Constitución que, como se examinó en el acápite anterior, le otorgó plena competencia al Legislador para definir los términos en que se desarrolla el arbitraje y, en particular, para establecer los asuntos que pueden o no conocer los árbitros. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

“[corresponde] al Legislador la función de establecer el marco general de dicha regulación (C.P., arts, 116 y 150-23), a fin de determinar las reglas que regirán el ejercicio de esa competencia, lo cual comprende, entre otros aspectos, determinar el responsable de efectuarla, el procedimiento a seguir, **las materias sujetas a su conocimiento, las reglas que lo regirán**, la forma y efecto de las decisiones allí adoptadas y el control de las mismas”⁷⁰
(Negrillas fuera de texto)

En similar sentido, la Corte Constitucional ha manifestado:

“Ha de entenderse, entonces, que contrario a lo que expresa el demandante, el legislador como órgano de representación popular, en ejercicio de su

⁶⁷ Salvamento de voto de Alberto Montaña a la Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-927 de 2000.

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-927 de 2000.

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 1997.

libertad de configuración (artículo 150 de la Constitución) y plenamente facultado por el Constituyente (artículo 116, inciso final de la Constitución), **está habilitado para señalar los asuntos que por su naturaleza deben quedar excluidos del conocimiento y decisión de los particulares**⁷¹
(Negrillas fuera de texto)

En consecuencia, si a partir de tres disposiciones constitucionales el Legislador es el que tiene competencia para fijar las reglas del arbitraje, incluyendo la materia arbitrable, no es constitucionalmente aceptable que el juez contencioso administrativo restrinja lo ya definido por el legislador. Hacerlo, como lo hizo el Consejo de Estado, es quebrantar la libertad legislativa que tiene el Congreso, legítimamente atribuida por la Constitución Política para estos efectos.

En concreto, el Consejo de Estado quebrantó el numeral 1° del artículo 150 de la Constitución porque la regla de unificación surgió por *“la necesidad de que sea la Sala Plena de la Sección Tercera quien resuelva la presente controversia, en aras de establecer el real alcance de la competencia atribuida a los árbitros en el artículo 1° del estatuto de arbitraje, en relación con los actos administrativos en los que se ejerce una facultad excepcional por parte de la entidad contratante”*⁷², desconociendo que, según el numeral 1 del artículo 150 de la Constitución, la única autoridad para interpretar el sentido de una ley oscura es el Legislador y la Corte Constitucional, en virtud del condicionamiento declarado mediante Sentencia C-820 de 2006.

A su turno, el artículo 116 y los numerales 2 y 23 del artículo 150 de la Constitución se quebrantan porque *“[C]ualquier limitación a la función de los tribunales arbitrales de administrar justicia deberá provenir de una ley y, actualmente, no existe una norma que restrinja, en términos generales, dicha función en relación con la facultad de anular actos administrativos”*⁷³.

Ni siquiera los artículos 236, 237 y 238 de la Constitución, que regulan la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que suelen usarse en este debate, tienen como propósito y finalidad limitar la competencia del Legislador en materia arbitral y, por ende, no constituyen un parámetro válido para realizar control constitucional. En efecto, el artículo 236 constitucional se refiere al Consejo de Estado y su integración, pero nada dice del arbitraje. El artículo 237 establece, de forma general, las atribuciones del Consejo de Estado, dentro de las cuales se destacan las funciones jurisdiccional y consultiva, sin establecer alguna referencia sobre el arbitraje.

A su turno, el artículo 238 de la Constitución establece que *“[L]a jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”*. Si bien esta norma ha servido de base para señalar que la competencia para suspender provisionalmente actos administrativos es una competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa y, por ende, que es el único que puede pronunciarse sobre la validez de dichos actos, lo cierto es que esa interpretación es infundada porque de la lectura del artículo 238 de la Constitución no se

⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2001.

⁷² Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Auto de 20 de abril de 2023. C.P. María Adriana Marín, exp. 68.994.

⁷³ Salvamento de voto de Alberto Montaña Plata a la Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

desprende que exista una competencia única y exclusiva en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para decretar la referida medida cautelar o para anular actos administrativos.

La norma en comento solo establece que dicha jurisdicción “podrá” suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, pero no descarta que otras autoridades jurisdiccionales puedan hacerlo. De hecho, otras autoridades como la Corte Suprema de Justicia lo hacen cuando, por ejemplo, conoce de los procesos contra los actos administrativos emitidos por el Consejo de Estado. En estos casos, la Corte Suprema de Justicia puede decretar la nulidad del acto administrativo y también la suspensión provisional de sus efectos⁷⁴.

Entonces, si la Constitución no consagró una competencia exclusiva a favor de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es posible que el intérprete de la norma le otorgue un alcance distinto. Además, una interpretación sistemática de los artículos 116, 150 (numerales 1, 2 y 23) y 238 de la Constitución permiten sostener que el Legislador conserva su competencia para regular el arbitraje, incluso sobre la validez de cualquier acto administrativo contractual de contenido particular y la suspensión provisional de sus efectos.

Y eso, precisamente, es lo que acontece en nuestro contexto normativo vigente, en el cual en desarrollo de un mandato constitucional (arts. 116 y 150), el Legislador ha señalado que la materia arbitrable es aquella que es de libre disposición o la que la ley autorice (Ley 1563, art.1), como es el caso de la nulidad de los contratos estatales (Ley 1563, art.5) y la validez y efectos económicos de los actos administrativos proferidos en facultades excepcionales (Ley 1563, art.1). También se le permite a la justicia arbitral adoptar diversas medidas cautelares, incluyendo la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos (Ley 1563, art. 32).

En consecuencia, lo expuesto en este aparte permite concluir que la limitación del arbitraje para conocer sobre la validez y efectos económicos derivados de facultades excepcionales contractuales, incorporada por la sentencia de unificación del Consejo de Estado, vulnera la libre configuración legislativa prevista en el artículo 116 y los numerales 1, 2 y 23 del artículo 150 de la Constitución.

4.3. Violación del artículo 113 de la Constitución sobre la separación de poderes

El artículo 113 de la Constitución establece el postulado de separación de poderes y el principio de la colaboración armónica en los siguientes términos:

“Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los

⁷⁴ Ley 1437 de 2011 “Artículo 111. Modificado por el art. 18, Ley 2080 de 2021. <El nuevo texto es el siguiente> Funciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. La Sala de lo Contencioso administrativo en pleno tendrá las siguientes funciones: (...) Parágrafo. La Corte Suprema de Justicia conocerá de los procesos contra los actos administrativos emitidos por el Consejo de Estado”.

diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

No obstante, en el caso concreto ese postulado medular de nuestro sistema constitucional se ha visto quebrantado porque el Consejo de Estado desconoció con efectos *erga omnes* el inciso final del artículo 1° de la Ley 1563. En efecto, en la práctica la autorización general del legislador para que la partes sometan a arbitraje las controversias contractuales derivadas de la validez de actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales y la autorización específica respecto de sus consecuencias económicas se dejó sin efectos porque, mediante la regla de unificación jurisprudencial que se cuestiona, se llegó a una conclusión diametralmente opuesta, esto es, que los árbitros carecen de competencia para ello.

El argumento que le permitió al Consejo de Estado restarle eficacia a la norma en comento fue el supuesto carácter inescindible entre los efectos del acto administrativo y su validez. Así, en la sentencia de unificación se dijo:

“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”⁷⁵. (Negrillas fuera de texto)

Sin embargo, como ya se ha explicado en esta demanda, el carácter inescindible entre la validez y efectos económicos de un acto administrativo debería llevar a reafirmar la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre estos dos componentes del acto administrativo proferido en ejercicio de facultades excepcionales. Corroboran ese aserto el principio del efecto útil de las normas y la competencia general otorgada a la justicia arbitral para conocer de todas las controversias surgida por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación de un contrato estatal, así como la competencia particular referida a los efectos económicos de los actos administrativos que ejercer facultades excepcionales (art. 1 Ley 1563).

Pero si ese no fuera el entendimiento que acepte la Corte y se concluyera que los árbitros no pueden pronunciarse sobre la validez de este tipo de actos administrativos, debe tenerse en cuenta, **subsidiariamente**, que la inescindibilidad entre validez y efectos del acto no es un principio o postulado que esté consagrado en la Constitución o en la Ley Estatutaria como para afirmar que la regulación del inciso final del artículo 1° de la Ley 1563 requiere algún tipo de interpretación especial. El Legislador Ordinario, como lo ha hecho en otras materias, legítimamente podía separar las consecuencias económicas de la validez del acto administrativo y, por eso mismo, es procedente que se haya dispuesto

⁷⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

en el Estatuto Arbitral que las consecuencias económicas de una facultad excepcional pudieran ser de conocimiento de los árbitros.

Así pues, considerando que es al Congreso y no al Consejo de Estado a quien se le ha confiado regular lo atinente al arbitraje y teniendo en cuenta el principio del efecto útil, el Consejo de Estado ha debido seguir lo dispuesto por el Legislador, en el sentido de permitir que los árbitros conozcan aquellas controversias donde se discuten la validez y efectos económicos de los actos administrativos proferidos en ejercicio de facultades excepcionales.

No proceder de esa manera y, por el contrario, restringir por vía jurisprudencial y con efectos *erga omnes* el alcance del inciso final del artículo 1° de la Ley 1563 condujo no solo a soslayar el principio de separación de poderes (art. 113 de la Constitución) y la competencia del Legislador (arts. 116 y 150 de la Constitución), sino también competencia de la Corte Constitucional (art. 241 de la Constitución) porque, en la práctica, el Consejo de Estado obró como un juez constitucional al excluir del ordenamiento jurídico una directriz vigente del legislador, cuando lo cierto es que esa labor es exclusiva de la Corte Constitucional y bajo un procedimiento previsto para el efecto en el ordenamiento jurídico.

4.4. Violación del artículo 230 de la Constitución sobre el sometimiento de los jueces al imperio de la ley

El artículo 230 de la Constitución establece que *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”*.

Este pilar fundamental de nuestro sistema jurídico instituye que el juez de lo contencioso administrativo está subordinado a la ley y, aunque puede interpretarla en un caso concreto, no está habilitado por vía interpretativa, de forma general y con efectos *erga omnes*, a variar, modificar o suprimir el alcance de las leyes del Congreso de la República.

No obstante, en el presente caso, pese a que el legislador expresamente dispuso que en sede arbitral los árbitros podrían conocer todas las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales (lo cual incluye la validez de los actos administrativos) y agregó de forma expresa y sin ninguna duda que estaban incorporadas *“las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales”*⁷⁶, lo cierto es que el Consejo de Estado dispuso una regla jurisprudencial opuesta, esto es, que los árbitros no son competentes para conocer tanto de la validez como de los efectos económicos de los actos administrativos que ejercen facultades excepcionales.

Esta situación evidencia que el Consejo de Estado no se sujetó al imperio de la ley y, por el contrario, desconoció lo expresamente dispuesto por el Legislador en la Ley 1563. En efecto, *“[S]i la regla jurisprudencial afirma que los árbitros no pueden pronunciarse sobre una categoría de asuntos para los cuales una disposición legal les otorgó autorización expresa de hacerlo, es claro que la regla viola la ley”*⁷⁷.

⁷⁶ Ley 1563, art. 1.

⁷⁷ Salvamento de voto de Martín Bermúdez a la Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

Es más, dada la claridad de la norma y la voluntad explícita del legislador, resultaba innecesaria una interpretación como la que se hizo y ello hace notorio el propósito del juez administrativo de restarle eficacia jurídica al inciso final del artículo 1° de la Ley 1563 mediante un mecanismo no previsto por el ordenamiento constitucional. Además, si hubiera sido menester interpretar la ley, en virtud del principio del efecto útil de las normas y de la seguridad jurídica, el Consejo de Estado *“debió interpretar el alcance de esta competencia en vez de suprimirla, que fue lo que hizo en esta sentencia”*⁷⁸.

5. Competencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional es competente para conocer la presente demanda pública de inconstitucionalidad en virtud de lo estipulado en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política, que señala que a ella le corresponde conocer y decidir definitivamente sobre las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha establecido que *“corresponde a esta Corporación excluir del ordenamiento jurídico aquellas interpretaciones contrarias al ordenamiento constitucional, aun cuando provengan de una autoridad judicial”*⁷⁹, de manera que la Corte Constitucional también es competente para pronunciarse sobre interpretaciones inconstitucionales de normas realizadas por los órganos de cierre, como sucede en este caso con el Consejo de Estado.

6. Trámite

El trámite que debe seguir esta demanda es el señalado en el Decreto 2067 de 1991 y las normas que lo adicionen o complementen.

7. Petición

Por las razones anteriormente expuestas, solicito que se declare la constitucionalidad condicionada del inciso final del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, o cualquier otra determinación, en el sentido de excluir la interpretación fijada en la Sentencia de Unificación del 14 de marzo de 2024⁸⁰ que restringe la competencia de los árbitros para conocer: **(i)** la validez de los actos administrativos derivados del ejercicio de facultades excepcionales y **(ii)** los efectos económicos de los actos administrativos derivados del ejercicio de facultades excepcionales.

8. Pruebas

Solicito que se tenga como prueba de la demanda la Sentencia de Unificación del del 14 de marzo de 2024 del Consejo de Estado⁸¹ que se adjunta a la presente y que, en todo caso, puede consultarse en el siguiente link con el radicado 11001032600020220017300:

<https://consultaprocesos.ramajudicial.gov.co/procesos/bienvenida>

⁷⁸ Salvamento de voto de Martín Bermúdez a a la Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

⁷⁹ Corte Constitucional. Auto 170 del 18 de julio de 2012.

⁸⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

⁸¹ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.

9. Anexos

Conforme lo señala el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, se anexa un duplicado de la presente demanda de inconstitucionalidad y de la Sentencia de Unificación del 14 de marzo de 2024 del Consejo de Estado⁸². Igualmente, se aportar copia de la cédula de ciudadanía del suscrito.

10. Notificaciones

Protegido por Habeas Data

⁸² Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2024. C.P. María Adriana Marín, Rad. 11001032600020220017300, exp. 68.994.