

Editorial

ANÍBAL ZÁRATE¹

Al declarar la nulidad parcial de un laudo arbitral que ordenaba a TransMilenio S. A. el pago de más de 12.000 millones de pesos al antiguo operador del sistema, la Sección Tercera del Consejo de Estado estableció que el reconocimiento y pago de compensaciones e indemnizaciones derivadas del ejercicio de cláusulas excepcionales corresponde al ejercicio de funciones administrativas sujetas a un control de legalidad, el cual escapa a la competencia de los tribunales de arbitramento². Esta restricción a la facultad de la justicia arbitral para decidir sobre medidas de reajuste para el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos estatales comporta retos significativos en torno a la arbitrabilidad objetiva de los actos administrativos expedidos en ejercicio de cláusulas excepcionales, apartándose en sus efectos de la línea jurisprudencial nítida iniciada con la sentencia C-136 de 2000 de la Corte Constitucional.

En esta decisión, esa corporación condicionó precisamente la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, al considerar que los árbitros no gozaban de competencia para conocer de la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de poderes excepcionales. Esta doctrina fue acogida por la Sección Tercera del Consejo de Estado para excluir de la competencia arbitral tanto los actos administrativos de contenido general como aquellos de carácter particular proferidos en ejercicio de potestades excepcionales, permitiendo únicamente la revisión de los actos contractuales particulares ajenos a dicha naturaleza³. Luego, con la expedición del estatuto arbitral (Ley 1563 de 2012), el legislador reiteró la posibilidad de que los árbitros conocieran de los efectos económicos de

- 1 Doctor en Derecho, Universidad Panthéon-Assas (Paris II), París, Francia. Docente investigador del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co. Enlace Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5453-9464>. Para citar el artículo: Zárate, Aníbal, "Editorial", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 34, 2025, pp. 3-5. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n34.01>.
- 2 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de marzo de 2024, Rad. 11001-03-26-000-2022-00173-00 (68.994).
- 3 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 2008, Rad. 11001-03-26-000-2007-00009-00 (33.644)A; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, Rad. 11001-03-26-000-2009-00001-00 (36.252).

estos actos, pero sin atribuirles expresamente la facultad de juzgar su legalidad⁴. A su vez, el literal c del artículo 14 de la Ley de Infraestructura de Transporte (Ley 1682 de 2013) afirmó la falta de competencia arbitral sobre la legalidad de actos dictados bajo poderes excepcionales. Esta evolución muestra cómo, a pesar de que parecía haberse consolidado una fórmula intermedia que permitía el examen de los efectos económicos sin invadir el control de legalidad, la reciente unificación jurisprudencial del Consejo de Estado reinterpreta estas normas de una manera más restrictiva⁵. En efecto, al sostener que cualquier decisión sobre mecanismos de compensación o restablecimiento del equilibrio contractual involucra necesariamente un juicio de legalidad⁶, la sentencia termina por desplazar la aplicación del artículo 1.º de la Ley 1563 de 2012 y concentrar, de forma exclusiva en la jurisdicción contencioso administrativo, el conocimiento de dichas controversias, lo que ha generado dudas razonables sobre la viabilidad práctica del arbitraje en materia de contratación estatal⁷.

- 4 Como lo reconoce el fallo en comento, el estatuto arbitral les confirió la potestad de resolver los litigios surgidos con ocasión de la celebración, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de los contratos estatales, siempre y cuando dicha disputa no esté relacionada con la legalidad de los referidos actos administrativos.
- 5 Ya en vigencia del estatuto arbitral, el Consejo de Estado volvió a reiterar que los árbitros no pueden conocer de la legalidad de los actos expedidos en desarrollo de los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de abril de 2015, Rad. 11001-03-26-000-2014-00162-00 (52.556).
- 6 En términos del Consejo de Estado, "En el presente caso, la medida de restablecimiento adoptada mediante el acto de modificación unilateral y que quedó plasmada en una fórmula aritmética, como se advierte de las consideraciones que la sustentaron, apuntó a evitar una sobre remuneración del contratista, que habría afectado la ecuación contractual en detrimento de la entidad contratante. Fue así como TransMilenio modificó no solo el plazo del contrato, mediante la prórroga, sino también la forma de remuneración del concesionario, por lo que ese mecanismo de mantenimiento del equilibrio económico del contrato que se implementó en la decisión administrativa no constituye un mero efecto económico de la misma, sino que hace parte del acto administrativo, vinculado al ejercicio de esa competencia de la administración". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de marzo de 2024, Rad. 11001-03-26-000-2022-00173-00 (68.994).
- 7 Como lo advierten varios salvamentos de voto, esta regla elimina la posibilidad de que los árbitros se pronuncien sobre las consecuencias económicas de los actos administrativos dictados en ejercicio de facultades excepcionales, pese a la habilitación legal contenida en el artículo 1.º de la Ley 1563 de 2012. Conviene recordar que la tesis en el fallo de 14 de marzo de 2014 fue objeto de un amplio disenso dentro de la misma corporación, donde solo uno de los ocho magistrados se abstuvo de presentar salvamento o aclaración de voto. En particular, los consejeros Martín Bermúdez y Efraím Alberto Montaña señalaron que la decisión desconoce precedentes jurisprudenciales –incluida la sentencia C-054 de 2016 de la Corte Constitucional– e impone una interpretación cuestionable de la norma.

En este sentido, la sentencia del Consejo de Estado reconfigura el panorama de la arbitrabilidad objetiva de los actos administrativos expedidos en ejercicio de cláusulas excepcionales, pues establece una regla de unificación que reduce el ámbito de competencia de los tribunales arbitrales. La interpretación adoptada por la Sección Tercera es por lo demás susceptible de comprometer la seguridad jurídica en los contratos estatales, e incluso dar lugar a prácticas abusivas, ya que habilita de cierto modo a las entidades contratantes para derogar unilateralmente el pacto arbitral en los contratos mediante el recurso a cláusulas excepcionales. De ahí que pueda afirmarse que el alcance de la justicia arbitral en el ámbito de la contratación estatal quedó reducida a un punto tal que la puerta, en la práctica, se cerró.

La parte monográfica de este número se compone de varios escritos dedicados al tema de las compras públicas y la contratación estatal. Las investigaciones que proponemos a nuestros lectores abarcan varias de las actuales tendencias y problemáticas en esta materia, como es el caso de las ventajas y desafíos de la contratación estratégica como medio para alcanzar un aprovisionamiento de bienes, obras y servicios más sostenible, innovador, y ambiental y socialmente responsable. En esta misma línea, colegas peruanos exploran las más recientes modificaciones e incorporaciones que trae la nueva ley general de contrataciones públicas de Perú, tales como la inclusión de los principios de valor por dinero e innovación, y la oportunidad que esto representa para adelantar las etapas contractuales de manera eficiente. Como puede notarse, las temáticas son bastante diversas e incluyen reflexiones sobre pliegos tipo, asociaciones público-privadas, concesiones 5G, la potestad de las empresas estatales para anular unilateralmente los contratos que celebran con sus proveedores, y la selección objetiva y los límites que encuentra en otros principios como la concurrencia y la libre competencia.

¡Una provechosa lectura!

