

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL EN LAUDOS  
ARBITRALES**

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO  
FACULTAD DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN ARBITRAJE NACIONAL, INTERNACIONAL Y DE INVERSIÓN**

**TUTOR: GUSTAVO QUINTERO NAVAS**

**CARMEN ELENA JARAMILLO MONSALVE  
NELSON DAVID CALDERÓN CALDERÓN**

Carmen Elena Jaramillo Monsalve. Abogada de la Universidad de Medellín (1997), especialista en derecho administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana (2005), especialista en legislación tributaria de la Universidad Pontificia Bolivariana (2006), magister en derecho de la Universidad de Medellín (2017), doctora en derecho de la Universidad de Medellín (2021), candidata a magister en arbitraje nacional, internacional y de inversión de la Universidad del Rosario, candidata a doctora en gerencia administrativa de la Universidad Benito Juárez -México-. Actualmente se desempeña como litigante y socia mayoritaria de la firma Jurisocial S.A.S. Correo electrónico: carmenelenaj@hotmail.com.

Nelson David Calderón Calderón. Abogado de la Universidad del Cauca (2015), especialista en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (2017), especialista en derecho contractual de la Universidad del Rosario (2018), magister en derecho con énfasis en derecho constitucional de la Universidad de los Andes (2021), candidato a magister en arbitraje nacional, internacional y de inversión de la Universidad del Rosario. Actualmente se desempeña como profesional especializado en la Sección Tercera del Consejo de Estado. Correo electrónico: nelsondavidcalderon@hotmail.com.

## RESUMEN

En este análisis se pretende revisar la responsabilidad que le pueda asistir al Estado por el error de los árbitros en el laudo arbitral. Esto es, si se trata de una imputación atribuible a la luz de la Ley 270 de 1996 o si, por el contrario, se circunscribe a una responsabilidad de tipo extracontractual directa o contractual de los árbitros. Este cuestionamiento se está desarrollando por la jurisprudencia y la doctrina, dado el interés que surge de establecer al árbitro como un agente equiparable o no a un juez y, a partir de ello, determinar sus cargas y responsabilidades. En particular, si de la interpretación de la habilitación a particulares de ejercer transitoriamente la función de impartir justicia establecida en el artículo 116 de la Constitución Política, se sigue una atribución fáctica y normativa de responsabilidad al Estado. Por tanto, no existe consenso sobre la responsabilidad que pueda asistir por el error fáctico o de derecho en el que incurre un árbitro en el laudo arbitral y a quién es atribuible.

**Palabras clave:** Responsabilidad patrimonial del Estado, Ley Estatutaria de Administración Judicial, error judicial, hecho del juez, hecho del árbitro, arbitraje, error del árbitro, imputación, contrato de arbitraje.

## ABSTRACT

This analysis intends to review the responsibility that may assist the State for the error of the arbitrators in the arbitral award. That is, if it is an imputation attributable in light of Law 270 of 1996 or if, on the contrary, it is limited to a direct extra-contractual or contractual liability of the arbitrators. This questioning is being developed by jurisprudence and doctrine, given the interest that arises from establishing the arbitrator as an agent comparable or not to a judge and, based on this, determine his charges and responsibilities. In particular, if from the interpretation of the authorization to individuals to temporarily exercise the function

of imparting justice established in article 116 of the Political Constitution, a factual and normative attribution of responsibility to the State is followed. Therefore, there is no consensus on the responsibility that may attend for the factual or legal error incurred by an arbitrator in the arbitral award and to whom it is attributable.

**Keywords:** Patrimonial responsibility of the State, Statutory Law of Judicial Administration, judicial error, act of the judge, act of the arbitrator, arbitration, error of the arbitrator, imputation, arbitration contract.

## 1. Introducción

La responsabilidad del Estado por los daños causados en el cumplimiento de la función de administrar justicia ha cobrado una gran relevancia en los últimos 30 años<sup>1</sup>. Desde los eventos en los que solo se aceptaba la responsabilidad personal del juez hasta los cuestionamientos actuales relacionados a que su procedencia debía ser asimilada a la vía de hecho<sup>2</sup> o, de manera más reciente, con el cuestionamiento sobre la imposibilidad de imputar un error judicial en contra de decisiones de altas cortes y, en particular, a los fallos de constitucionalidad emanados de la Corte Constitucional. Así, su análisis actual ha conllevado a preguntarse si en aquellos eventos en los que existe habilitación y/o reconocimiento para ejercer función jurisdiccional en nombre del Estado es posible acceder a la responsabilidad patrimonial por virtud del artículo 90 de la Constitución.

En efecto, los eventos de habilitación y/o reconocimiento de una función jurisdiccional deben ser arquetipos propios que deben analizarse en el contexto de cada uno de estos eventos. Desde las justicias especiales o atípicas, como son, por ejemplo, la indígena o los jueces de paz representan situaciones de hecho que suscitan debates sobre la procedencia de la responsabilidad patrimonial derivada de sus decisiones. De ahí que surgiera el interés por abordar el error judicial en el marco del trámite arbitral, habida cuenta de la habilitación y/o reconocimiento que hace el artículo 116 de la Constitución Política y la asimilación que se hace de los árbitros a los jueces, porque ejercen una función jurisdiccional.

---

<sup>1</sup> Alberto Yepes Barreiro, *La responsabilidad del Estado por error judicial de las altas cortes*, (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2019), 17-39.

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-837 de 2022, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, sobre la vía de hecho en la función de administrar justicia mencionó: “*la atribución transitoria de funciones públicas en cabeza de particulares no les otorga un poder extra- o supraconstitucional, así sus decisiones se inspiren en la equidad y persigan la resolución de conflictos económicos (...) La sujeción de la conducta de las autoridades públicas al Estado de derecho, lleva implícito el respeto y sometimiento al debido proceso en todas sus actuaciones, esto como garantía del ciudadano frente al poder. El desobedecimiento flagrante del debido proceso constituye una vía de hecho frente a la cual la persona no puede quedar inerte. Por ello, la importancia de que exista un procedimiento constitucional para impedir la vulneración y solicitar la protección de los derechos fundamentales*”.

La responsabilidad por el error del árbitro en el laudo no ha tenido un amplio desarrollo en cuando hace a su relación o no con el Estado, misma que radica en la propia naturaleza de ejercer este tipo de justicia y, además, en la habilitación constitucional que se hace de este sistema de resolución de conflictos –artículo 116<sup>3</sup> de la Constitución Política-. Si bien tocar el tema involucra abordar dos órbitas distintas, dado el criterio dualista que consagra la Ley 1563 de 2012 –arbitraje nacional e internacional-, lo cierto es que, a pesar de ello, el análisis que aquí se propone pretende ser transversal.

Cuando se trata de establecer una responsabilidad por el error judicial la jurisprudencia y la doctrina han dado por hecho que, por cumplir una función jurisdiccional, es evidente que su imputación es atribuible del Estado; no obstante, no en todos los casos aquella función pública se hace en nombre del Estado, pues halla su habilitación en otra relación jurídica sustancial y, por tanto, significa que el error arbitral pueda imputarse a través de otros mecanismos. Para el artículo 1<sup>o</sup><sup>4</sup> de la Ley 1563 de 2012 todo laudo es susceptible de ser catalogado como una sentencia y, por tanto, pasible de los regímenes de responsabilidad propios de ese tipo de decisiones. En particular, porque la Ley 270 de 1996 admite esta posibilidad cuando una autoridad, investida de facultad jurisdiccional, yerra en una decisión que se considera contraria a la ley.

El estudio del error judicial presupone entender los elementos que la Ley 270 de 1996 ha estipulado al respecto y, así mismo, los alcances que los operadores jurídicos le han otorgado. El hecho del juez y del árbitro, en el marco de esta responsabilidad, resulta excepcionalísimo para efectos de configurar una reparación patrimonial. En esa medida, los interesados deben estar en la obligación de ejercitar todos los mecanismos que la misma ley les otorga para que sea el juez natural, por su especialidad, eficacia y eficiencia, los que resuelvan los conflictos y yerros que puedan incurrir. De esta manera, no solo se evita la litigiosidad infundada, sino que se disminuye la congestión y se resuelven los conflictos en una sede natural.

Son varios los interrogantes que pretenden ser abordados: desde la posibilidad o no de iniciar una demanda de reparación directa en contra de la Rama Judicial y/o los árbitros, hasta la categorización que debe dársele a los árbitros, es decir, si fungen propiamente como jueces y sus decisiones son igualmente consideradas como el ejercicio de una función jurisdiccional o si, por el contrario, habrán de entenderse como una tipología autónoma e independiente. Esto, además, en el marco del principio de voluntariedad del arbitraje y su condensación en los pactos arbitrales que, claramente, implican la sustracción de la jurisdicción para resolver los conflictos y, por ello, de la posible responsabilidad que de esas decisiones podría

---

<sup>3</sup> “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”.

<sup>4</sup> “(...) El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje”.

imputárseles, si hubieran sido decididos por los jueces ordinarios o contencioso administrativos.

Nos detendremos en las respuestas que han dado la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional a algunos de estos cuestionamientos; explicaremos las falencias de algunas de las tesis y estableceremos un paralelo con otras herramientas judiciales que podrían tener un alcance jurídicamente más efectivo y, por tanto, posiblemente afianzar su solución. Con todo, esto apuntará a una conclusión muy precaria todavía en la reflexión relacionada la responsabilidad por error judicial en los laudos arbitrales, pero que intenta avanzar y proponer una discusión sobre la misma.

## **2. El error judicial y el indebido funcionamiento de la administración de justicia. Un poco de historia**

No puede iniciarse un análisis sobre el error judicial en el marco del arbitraje sin entender su origen y consolidación. Esta tipología de responsabilidad ha variado a lo largo de los años, pero pretende afianzarse como un sistema excepcionalísimo y que, en muy pocos eventos, se halla como fuente de un daño antijurídico. Para algunos la discusión se trata únicamente de cuándo materialmente un agente del estado está en ejercicio de una función jurisdiccional para entender que se abre paso a la responsabilidad del Estado<sup>5</sup>, pero, para otros, debe atenderse primero a la naturaleza y principios para los cuales se ejerce aquella función y, en particular, para lo que fue creado el arbitraje<sup>6</sup>. En esa medida, determinar causalmente de dónde proviene el daño resulta una tarea de alta envergadura, máxime si se tiene en cuenta que puede originarse en el mero acceso a la administración de justicia<sup>7</sup> y/o de cualquier pretensión que se exigiera en el proceso antecedente<sup>8</sup>.

La jurisprudencia adoptada antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991 distinguió entre la actividad propiamente judicial y las actuaciones administrativas de la jurisdicción. Se admitía, bajo el régimen de falla del servicio, la responsabilidad por los daños que se causaran en ejercicio de actuaciones administrativas (actos de los secuestres que ocasionaran grave deterioro a los bienes; la sustracción de títulos o bienes que se encontraran bajo la custodia de las autoridades judiciales)<sup>9</sup>. En relación con la actividad jurisdiccional, se consideró que no era posible deducir responsabilidad patrimonial del Estado, porque los daños

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 11 de octubre de 2021, exp. 39798, M.P.: Freddy Ibarra Martínez.

<sup>6</sup> Arturo Solarte Rodríguez, *El árbitro y la función arbitral: obligaciones del árbitro para con las partes*, Tomo I, Volumen II (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017).

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 22 de noviembre de 2021, exp. 51522, M.P.: José Roberto Sáchica Méndez.

<sup>8</sup> Nelson David Calderón Calderón, *La responsabilidad del Estado por error judicial: ¿hacia un análisis de un recurso extraordinario?*

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de mayo de 1990, exp. 5451, M.P.: Julio Cesar Uribe Acosta.

que se produjeran como consecuencia de dicha actividad eran cargas que los ciudadanos debían soportar por el hecho de vivir en sociedad, en orden a preservar el principio de la cosa juzgada y, por tanto, la seguridad jurídica<sup>10</sup>. Así, la responsabilidad en tales eventos era únicamente de índole personal en relación con el juez, en los términos previstos en el artículo 40<sup>11</sup> del Código de Procedimiento Civil, bajo el presupuesto de que este hubiera actuado con error inexcusable.

La Constitución de 1991, al consagrar la responsabilidad del Estado por “*los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*”, previó una fórmula general de responsabilidad<sup>12</sup>, con fundamento en la cual hay lugar a exigir la responsabilidad extracontractual del Estado por acción u omisión de la Administración de Justicia<sup>13</sup>. Así, se mantuvo la diferencia entre la actividad propiamente judicial, reservada a las providencias por medio de las cuales se declaraba o se hacía efectivo el derecho subjetivo<sup>14</sup>, y la responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia que se siguió predicando de las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias jurisdiccionales, sin que hicieran parte de ella las de interpretar y aplicar el derecho<sup>15</sup>.

En desarrollo de la mencionada cláusula general de responsabilidad, la Ley 270 de 1996 -en adelante LEAJ- previó la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le fueran imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales -artículo 65-. En esos términos, determinó que el Estado respondería por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el error jurisdiccional y la privación injusta de la libertad. Además, en sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional consideró que la norma era exequible, porque, si bien sólo hacía alusión a la responsabilidad del Estado -a través de sus agentes judiciales- por falla en el servicio, lo cierto era que no excluía la aplicación del artículo 90 superior en los casos de la administración de justicia<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 1981, exp. 2462, M.P.: Jorge Valencia Arango.

<sup>11</sup> Código de Procedimiento Civil. Artículo 40. “*Responsabilidad del juez. Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes, en los siguientes casos: (...) 3. Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer*”.

<sup>12</sup> Alberto Yepes Barreiro, *La responsabilidad del Estado por error judicial de las altas cortes*, (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2019), 37-39.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 2001, exp. 12915, M.P.: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia de 5 de agosto de 2004, exp. 14358, M.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de agosto de 2008, exp. 16594, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de noviembre de 2001, exp. 13164, M.P.: Ricardo Hoyos Duque.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

### 3. Los requisitos del error judicial y su alcance en el ejercicio arbitral

La LEAJ, en el artículo 66 definió el error jurisdiccional como aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley. En relación con este precepto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 1996, precisó que: **(i)** este tipo de responsabilidad solo existía por virtud de una providencia judicial y **(ii)** la aplicabilidad del error jurisdiccional debía partir del respeto de la autonomía funcional del juez. Por ello, no puede corresponder a una simple equivocación y/o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia.

En cuanto al ámbito de aplicación de la LEAJ, el artículo 74<sup>17</sup> mencionó expresamente que las normas del capítulo VI serían aplicables a los agentes del Estado pertenecientes a la Rama Judicial e, igualmente, a los particulares que excepcional o transitoriamente ejercieran función jurisdiccional. De dicha aproximación se podría concluir que las decisiones proferidas por los árbitros, cuya naturaleza es la de una providencia judicial, son susceptibles de ser cuestionadas a través de un error jurisdiccional y que ello, por antonomasia, implicaría que el Estado es el legitimado para comparecer como extremo pasivo y no los particulares directamente.

Bajo esta perspectiva, no podría predicarse responsabilidad directa a los árbitros bajo la premisa de una responsabilidad civil extracontractual, porque la referencia del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil fue subrogada por la Ley 270 de 1996 y, finalmente, derogada por la Ley 1564 de 2012. Bajo este contexto, en caso de ser demandada, la Rama Judicial dispondría de la facultad de llamar en garantía a los árbitros, lo que resulta razonable, pues ellos fueron quienes conocieron el desarrollo de la actuación procesal cuestionada. También, en el evento de resultar condenada a la reparación de daños y perjuicios con ocasión de la actividad de particulares en ejercicio de función jurisdiccional se deberá repetir contra estos, de conformidad con el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política<sup>18</sup> y el artículo 2 de la Ley 678 de 2001<sup>19</sup>. Lo anterior, dado que los árbitros se equipararían

---

<sup>17</sup> "Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a todos los agentes del Estado pertenecientes a la Rama Judicial así como también a los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo con lo que sobre el particular dispone la presente Ley Estatutaria. En consecuencia, en los preceptos que anteceden los términos «funcionario o empleado judicial» comprende a todas las personas señaladas en el inciso anterior".

<sup>18</sup> "En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

<sup>19</sup> "La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial" (negritas adicionales).

a los agentes estatales para los efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado, de conformidad con el mencionado artículo 74.

El panorama planteado hace parte del reciente pronunciamiento del Consejo de Estado en el que se mencionó que, jurídicamente, no había distinción entre un juez y un árbitro, dado que la función de administrar justicia implicaba irremediablemente que quien la ejercía automáticamente fuera considerado un agente estatal y, por tanto, podía comprometer la responsabilidad del Estado<sup>20</sup>. Dicha conclusión, consciente o inconsciente, va más allá de considerar que la Nación-Rama Judicial está legitimada en la causa por pasiva para ser fuente de imputación por el error judicial en un laudo, sino que abre la posibilidad de que las demás actuaciones surgidas en el marco del trámite arbitral sean susceptibles de la imputación por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, incluso que pueda, por esa vía, vincular a las Cámaras de Comercio como administradoras del arbitraje.

En ese orden de ideas, como se expresó, admitir la posibilidad de establecer un régimen de responsabilidad del Estado por error judicial del laudo bajo la órbita de la Ley 270 de 1996 tiene origen en que *i)* el art. 74 asimila a los árbitros como agentes estatales y, concretamente, como jueces y que *ii)* los árbitros ejercen una función jurisdiccional que va más allá de un simple reconocimiento legal. Dichas circunstancias serán objeto de análisis, cuyo fin será establecer una conclusión sistemática y profunda de la complejidad que representa realizar aquella asimilación sin ahondar en las figuras propias del arbitraje. Con todo, desde ya se pretende ir dilucidando cada supuesto argumental para efectos de desligar la existencia de un juicio de imputación de responsabilidad del Estado por el error arbitral.

### **3.1. Los árbitros no son funcionarios del Estado**

La Ley 1563 de 2012 en su artículo 16<sup>21</sup> reguló parcialmente la responsabilidad de los árbitros en el ámbito de los impedimentos, recusaciones, deber de información y el marco disciplinario, esto, bajo el entendido de que se les aplicaría la misma normativa establecida para los jueces del Estado. Así, es evidente que el estatuto arbitral asimiló el término de árbitro al de juez; no obstante, es una regulación puramente pragmática en el ámbito legislativo, pero de ahí no se sigue que la Ley pretenda, de alguna forma, que los dos conceptos sean sinónimos. De hecho, es el único evento previsto por el legislador en el que menciona la aplicación de un sistema puramente judicial a los árbitros, precisamente porque la naturaleza del arbitraje asume la menor intervención judicial posible<sup>22</sup>, en cuya medida la norma la

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 11 de octubre de 2021, exp. 39798, M.P.: Freddy Ibarra Martínez.

<sup>21</sup> “Los árbitros y los secretarios están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil, por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único, y por el incumplimiento del deber de información indicado en el artículo anterior”.

<sup>22</sup> Luz Myriam Gómez Blanco, *Arbitraje internacional: del intervencionismo judicial en Colombia* (Universidad Libre de Colombia, 2022, Bogotá).

limitó únicamente para el conocimiento del recurso extraordinario de anulación -arts. 41, 108- y la designación excepcional, de los árbitros -numeral 4, art. 14-<sup>23</sup>.

Bajo ese contexto, el estatuto arbitral pareciera guardar consonancia con el artículo 74 de la LEAJ; sin embargo, como se explicó, aquello únicamente obedeció a que no resultaba práctico ni eficaz establecer un marco general de responsabilidad de los árbitros, sino que se partió de la posibilidad de usar vía remisión normativa otras regulaciones que, en cualquier caso, eran aplicables al ámbito arbitral, situación que no implicaba entender que la categoría de árbitro y juez se consideraran las mismas.

Con todo, los árbitros no tienen una relación jurídico sustancial con el Estado, puesto que su vinculación no parte de un contrato o de una potestad legal o reglamentaria con este y, por tanto, no reciben una remuneración o existe un control jerárquico. Por el contrario, son las partes que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, otorgan a estos particulares la posibilidad de dirimir un asunto y, por tanto, sustraerlo de la jurisdicción correspondiente. De hecho, la justicia arbitral no hace parte de la estructura orgánica de la Rama Judicial y mucho menos pertenece a la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa. Por estas razones, mal podría entenderse que los árbitros puedan integrar la calidad de un agente estatal y, por tanto, de ser jueces de la república, si jurídica y materialmente no ostentan los requisitos mínimos para ser considerados como tales.

En ese orden de ideas, también debe tenerse en cuenta que es la misma Ley la que hace distinción en el nombre que otorga al referirse a las categorías de juez y árbitro, de ahí que no se trata de conceptos equiparables, más allá de que cumplan funciones similares y administren justicia. Vale aclarar que el primero no se elige, mientras que el segundo sí. Uno hace parte de la estructura del Estado y despacha en las dependencias judiciales y el otro no, dado que podrá ser institucional o *ad hoc*.

Para la Corte Constitucional<sup>24</sup> es claro que no se puede equiparar la función de un árbitro a la de un agente del estado, por el simple hecho de que administran justicia, en tanto estima que entre jueces y árbitros existen diferencias sustanciales. Así lo expuso:

*[L]a principal y fundamental diferencia entre la justicia que administran los árbitros y la que administran los jueces de la República es que, mientras que los jueces ejercen una función pública institucional que es inherente a la existencia misma del Estado, los particulares ejercen esa función en virtud de la habilitación temporal que les han conferido en ejercicio de la autonomía de su voluntad contractual las partes que se enfrentan en un conflicto determinado.*

---

<sup>23</sup> “En defecto de la designación por las partes o por el delegado, el juez civil del circuito, a solicitud de cualquiera de las partes, designará de plano, por sorteo, principales y suplentes, de la lista de árbitros del centro en donde se haya radicado la demanda, al cual informará de su actuación”.

<sup>24</sup> Corte Constitucional, sentencia T-069 de 2022, M.P.: Diana Fajardo Rivera.

*Del mismo modo, ha indicado que la justificación constitucional de este mecanismo de resolución de conflictos estriba no sólo en su contribución a la descongestión, eficacia, celeridad y efectividad del aparato estatal de administración de justicia, sino en que proporciona a los ciudadanos una opción voluntaria de tomar parte activa en la resolución de sus propios conflictos, materializando así el régimen democrático y participativo que diseñó el Constituyente.*

Por lo dicho, los árbitros no pueden categorizarse como agentes del estado, pues, si bien imparten justicia, ésta no es institucional, sino particular y, además, carecen de cualquier vínculo jurídico sustancial con el Estado, al punto de que causalmente pueden ostentar esa investidura solamente -la de administrar justicia-, porque las partes así lo han convenido, es decir, únicamente por la voluntariedad de los sujetos en conflicto.

### **3.1.1. El carácter de agente estatal de otros particulares -indígenas y jueces de paz-**

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido pacífica en considerar que las decisiones de las autoridades indígenas y de los jueces de paz son objeto de demandas vía error judicial, puesto que pueden considerarse propiamente como agentes del Estado, cuyo reconocimiento deriva precisamente del art. 74 de la LEAJ. Para la mencionada Corporación dicha posibilidad implicaba, a manera analógica, que las decisiones arbitrales pudieran ser controvertidas a través de esta tipología de responsabilidad<sup>25</sup>.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 1996, analizó la constitucionalidad del artículo 74 de la LEAJ y concluyó que la responsabilidad por el hecho de administrar justicia se aplicaba a todos aquellos que la ejerciten de manera permanente o transitoria; no obstante, continuó la Corte, en este último evento, “*se incluyen igualmente a las autoridades indígenas y a los jueces de paz*”, pues en el momento de dirimir los conflictos “*son realmente agentes del Estado*”.

Véase que la interpretación de la Corte Constitucional parte del ejercicio de la función de administrar justicia transitoria de las autoridades indígenas y de los jueces de paz. Dicha situación implica que estas personas pueden considerarse como agentes del Estado, pero de ahí no se sigue que la reflexión del fallo referido tenga un alcance idéntico a los árbitros. Aquí existen diferencias diametrales con el arbitraje, pues el único nodo que los une a estos eventos que propone la Corte es que ejercen una habilitación transitoria de ejercer función jurisdiccional, pero en ningún caso cuando laudan se entienden como “*agentes del Estado*”.

---

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 11 de octubre de 2021, exp. 39798, M.P.: Freddy Ibarra Martínez.

Es evidente que las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales no son designadas por los sujetos procesales en conflicto, como sí ocurriría en sede arbitral. En efecto, son típicamente autoridades elegidas conforme con las reglas de los grupos indígenas correspondientes y tales autoridades son consideradas por la Constitución Política como autoridades públicas, situación que no se sigue, evidentemente, de un árbitro. Además, esta jurisdicción solo es reconocida si se cumple con el fuero indígena, respecto del cual se requiere que sea personal, territorial, institucional y objetivo, es decir, conlleva situaciones y requisitos totalmente distintos a los del arbitraje. Por esta razón, la connotación que se les da dista mucho de ser idéntica a una decisión arbitral y, por tanto, que reviste de ser un paragón para entender que los árbitros son agentes del Estado<sup>26</sup>.

Con todo, la jurisprudencia ha admitido que la administración de justicia es una función del Estado unitario como un todo<sup>27</sup>, es decir, que es este a través de sus agentes judiciales el que cumple esa función, con independencia de que aquellos pertenezcan o no a la estructura orgánica de alguna de sus ramas de poder u órganos autónomos ajenos a ellas, tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado, debe ser la Nación directamente la llamada a conformar la parte pasiva o a ser el centro de imputación, bien cuando orgánica e institucionalmente dichos agentes hacen parte de un órgano o entidad estatal sin personalidad jurídica o no hacen parte de ninguno<sup>28</sup>.

Es evidente que la función de administrar justicia connota un servicio público inherente al Estado y cuya égida se basa en nuestro modelo constitucional; sin embargo, de aquello no se sigue automáticamente la imputación y la responsabilidad del Estado, en tanto que, como ocurre en la prestación de un servicio público por un particular, al ser reconocido como tal, se desplaza causalmente la responsabilidad a este privado y, por tanto, muta el centro de imputación procesal.

### **3.1.1.1. Jueces de paz**

El artículo 247 de la Constitución Política autorizó al legislador para “*crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios*”; además, estableció la posibilidad de que la elección de estos jueces fuera por

---

<sup>26</sup> Aclaración de voto presentada por el magistrado Martín Bermúdez Muñoz en la sentencia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 11 de octubre de 2021, exp. 39798, M.P.: Freddy Ibarra Martínez.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2014, exp. 30300. M.P.: Enrique Gil Botero. En este fallo se indicó que “...*en casos como el de autos, de responsabilidad del Estado por daños antijurídicos imputables a sus agentes judiciales, el centro de imputación, o llamado a conformar la parte pasiva, es la Nación, por ser ésta quien ostenta la personalidad jurídica nacional, y ser la administración de justicia, una de las funciones del Estado como un todo, asunto que lleva consigo ese atributo de la capacidad para ser parte. En ese sentido, el legitimado para comparecer, o conformar la relación jurídica procesal, de cara a las pretensiones de la demanda, es la Nación*”.

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de marzo de 2018, exp. 73001-23-31-000-2011-00606-01 AG, M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

elección popular. Por su parte, la LEAJ, en su artículo 11, dispuso que a la Rama Judicial la integran distintas jurisdicciones, entre estas, la de paz. Además, el artículo 12 de la misma ley señaló que *“los jueces de paz conocen en equidad de los conflictos individuales y comunitarios en los casos y según los procedimientos establecidos por la ley”*.

Con la promulgación de la Ley 497 de 1999, el legislador cumplió con el mandato constitucional de creación de los jueces de paz al regular su organización y funcionamiento. En este cuerpo normativo, se indicó que la jurisdicción de paz buscaba la solución integral y pacífica de los conflictos comunitarios y particulares<sup>29</sup>, con fundamento en los principios de equidad, eficiencia, autonomía e independencia, oralidad, gratuidad y garantía de los derechos fundamentales<sup>30</sup>. En lo relativo a su competencia, el artículo 9° *ibídem* estableció que estos conocen de *“los conflictos que las personas o la comunidad, en forma voluntaria y de común acuerdo, sometan a su conocimiento, que versen sobre asuntos susceptibles de transacción, conciliación o desistimiento y que no sean sujetos a solemnidades de acuerdo con la ley, en cuantía no superior a los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes (...)”*.

En lo que tiene que ver con la elección de los jueces de paz, la ley en comento dispuso que estos *“serán elegidos mediante votación popular por los ciudadanos de las comunidades ubicadas en la circunscripción electoral”*<sup>31</sup>, por un periodo de 5 años, reelegibles de forma indefinida<sup>32</sup>; además, señaló que dichos jueces *“son particulares que administran justicia en equidad”*.

Para el Consejo de Estado la jurisdicción de paz hace parte de la estructura orgánica de la Rama Judicial, y las decisiones adoptadas en la jurisdicción de paz, además de observar los principios procesales que deben respetar todos los jueces de la República, tienen los mismos efectos que las sentencias dictadas por los jueces

---

<sup>29</sup>*“Artículo 1. Tratamiento integral y pacífico de los conflictos comunitarios y particulares. La jurisdicción de paz busca lograr la solución integral y pacífica de los conflictos comunitarios o particulares”*.

<sup>30</sup>*“Principio de la justicia de paz”, artículos 2 a 7 de la Ley 497 de 1999.*

<sup>31</sup>*“Artículo 11. Elección. Por iniciativa del Alcalde o del Personero o de la mayoría de miembros del Concejo Municipal o de grupos organizados de vecinos inscritos en la respectiva circunscripción electoral municipal o distrital existente, el Concejo Municipal a través de acuerdo convocará a elecciones y determinará para el efecto las circunscripciones electorales, que sean necesarias para la elección de juez de paz y de reconsideración. Los jueces de paz y de reconsideración serán elegidos mediante votación popular por los ciudadanos de las comunidades ubicadas en la circunscripción electoral.*

*Los candidatos serán postulados, ante el respectivo Personero Municipal, por organizaciones comunitarias con personería jurídica o grupos organizados de vecinos inscritos en la respectiva circunscripción electoral que haya señalado el Concejo Municipal.*

*Para la elección de jueces de paz y de reconsideración la votación se realizará conforme a la reglamentación que expida el Consejo Nacional Electoral (...)”*.

<sup>32</sup>*“Artículo 13. Periodo. Los jueces de paz y de reconsideración serán elegidos para un período de cinco (5) años, reelegibles en forma indefinida.*

*El Concejo Municipal dos (2) meses antes de la culminación del período previsto en el inciso anterior, convocará a nuevas elecciones de acuerdo con lo previsto en el artículo”*.

ordinarios<sup>33</sup>. De lo anterior, es apenas claro que la vinculación dada a los jueces de paz es muy distinta a la de los árbitros, no solo porque son elegidos popularmente, sino porque, orgánicamente, pertenecen a la Rama Judicial y dicha situación, como ampliamente se ha advertido, dista mucho de ser plausible para la justicia arbitral.

En suma, es claro que el arbitraje no parte del nombramiento del Estado a quienes lo ejercen, ni se puede entender que, por el hecho del reconocimiento de la función arbitral, el Estado tenga algún grado de vínculo laboral con aquellos. Por el contrario, son las partes los que los habilitaron y el Estado solo tiene vocación de reconocer dicho modo de resolución de conflictos, sin que medie alguna consideración sobre su naturaleza de agentes del Estado y que, por ello, deba responder patrimonialmente en el evento de un error judicial.

### **3.1.2. El laudo es una sentencia judicial solo en sus efectos**

Ahora, el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012 equipara el laudo arbitral a una sentencia; no obstante, la lectura del mencionado precepto no puede ser aislada, sino que, en cambio, debe contener elementos propios del arbitraje y de la forma en la que las partes llegan a este mecanismo. Así, es claro que el pacto arbitral sustrae de los jueces naturales la controversia de las partes y, por tanto, se encuentran sometidas a la competencia del tribunal arbitral vía el ejercicio de su autonomía de la voluntad. Es así como el negocio jurídico que subyace a esa relación funge como un determinador de la decisión que los árbitros tomen, es decir, parte de una relación meramente contractual.

Es evidente que cuando las partes acuerdan voluntariamente dirimir sus conflictos a través de la decisión de los árbitros, están suprimiendo la posibilidad de acudir a la jurisdicción del Estado, por motivos de conveniencia, especialidad, agilidad e incluso economía<sup>34</sup>. Así, las partes, al habilitar a los tribunales de arbitramento para administrarles justicia, a través de un negocio jurídico -pacto arbitral-, manifiestan su intención y confianza de que la decisión será la adecuada. Por esta razón, ese principio de voluntariedad y su vinculación contractual subyace a que los laudos gocen de estabilidad jurídica<sup>35</sup>, pues de otra forma no podrían ser acatados, ni ejecutados. Precisamente esta es la razón por la que los recursos consagrados para controvertirlos sean extraordinarios y restrictivos en sus causales de procedencia, pues se circunscriben a causales *in procedendo*, algunas *in judicando*, pero nunca a una revisión *in integrum*.

Para la Corte Constitucional es evidente que la naturaleza vinculante del laudo y su posterior tránsito a cosa juzgada se da precisamente por el pacto arbitral y no por otra causa. Así lo expuso:

---

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 23 de abril de 2021, exp. 45913, M.P.: María Adriana Marín.

<sup>34</sup> Si se tiene en cuenta la duración de los litigios en el sistema estatal.

<sup>35</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-174 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

*Es claro que una vez las partes han habilitado a los árbitros para ejercer la función jurisdiccional en relación con sus diferencias, se obligan a acatar la decisión que eventualmente éstos adopten mediante un laudo. En múltiples ocasiones, esta Corporación ha resaltado que al momento de acordar el sometimiento de sus disputas a tribunales de arbitramento, las partes aceptan de antemano la obligatoriedad de la decisión que dichos tribunales adopten; así, ha explicado que las partes, al prestar su consentimiento para someter sus diferencias y conflictos contractuales a la decisión de árbitros, “radican en cabeza de los árbitros la competencia para resolver sobre las consiguientes controversias y se obligan a acatar lo decidido por aquéllos”<sup>36</sup> <sup>37</sup>.*

Por lo anterior, los árbitros derivan del Estado su habilitación, pero no su competencia, sino de un acuerdo privado entre las partes. Esto significa que administran justicia para las partes con la aquiescencia del Estado, pero sin ningún vínculo legal, contractual o reglamentario con este último. Lo que se quiere significar es que la finalidad de la norma subyace a un reconocimiento pragmático de la decisión más allá de que se pretenda equiparar a un fallo judicial dictado por un organismo propio del Estado. De esta forma la decisión de los árbitros es denominada laudo y, si bien la norma le otorga iguales efectos a una sentencia, lo cierto es que su delimitación solo se circunscribe a aspectos sobre su ejecución. Así, la norma de la Ley 1563 de 2012 propone un reconocimiento legal al laudo, mas no de una equiparación purista de una sentencia dictada por un juez de la república.

### **3.2. La naturaleza jurídica del arbitraje**

La doctrina especializada<sup>38</sup> ha señalado que el arbitraje implica un ejercicio de la actividad judicial, habilitada por el pacto arbitral suscrito entre las partes respecto de una controversia que éstas confían a un tercero imparcial, para que administre justicia; no obstante, la naturaleza de esta institución, se concreta a partir de dos teorías extremas, y que son finalmente compendiadas en una versión mixta, que fue la que acogió el sistema colombiano, tal como lo expuso la Corte Constitucional, en sentencia C-947 de 2014<sup>39</sup>.

La primera teoría defiende la naturaleza contractualista, pues su origen proviene de la voluntad de las partes, quienes habilitan a los particulares en forma transitoria para administrar justicia conforme lo estipula la ley. Además, son estos los que se encuentran legitimados para regular las reglas aplicables al proceso siempre que se respeten los principios del debido proceso y el derecho de defensa -con excepción del arbitraje con parte estatal-; y gozan igualmente de la facultad de escoger los árbitros, que pueden aceptar o rechazar el encargo. Pero, según esta

---

<sup>36</sup> Corte Constitucional, sentencia C-426 de 1994, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>37</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-174 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>38</sup> Ramiro Bejarano Guzmán, *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*, (Bogotá: Editorial Temis S.A, 2019), 411-412.

<sup>39</sup> M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

postura, al aceptar la designación surge a la vida jurídica un contrato *sui generis*, que resulta innominado, pero tiene regulación legal<sup>40</sup>.

La segunda postura es la que otorga al arbitraje naturaleza jurisdiccional, la cual da prevalencia a la función que se les ha asignado a los árbitros, mediante un procedimiento regulado por la ley, el cual implica que tengan la potestad de proferir un laudo que tiene carácter de sentencia; con los atributos de cosa juzgada y su consecuente ejecución<sup>41</sup>. Bajo este sistema, el arbitraje está sometido a las ritualidades procesales, así como a sus limitaciones<sup>42</sup>, por lo que la autonomía de las partes para con el procedimiento se vea soslayada, al punto de que el árbitro es considerado propiamente un juez.

Finalmente, la teoría mixta, con la cual es cierto que el acuerdo de voluntades habilita a la solución arbitral, pero también lo es el reconocimiento de la naturaleza jurisdiccional que la propia actividad lleva implícita, amén de que el laudo que se profiere, es una sentencia judicial, en la medida en que resuelve el conflicto entre las partes pronunciándose definitivamente sobre las pretensiones y excepciones<sup>43</sup>.

### 3.3. El ejercicio de la función jurisdiccional en el arbitraje

Los artículos 1º, 2º y 125 de la Ley 270 de 1996 definen la actividad jurisdiccional como una función y un servicio público esencial e intransferible<sup>44</sup> a cargo del Estado y que tiene como propósitos basilares garantizar *(i)* la efectividad de los derechos de las personas, *(ii)* la convivencia pacífica y *(iii)* el orden público. Por estas razones, la administración de justicia no se puede concebir como una actividad particular o privada, porque atentaría contra los pilares del Estado de Derecho, particularmente del principio de Estado Unitario que implica que ciertas funciones no son transferibles a los entes territoriales ni a los particulares, aunque estos puedan ejercerlas en nombre del Estado. La justicia, como función pública ejercida por servidores públicos o por particulares, es una sola y está a cargo del Estado; no

---

<sup>40</sup> Arturo Solarte Rodríguez, *El árbitro y la función arbitral: obligaciones del árbitro para con las partes*, Tomo I, Volumen II (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017), 109.

<sup>41</sup> Pablo Rey Vallejo, *El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre la formalización y judicialización*, (Universitas, Bogotá, número 126, enero-junio de 2013), 199-237.

<sup>42</sup> Código General del Proceso. Artículo 13. Observancia de normas procesales. *“Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda. Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas”.*

<sup>43</sup> *Ibídem*.

<sup>44</sup> *“Un servicio público es esencial cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales”* Corte Constitucional, sentencia C-450 de 1995, MP Antonio Barrera Carbonell. Igualmente consultar: sentencia C-691 de 2008, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

obstante, la Constitución y la ley excepcionalmente autorizan que la impartan particulares, pero en su nombre y representación<sup>45</sup>.

Al respecto, vale precisar que, desde la teoría general de los contratos de derecho privado, la autonomía de la voluntad privada es la potestad de autodeterminación que ostentan las partes en el negocio jurídico para establecer los límites de la relación contractual, cuya finalidad es determinar el objetivo de esa negociación. Por esta razón, a dicho principio se le asigna un alcance verdaderamente legislativo, en tanto tiene la fuerza de establecer las leyes del contrato. Por iguales razones se ha mencionado que tiene una *“función derogatoria de las reglas legales, que por la misma razón, adquieren una aplicabilidad y una vigencia supletiva, salvo las normas imperativas”*<sup>46</sup>.

De lo anterior se colige que el principio de autonomía del arbitraje, si bien obedece a una habilitación legal que implica el ejercicio de un proceso independiente y especial, lo cierto es que no puede desconocer fuentes normativas imperativas, pues, como ocurre con la autonomía de la voluntad privada, el límite de su ejercicio deviene de la no trasgresión del orden público. Así, no hay duda de que, en asuntos arbitrales, son las mismas partes las que habilitan a los árbitros para impartir justicia y, por ello, es evidente que los particulares investidos siempre ejercen sus menesteres como una extensión, transitoria, de la función jurisdiccional<sup>47</sup>. Para la Corte Constitucional es claro que mientras exista facultad para *“declarar o reconocer un derecho mediante aplicación de la Constitución y la Ley”* se está frente a la función jurisdiccional<sup>48</sup>, por lo que es evidente que el pacto arbitral intrínsecamente involucra aquella función.

Es evidente que la misma Corte Constitucional ha otorgado especial importancia al principio de voluntariedad y, por tanto, al de autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje, pues en reiteradas oportunidades declaró la inexecutable de normas que limitaban la autonomía de la voluntad<sup>49</sup>, bajo la premisa de que su naturaleza precisamente implicaba su reconocimiento, pues de otra forma no sería posible reconocer dicho mecanismo de resolución de conflictos.

Véase que el artículo 113 de la Constitución Política divide el poder público en tres ramas, entre ellas la judicial. Esta segmentación implica el ejercicio del *imperium* estatal para dotarse de su organización, al tiempo de que supedita y establece quiénes ejercen cada una de esas facultades, lo que, a su vez, impone aquella coordinación como un pilar fundamental de la constitución misma del Estado. Como se dijo, la autonomía del arbitraje debe tener exactamente las mismas limitaciones que se decantaron hace varios lustros para el principio de la autonomía de la

---

<sup>45</sup> Corte Constitucional, sentencia C-212 de 2017, M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

<sup>46</sup> Luis Alfonso Rico Puerta, Teoría general y práctica de la contratación estatal, (Bogotá: Leyer, 2018), 21.

<sup>47</sup> Corte Constitucional, SU-174 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>48</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>49</sup> Por ejemplo, sentencia C-242 de 1997, C-1140 de 2000, C-1038 de 2002, entre otras.

voluntad privada, en el sentido de que no puede sobrepasar o desconocer normas de carácter imperativo. Así, el ejercicio arbitral involucra el uso, vía delegación, de la potestad de administrar justicia y, por tanto, debe considerarse una referencia constitucional de orden público. Esto, a su vez, imposibilita su desconocimiento. Es así como, bajo nuestro modelo constitucional, no es posible desligar el arbitraje del hecho de administrar justicia.

Lo que se quiere significar es que mientras el arbitraje involucre el uso de las facultades judiciales propias del hecho de administrar justicia, incluso si no existiera la referencia del artículo 116 de la Constitución Política, ese ejercicio implicaría jurisdiccionalidad. Por esta razón descartar la consagración constitucional plasmada en esos términos no resulta ser la respuesta adecuada para desligar la función jurisdiccional de la responsabilidad del Estado. De lo anterior, se infiere que las obligaciones y responsabilidades radicadas en cabeza de los árbitros, en razón de la habilitación que reciben de las partes para administrar justicia en forma transitoria en el asunto sometido a su conocimiento emanan de la misma constitución y la ley, y su naturaleza es jurisdiccional<sup>50</sup>.

De cualquier modo, la función de administrar justicia se ejerce dentro de los fines del Estado -art. 209 C.P.- y, por tanto, comporta el poder público. Por esta razón, el artículo 13<sup>51</sup> de la LEAJ menciona que los árbitros habilitados por las partes ejercen función jurisdiccional y, así mismo, está reconocido en el texto constitucional. Por lo anterior, no hay duda de que los árbitros ejercen una función delegada y, por tanto, el ordenamiento jurídico no predica de sus decisiones un simple reconocimiento. En ese mi sentido, para el Consejo de Estado<sup>52</sup>, se reitera, la función jurisdiccional no se puede concebir como una actividad particular, porque atentaría con los pilares del Estado de Derecho, ya que es un principio del estado unitario, el cual implica que esta función es intransferible.

En suma, la Constitución Política autoriza el arbitraje y permite que los particulares, en los casos concretos y específicos que se determinen de manera voluntaria, deroguen la jurisdicción estatal y se sometan a la decisión de los árbitros que ellos mismos designen. Al autorizar el arbitramento, le otorga el carácter jurisdiccional a

---

<sup>50</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-103 de 2022, M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

<sup>51</sup> *“Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: (...) 3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley”.*

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 11 de octubre de 2021, exp. 39798, M.P.: Freddy Ibarra Martínez. Así se expuso: *“La administración de justicia no se puede concebir como una actividad particular o privada, porque ello atentaría contra las pilares mismos del Estado soberano de Derecho, particularmente del principio de Estado Unitario que, implican que ciertas funciones no son transferibles a los entes territoriales<sup>52</sup> ni a los particulares, aunque estos puedan ejercerlas pero, en nombre del Estado (idea de las ‘fonctions régaliens’) y, a la vez, desconocería el principio constitucional de separación entre lo público y lo privado reconocido en la sentencia C-212 de 2017 de la Corte Constitucional. La justicia, como función pública ejercida por servidores públicos o por particulares es una sola y está a cargo del Estado solo que la Constitución y la ley excepcionalmente autorizan que la impartan particulares, pero, en su nombre y representación”.*

las decisiones que estos profieren, protege el derecho fundamental al debido proceso de los particulares previendo el recurso de anulación contra sus decisiones y garantiza que ellas sean ejecutadas por las autoridades jurisdiccionales del Estado<sup>53</sup>.

En cualquier evento, si bien se estableció que el artículo 116 de la Constitución Política no pretende un simple reconocimiento de las decisiones de los árbitros, pues, en efecto, comportan una actividad jurisdiccional, de esta conclusión no se sigue que de su ejercicio pueda predicarse la imputación y responsabilidad del Estado, en tanto que su vinculación no está mediada por éste. Se reitera, es claro que sí ejercen una función pública, pero ésta no es institucional<sup>54</sup>, es decir, no se está ejerciendo en nombre del Estado, sino para el Estado y, por ende, se está realizando en nombre de las partes.

De lo hasta aquí expuesto, se tiene que los árbitros no son funcionarios del Estado y tampoco se entablan dentro de la categoría de agente estatal; el laudo solo es equiparable a una sentencia en sus efectos y aquellos sí ejercen una función jurisdiccional reconocida en la Constitución Política, pero ello no significa que lo hagan en nombre del Estado. De hecho, es este último aspecto el que propone que los laudos puedan ser objeto de una demanda por error judicial en los términos de la LEAJ y, por esa vía, ser pasibles de vincular al Estado como centro de imputación. No obstante, este hecho dista de ser suficiente para concluir aquella posibilidad, tal como pasa a explicarse.

#### **4. La responsabilidad del Estado por error judicial solo procede cuando el daño sea antijurídico y éste sea causado por sus agentes estatales**

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado responde patrimonialmente cuando exista un daño antijurídico causado por un agente suyo, el cual, en este evento, ejerce transitoria o permanentemente la función de administrar justicia. En efecto, la cláusula general de responsabilidad se limita a las actuaciones derivadas de sus agentes estatales, por acción u omisión, por manera que no es jurídicamente viable imputar un error arbitral la Nación-Rama Judicial<sup>55</sup>.

Al respecto, determinados particulares ejercen transitoria y excepcionalmente funciones jurisdiccionales o participan de la función de administrar justicia, como los conjuces o los auxiliares de la justicia, que son designados por funcionarios estatales y, por ende, se consideran agentes del Estado. Así, el Estado puede ser condenado por errores en sus decisiones o por daños causados en el ejercicio de

---

<sup>53</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 11 de octubre de 2021, exp. 39798, M.P.: Freddy Ibarra Martínez.

<sup>54</sup> Corte Constitucional, sentencia T-069 de 2022, M.P.: Diana Fajardo Rivera.

<sup>55</sup> Aclaración de voto presentada por el magistrado Martín Bermúdez Muñoz en la sentencia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 11 de octubre de 2021, exp. 39798, M.P.: Freddy Ibarra Martínez.

sus funciones, porque tienen la condición de agentes estatales en la medida en que, aun si son particulares que ejercen transitoriamente estas funciones, son designados por un funcionario público en representación del Estado y eso les otorga la condición de agentes estatales. Al tener tal condición, el Estado debe responder por los daños que causen en ejercicio de sus funciones y repetir en su contra en la misma forma que lo hace frente a los funcionarios o empleados judiciales<sup>56</sup>.

Además, el ejercicio de la autonomía de las partes en este caso repercute en la imposibilidad de considerar a los árbitros como agentes del estado y, además, que sus decisiones se sustraigan de cualquier tipología de responsabilidad propia del Estado, pues es precisamente su voluntariedad la que conlleva a que se diriman sus conflictos a través de un laudo y, por tanto, mal podría pensarse que quienes asumieron acudir a la función arbitral, luego la desconozcan para que la Nación-Rama Judicial- sirva de prenda de garantía de sus pretensiones.

Bajo ese contexto, vale destacar que, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, el daño no es sólo el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también del ejercicio de una actuación regular o lícita, en tanto que lo relevante es que se cause injustamente un daño a una persona –o personas- que no está en la obligación de soportar<sup>57</sup>. Así, para la responsabilidad patrimonial del Estado la licitud o ilicitud no se predica de la conducta de sus agentes, sino sólo del daño. Por consiguiente, cuando el daño no puede reputarse como antijurídico, en razón de que es el resultado del ejercicio legítimo de los poderes del Estado, no está obligado a indemnizarlo, ya que en este evento todas las personas están obligadas a asumirlo como una obligación o una carga<sup>58</sup>.

Por lo anterior, no puede predicarse que el daño derivado del error arbitral admita ser antijurídico, pues su juridicidad se predica de la aceptación de las partes a acceder a dicho trámite, por lo que, en ejercicio pleno de sus voluntades, aceptan que la decisión que ahí se tome será la que, en derecho, sea la más conveniente y, por tanto, cualquier situación que acaezca en aquel trámite será una carga que deban soportar.

## **5. El error judicial-arbitral y su controversia**

Ahondar en este concepto jurídico de responsabilidad patrimonial del Estado va más allá de las concepciones clásicas para las cuales fue creado, pues en el marco de su acaecimiento en el laudo arbitral su fuente puede variar. Es claro que el error judicial provocado por un juez de la república, en ejercicio de sus funciones, es fuente de la responsabilidad extracontractual. En efecto, entre éste y sus partes no existe ningún vínculo contractual o laboral y, por tanto, la relación solo surge por la

---

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> Corte Constitucional, sentencia C-430 de 12 de abril 2000, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

<sup>58</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1° de agosto de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

existencia de un proceso. Esta situación es muy distinta en el arbitraje, pues no solo existe un negocio jurídico entre éste y las partes, sino que su existencia únicamente se predica de un pacto arbitral, por manera que el Estado en nada incide en aquella relación.

Como se dijo, la simple referencia conceptual de que un árbitro ejerce función jurisdiccional involucraría que el Estado podría responder por un eventual hecho arbitral -error arbitral- o de los secretarios y las Cámaras de Comercio, por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, puesto que esta labor se encuentra sometida al poder público y se ejerce en el marco de una función pública. Así, la regla general es que, en el ejercicio de estas funciones, en efecto, puede comprometerse la responsabilidad patrimonial del Estado. No obstante, el Estado, a través de la Nación-Rama Judicial-, no es responsable de todas las obligaciones que puedan gestarse al interior del trámite arbitral, luego quienes voluntariamente decidieron acudir este mecanismo, también libremente decidieron abstenerse de que exista algún tipo de responsabilidad del Estado. Mal podría entenderse que, en el marco del acto propio de quienes acudieron, deba entonces concluirse que el Estado deba responder cuando sus pretensiones no salgan avantes en los términos que mejor les convenían.

En efecto, el trámite arbitral tiene base en el principio de habilitación, por lo que lleva implícita la derogación de la justicia ordinaria o contencioso administrativa y, por ende, no existe intervención de la Nación-Rama Judicial-, sino únicamente en sede del recurso extraordinario de anulación o en la designación, excepcional, de los árbitros. Por esta razón, el laudo proferido por expresa disposición de la autonomía de las partes no está vinculado orgánicamente al Estado, aún cuando los árbitros ejerzan la función jurisdiccional.

Es así como los árbitros tienen una relación sustancial directa con las partes que los habilitaron para resolver su controversia y ésta es la que permite que las partes los demanden. Por esta razón, no puede aludirse a que el daño ha sido causado directamente por el Estado, porque entre este y las partes existe un contrato para arbitrar, lo cual supone que el menoscabo derive de la relación contractual y no de la habilitación constitucional y/o legal. De aquí que sea este mecanismo el idóneo para ventilar la responsabilidad vía el incumplimiento del negocio jurídico.

Tal como se estableció, el ejercicio de una función pública no predica en todos los casos una responsabilidad del Estado, por lo menos no de forma directa, porque, como ocurre con las empresas privadas prestadoras de servicios públicos, los conflictos que de ellas se deriven deben tener en cuenta el vínculo directo que se tiene con el daño alegado. Es decir, como sus actuaciones derivan de negocios jurídicos, será a través de este medio que se podrá demandar una responsabilidad. En este caso, como en el arbitraje, no puede perderse de vista que causalmente existe un mecanismo cuya proximidad al daño hace inoperante poder acudir a demandar al Estado, a través de una reparación directa.

Así, no se trata de menoscabar el artículo 116 Constitución Política, en el sentido de mencionar que un árbitro no ejerce función jurisdiccional, sino, en cambio, de pensar en que, si bien su actuación y reconocimiento derivan del poder del Estado, lo cierto es que orgánicamente y funcionalmente no le corresponde, a pesar de su salvoconducto. Por ello, debe partirse de que son las partes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, las que otorgan esa habilitación y, por tanto, es a través de este mecanismo que debe entenderse la responsabilidad por esas actuaciones.

Por lo dicho, la responsabilidad por error judicial en el arbitraje no se encuentra en cabeza del Estado, dado que sus bases son muy distintas a aquellos eventos en los cuales se ha admitido que justicias especiales puedan comprometerlo, máxime cuando se tiene en cuenta que los particulares brindan su voluntad para que el árbitro les dirima sus conflictos y, por ende, la fuente que subyace a esa posibilidad es su autonomía y no la del Estado.

Además, las causales de error de hecho y de derecho que le dan base al error judicial, exigen demostrar los yerros cometidos por el juzgador en la providencia de la que se alega deviene el daño antijurídico, el cual pudo haber comprometido la legalidad de la decisión cuestionada, tanto en la aplicación de las normas de derecho sustancial (*in judicando*), como las relativas al derecho procesal (*in procedendo*) y que, de todos modos, podrían haber mutado la decisión que tomó. Esto es relevante, puesto que, de ser procedente, se ampliarían las herramientas al alcance de las partes que van más allá del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, cuya naturaleza solo es controvertir errores de tipo formal y que minarían esta la función arbitral. Estas tesis son compartidas por Cárdenas Mejía, pues entiende que no es posible establecer un grado de responsabilidad imputable al Estado por error jurisdiccional, precisamente porque<sup>59</sup>:

*El árbitro no obra como funcionario o agente del Estado, aun cuando ejerce una función jurisdiccional. Por lo demás, tampoco es posible formular un reproche al Estado como garante, como en algunas ocasiones es analizado por el Consejo de Estado, pues el mismo no tiene un control directo sobre la actuación del árbitro. Su control es posterior a través de la autoridad disciplinaria, que además actúa también sobre todo los abogados, y a través de la autoridad penal.*

En suma, el simple hecho de que se administre justicia por un particular no significa por sí mismo que pueda comprometerse la responsabilidad del Estado, pues existen eventos y circunstancias que, por el mismo reconocimiento legal que se predica de la Constitución Política, impide que pueda atribuírsele, tal como ocurre con el laudo arbitral; sin embargo, aquello no significa que el yerro en la decisión arbitral sea inmune a una reparación patrimonial; por el contrario, el mecanismo para llegar a

---

<sup>59</sup> Juan Pablo Cárdenas Mejía, *El árbitro y la función arbitral: la responsabilidad civil del árbitro*, Tomo I, Volumen II (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017), 189.

esa conclusión no es la reparación directa, sino, en cambio, la responsabilidad civil contractual.

## 6. El contrato de arbitraje

Al respecto, diversas son las formas de negociales que surgen en un proceso arbitral. El primero es el pacto arbitral para desplazar la competencia de los jueces; un contrato entre las partes y el centro que administra el litigio -cuando este sea institucional-; un contrato entre el centro y los árbitros; y un contrato entre las partes y los árbitros. En este último punto, vale precisar que cada litigante forma un negocio distinto con cada árbitro, más allá de que sus términos y condiciones sean idénticas<sup>60</sup>.

El artículo 90 de la Constitución Política aduce que habrá responsabilidad del Estado cuando exista un daño antijurídico que le sea imputable. En el marco del arbitraje, cuando las partes acuden a este sistema, suscriben un contrato con los árbitros para efectos de que lleven dicho proceso. Este negocio jurídico es causalmente la fuente de cualquier evento susceptible de responsabilidad dentro de aquella habilitación y, por tanto, es a través de dicha responsabilidad la que debe alegarse cualquier irregularidad en la función arbitral. Así, los jueces y los árbitros se encuentran en situaciones opuestas, dado que los primeros son agentes del Estado y no tienen vínculo jurídico con las partes, pero, los segundos, tienen un contrato que los relaciona con los sujetos procesales y determina el alcance de sus obligaciones<sup>61</sup>.

En esa medida, el contrato de arbitraje se encuentra regulado en nuestro sistema jurídico y no existe un trato desigual cuando se habla de un arbitraje nacional o internacional. Pero puede llegar a existir tal cosa cuando se está frente a un arbitraje con parte estatal, dado que, según el artículo 39<sup>62</sup> de la Ley 80 de 1993, este negocio jurídico debe constar por escrito. Con todo, es claro que para los árbitros surgen las obligaciones de participar y controlar el procedimiento arbitral, y de redactar el laudo. Para las partes, surge la de colaboración, confidencialidad y pagar los honorarios<sup>63</sup>, en los términos de la Ley 1563 de 2012.

Sobre el particular, el contrato de árbitro, si bien es innominado, lo cierto es que está regulado en la ley, ya que ésta delimita la interacción de las partes con los árbitros

---

<sup>60</sup> Antonio Aljure Salame, *El árbitro y la función arbitral: el contrato de arbitraje*, (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017), 76.

<sup>61</sup> Juan Pablo Cárdenas Mejía, *El árbitro y la función arbitral: la responsabilidad civil del árbitro*, Tomo I, Volumen II (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017), 184.

<sup>62</sup> "Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad".

<sup>63</sup> Antonio Aljure Salame, *El árbitro y la función arbitral: el contrato de arbitraje*, Tomo I, Volumen II (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017), 79.

y el conflicto<sup>64</sup>. Por esta razón, la consecuencia lógica de esta tipología contractual es que los árbitros puedan incurrir en un incumplimiento y, por ello, ser susceptibles de ser demandados a través del negocio jurídico<sup>65</sup>.

Es que la doctrina especializada establece que la fuente de las obligaciones de los árbitros con las partes subyace del contrato de árbitro y de los demás negocios jurídicos coligados a éste, como lo sería el pacto arbitral o la relación con el reglamento de un centro de arbitraje, en el caso de que éste sea institucional<sup>66</sup>. Para Carvajal Sánchez, del contrato de árbitro surgen obligaciones relacionadas con la imparcialidad e independencia del árbitro, las derivadas de la autonomía de la voluntad, las relativas a la celeridad, eficacia y eficiencia del proceso arbitral, la diligencia idoneidad del ejercicio de la función, el trato a los sujetos procesales y las relacionadas con la legalidad<sup>67</sup>.

Por lo anterior, la responsabilidad que le pueda asistir en el ejercicio arbitral puede ser reclamada a través del contrato de arbitraje y no de forma extracontractual, y mucho menos como un régimen de responsabilidad patrimonial para el Estado. Es evidente que, entre el hecho del árbitro, el daño causado en el laudo y su imputación, media un negocio jurídico que no puede ser desconocido por las partes y, por tanto, es a través de este medio que deben ejercerse las reclamaciones a que haya lugar.

En este punto, vale hacer una analogía con la amigable composición, dado que los daños derivados de la actividad del tercero con facultades para comprometer contractualmente a las partes<sup>68</sup>, pueden ser enjuiciados a través del contrato de mandato y, por ello, solo es a través de un incumplimiento de sus deberes y obligaciones que puede declararse su responsabilidad.

La Corte Constitucional recientemente concluyó que no podía demandarse por responsabilidad civil contractual a los árbitros, porque materialmente aquella demanda buscaba directa o indirectamente la devolución de los honorarios pagados y dicha situación no estaba contemplada en la ley, sino para específicos eventos como la prosperidad del recurso extraordinario de anulación, cuando renunciaban al arbitraje; cuando fueran removidos por inasistencia; no firmaran oportunamente el laudo y otros consagrados en la Ley 1563 de 2012. Así se expuso<sup>69</sup>:

---

<sup>64</sup> Arturo Solarte Rodríguez, *El árbitro y la función arbitral: obligaciones del árbitro para con las partes*, Tomo I, Volumen II (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017), 107.

<sup>65</sup> Juan Pablo Cárdenas Mejía, *El árbitro y la función arbitral: la responsabilidad civil del árbitro*, Tomo I, Volumen II (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017), 180.

<sup>66</sup> Hernando Carvajal Sánchez, *El árbitro y la función arbitral: el contrato de arbitraje*, Tomo I, Volumen II (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017), 88-89.

<sup>67</sup> Hernando Carvajal Sánchez, *El árbitro y la función arbitral: obligaciones del árbitro para con las partes*, Tomo I, Volumen II (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017), 90-101.

<sup>68</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de febrero de 1998, exp. 11477, M.P.: Daniel Suárez Hernández.

<sup>69</sup> Corte Constitucional, sentencia T-069 de 2022, M.P.: Diana Fajardo Rivera.

*De modo que, ante una legislación exhaustiva de las condiciones en que resulta procedente la pérdida o devolución de honorarios, la Jurisdicción Civil carecía de competencia para pronunciarse sobre la eventual responsabilidad civil de los árbitros cuando dicho pronunciamiento implicaba materialmente la devolución de lo devengado a título de honorarios. Para la Sala, la falta de competencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de Bogotá para pronunciarse sobre el reintegro del segundo pago de honorarios recibido por Juan Carlos Cuesta Quintero y María Fernanda Guerrero Mateus configura los defectos orgánico, sustantivo y procedimental.*

*El orgánico, en su faceta funcional, dado que extralimitó en forma manifiesta el ámbito de sus competencias constitucionales y legales por cuanto si bien tiene competencia para adelantar procesos de responsabilidad civil contractual o extracontractual lo cierto es que dicho proceso no podía emplearse para devolver los honorarios devengados por haber fungido como árbitros.*

En atención a la mencionada cita jurisprudencial, debe decirse que parte de la premisa de que la Ley 1563 de 2012 circunscribió unos únicos eventos posibles para la devolución de los honorarios; no obstante, basta con observar la mencionada norma para concluir que nada sostiene sobre una suerte de prohibición para demandar contractualmente a los árbitros por el incumplimiento de sus obligaciones, entre ellas, la de dictar un laudo conforme la ley. Por el contrario, el estatuto arbitral reconoce y regula el contrato de arbitraje y, así mismo, es susceptible de que responsabilidad de los árbitros sea enjuiciada, a través del contrato.

Además, el régimen contractual no necesariamente buscaría la devolución de los honorarios, pues aquello delimitaría las potestades de las partes que, en ejercicio de su autonomía, puedan pactar en ese negocio jurídico como obligaciones y deberes. Es así como el error judicial -error arbitral- del laudo significaría el rompimiento de aquellas premisas, lo cual daría paso a un incumplimiento contractual.

## **7. La responsabilidad contractual de los árbitros cuando acaece un error en el laudo**

Ahora bien, debe establecerse que cuál es el análisis contractual de la culpa que deban tener los árbitros al administrar justicia. El estándar debe ser alto, al igual que el error judicial de los jueces, pues en el marco de su autonomía y del principio *kompetenz-kompetenz* dictan una decisión ejecutable; no obstante, como no se trata de una responsabilidad patrimonial del Estado aquí la imputación debe ser en contra de cada uno de los árbitros en el marco de sus deberes obligaciones para con el arbitraje. En concreto, debe hacerse hincapié en un grado de culpa grave o dolo como mecanismos conductuales para acceder a una demanda de este tipo, siempre que signifiquen un incumplimiento contractual, sin que llegue a considerarse que un vago o nimio yerro en sus deberes y obligaciones pueda

considerarse lesivo o relevante en el laudo, para que pueda reclamarse algún tipo de responsabilidad de los árbitros.

En esa medida, es claro que el árbitro puede incurrir en un error arbitral al dictar el laudo, pero, en todo caso, esta responsabilidad solo puede surgir cuando el error sea relevante, es decir, de tal envergadura que de no haberse cometido la decisión hubiera sido totalmente distinta<sup>70</sup>. En efecto, una simple equivocación o desacierto no viciaría la actuación y, por tanto, no la mutaría. Para Marín Santoyo no es posible demandar la responsabilidad del Estado por un error en el laudo arbitral, pero sí lo es a través de la responsabilidad civil contractual, por manera que la Nación-Rama Judicial- no sería la legitimada por pasiva para comparecer a este juicio. Así lo expuso<sup>71</sup>:

*En relación con la posibilidad de demandar directamente a los árbitros, se presenta como objeción que la Ley 270 de 1996 derogó la acción de responsabilidad directa contra los jueces que preveía el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil (...). El artículo 90 constitucional establece que en este caso es al Estado a quien le corresponde indemnizar a la víctima y posteriormente determinar si su agente actuó con culpa grave o dolo. Las anteriores premisas no se aplican a los árbitros, pues estos actúan por habilitación de la parte, por lo que su relación es directa con esta, sin que pueda considerarse que existe una responsabilidad del Estado cuando quien acude voluntariamente al arbitramento sufre un daño antijurídico por la decisión de sus árbitros.*

*Y esto es relevante porque la posibilidad de demandar a los árbitros no exige esa graduación. Paradójicamente, quienes promueven la postura de la responsabilidad del Estado por el error de los árbitros consideran que la posición contraria busca indicar que los árbitros no deben asumir las consecuencias de sus actuaciones irregulares. En realidad, se trata de todo lo contrario: no es un tercero (La Nación — Rama Judicial) quien debe responder por los árbitros. Son éstos, en el marco de la responsabilidad civil.*

*En conclusión, la acción para exigir la responsabilidad de los árbitros sería contra estos por responsabilidad civil, la cual podría correspondería a la acción declarativa, para que se establezca si la decisión de los árbitros causó un daño y si se reúnen los demás elementos para la declaratoria de responsabilidad civil por error judicial.*

## **8. El error de hecho y de derecho como sustento del error judicial en el laudo**

Así, el error arbitral puede ocurrir cuando la decisión se encuentra incurso en una vulneración de la ley material, bien porque se encuentra en discusión un aspecto

---

<sup>70</sup> Juan Pablo Cárdenas Mejía, *El árbitro y la función arbitral: la responsabilidad civil del árbitro*, Tomo I, Volumen II (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017), 183.

<sup>71</sup> Manuel Eduardo Marín Santoyo, *La responsabilidad civil de los árbitros: ¿quién es el responsable por el error arbitral?*.

meramente jurídico –error de derecho-, o bien porque se controvierte un supuesto de orden fáctico/probatorio –error de hecho-<sup>72</sup>.

El error de hecho tiene lugar cuando determinada decisión encuentra discusión y, por tanto, se alega de errónea por un asunto de orden fáctico/probatorio. En otras palabras, se configura al proferirse una providencia que padece de un “*defecto fáctico*”<sup>73</sup> ante deficiencias en la consideración de los hechos y los soportes de los mismos, lo que indefectiblemente alude al contenido probatorio de toda decisión<sup>74</sup>. De manera reciente, la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la mano de la Corte Constitucional<sup>75</sup> y la Corte Suprema de Justicia<sup>76</sup>, se ha dado la tarea de establecer los supuestos a los que debe aludirse cuando se trata de esta especie de error, así<sup>77</sup>:

- a)** La defectuosa apreciación probatoria acaece cuando el material probatorio que se encuentra en el proceso es valorado de manera incorrecta y/o incompleta, bien porque **i)** se ignoraron los medios de prueba y/o no se estudiaron en conjunto y de conformidad con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, o bien **ii)** porque se tuvo por probado un hecho que no lo estaba o se tuvo por no demostrado uno que lo estaba. Lo anterior, se puede condensar bajo las premisas de “*no valoró o valoró mal*” el material probatorio obrante en el expediente<sup>78</sup>.
- b)** La omisión de decreto y/o práctica de pruebas ocurre cuando el operador jurídico se abstiene y/o omite que cierto material probatorio útil, conducente y pertinente arribe al expediente, lo que imposibilita que sea valorado en la decisión que en derecho se tome y que, de todos modos, podría lograr haber incidido en la misma<sup>79</sup>.

Ahora bien, la jurisprudencia contencioso administrativa también ha sido enfática en considerar que existen eventos en los que la norma jurídica aplicable al caso permite

---

<sup>72</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 8 de mayo de 2020, exp. 51674, M.P.: María Adriana Marín.

<sup>73</sup> El error de hecho, en la jurisprudencia constitucional, es entendido como un defecto fáctico. Consultar, por ejemplo, Corte Constitucional, sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>74</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de agosto de 2019, exp. 45897, M.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

<sup>75</sup> Corte Constitucional, sentencias T-055 de 14 de febrero de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-555 de 2 de agosto de 1999, M.P.: José Gregorio Hernández.

<sup>76</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 20 de febrero de 2019, exp. 63001-31-03-001-2015-00131-01, AC1740-2019, M.P.: Luis Alonso Rico Puerta.

<sup>77</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 20 de noviembre de 2019, exp. 43042, M.P.: María Adriana Marín.

<sup>78</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 19 de junio de 2020, exp. 45660, M.P.: María Adriana Marín.

<sup>79</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 3 de julio de 2020, exp. 46366, M.P.: María Adriana Marín.

varias hipótesis de interpretación<sup>80</sup>, razón por la cual, se podrá escoger una por virtud del principio de autonomía e independencia. Esto, siempre que cumpla con la carga argumentativa suficiente para exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican la decisión. Por esta razón, en este caso, no habría lugar a la configuración del error arbitral como consecuencia de un yerro de derecho.

Determinar la existencia de un error arbitral es un juicio difícil, dado que, si bien el parámetro para definir el error es la norma jurídica aplicable al caso, ésta no siempre arroja resultados hermenéuticos unificados, por lo que distintos operadores jurídicos pueden aplicar la misma norma a partir de entendimientos diferentes, con resultados igualmente dispares<sup>81</sup>. De suyo que los distintos métodos de interpretación jurídica, que no solo llevan a juicios concretos distintos, sino también a la variedad de concepciones del derecho y que tienen gran incidencia en cuestiones prácticas como las judiciales, hacen que la aplicación de esta responsabilidad sea excepcionalísima.

Al respecto, vale aclarar que un sector minoritario de la jurisprudencia consideró que la responsabilidad por error judicial debía partir del reconocimiento de los límites del razonamiento jurídico y en la posibilidad de que no fuera posible identificar una única respuesta o solución correcta, dado que el “*principio de unidad de respuesta correcta o de unidad de solución justa*”<sup>82</sup> de los enunciados jurídicos era, apenas, una aspiración de los mismos. Así, se ató la concepción de contrariedad de la ley bajo el concepto de soluciones racionales y razonables, correctamente justificadas<sup>83</sup>.

No hay duda de que la jurisprudencia contencioso administrativa reconoce la autonomía del juez; el ejercicio de su libre interpretación y su independencia en la formación de su convencimiento del proceso, pero no debe entenderse en el marco de una razonabilidad correctamente justificada. La responsabilidad por el hecho del juez no puede estar atada a tal concepto, pues una providencia, a pesar de estar debidamente argumentada, puede dar lugar a menoscabos de la legalidad y el orden jurídico. De ser así, cualquier decisión judicial –incluso la errada– que esté debidamente justificada, en un ámbito razonable, no daría lugar a la responsabilidad patrimonial por error judicial. Además, en el marco interpretativo que le asiste al árbitro de esta hipótesis, no se encuentra la posibilidad de que acaezca un error de

---

<sup>80</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 26 de julio de 2012, exp. 22581, M.P.: Danilo Rojas Betancourth. En el mismo sentido, sentencia de 27 de abril de 2006, exp. 14837, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 18059, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>83</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, exp. 15576, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez. También, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 12 de febrero de 2014, exp. 26168, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez

hecho, pues mal podría entenderse que la defectuosa apreciación probatoria o la omisión de decreto y práctica de pruebas puedan tener justificación en el ámbito de una debida argumentación del operador jurídico. Así, ignorar los medios de prueba y/o valorarlos incorrectamente no tienen justificación en el marco de una justificación racional y razonable<sup>84</sup>.

Ahora bien, cabe resaltar que en el proceso por error judicial se cuestiona el laudo contentivo del yerro a la luz de las normas y jurisprudencia vigentes al momento de ser proferido; así como, de las pruebas que estuvieran en ese instante en el expediente<sup>85</sup>. Por esta razón, resulta apenas obvio que no puede exigírsele al árbitro el conocimiento de factores exógenos –e incluso posteriores- al proceso que se le ha puesto de presente, por lo que si alguno de aquellos pudo haber incidido en la decisión, lo cierto es que la misma, por el hecho de no encontrarse en el expediente, no tiene por virtud viciar el fallo de “*contrario a la ley*”.

Dicho lo anterior, el error de derecho se estructura cuando el árbitro desborda los principios de autonomía e independencia<sup>86</sup> en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, porque incurre en una infracción directa, una interpretación errónea y/o una aplicación indebida de la ley, las cuales tienen la incidencia suficiente para mutar la decisión tomada por el operador judicial. Estas características de la violación de la ley pueden estructurarse bajo las premisas de “*no aplicó, interpretó mal y aplicó mal la ley material*”, así<sup>87</sup>:

- a) La infracción directa debe ser entendida como la abstención y/o omisión del árbitro en la aplicación de una norma que era aplicable y necesaria para la resolución del caso concreto. Esto supone que el error encuentra sustento de manera directa en la carga que la misma ley impone al juez de conocimiento de apreciar las normas, para efectos de que desate la *litis*, por virtud del principio de la *iura novit curia*<sup>88</sup>;
- b) La interpretación errónea encuentra sustento en la aplicación de una norma que resulta jurídicamente idónea para resolver el asunto sometido a la

---

<sup>84</sup> Nelson David Calderón Calderón, *La responsabilidad del Estado por error judicial: ¿hacia un análisis de un recurso extraordinario?*

<sup>85</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 3 de julio de 2020, exp. 46366, M.P.: María Adriana Marín.

<sup>86</sup> Los artículos 228 y 230 de la Constitución Política establecen que las decisiones de los jueces son independientes, solo están sometidas al imperio de la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. A su vez, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en el artículo 5, prevé la autonomía e independencia de la Rama Judicial en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia y dispone que ningún superior jerárquico administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias.

<sup>87</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 20 de noviembre de 2019, exp. 43042, M.P.: María Adriana Marín.

<sup>88</sup> Para Santofimio Gamboa su denominación correspondería a una “*violación directa del orden positivo*”. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo, Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado*, Tomo V (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia 2017), 490-492.

decisión del operador jurídico, pero éste le da un alcance, contenido y/o sentido que no le corresponde, lo cual afecta la decisión que se toma<sup>89</sup>;

- c) La aplicación indebida se refiere a la utilización de preceptos que no resultan pertinentes y/o necesarios para resolver el caso concreto y que podrían cambiar la decisión tomada por el operador jurídico, bien porque se distorsiona el contenido de hecho establecido en la norma para hacerlo aplicable a la *litis*, o porque se le otorga una consecuencia jurídica no contemplada para encuadrarlo en el análisis de la providencia, esto es, se le hace producir efectos distintos a los contemplados por la ley<sup>90</sup>.

## 9. La jurisdicción competente para conocer el litigio

Finalmente, aunque no menos importante, el proceso a través del cual puede solicitarse la responsabilidad de los árbitros a la luz de los términos expuestos en este escrito será la ordinaria, en su especialidad civil y en sede de un proceso declarativo. No obstante, cuando en el arbitraje hubiere acudido una parte estatal y por tanto el pacto arbitral, tenga la connotación de contrato estatal, será la jurisdicción contencioso administrativa la que conozca de dicho asunto, a través del medio de control de controversias contractuales.

## 10. Conclusiones

- I. Del marco de habilitación constitucional que permite que particulares sean investidos para ejercer una función jurisdiccional, no se sigue, necesariamente, que el Estado deba responder por los hechos y omisiones de éstas.
- II. El ejercicio de los árbitros, en cuanto hace a su función jurisdiccional, no permite que sean considerados agentes del Estado y, por tanto, tampoco es predicable una responsabilidad de aquel, dado que no está dentro del concepto del artículo 90 de la Constitución Política. Así, no es posible ejercer una demanda de responsabilidad extracontractual en contra de la Nación-Rama Judicial-.
- III. En el marco de la responsabilidad del Estado del artículo 90 de la Constitución Política el daño debe considerarse antijurídico e imputable al estado y, por tanto, el que pueda derivarse del error arbitral no es susceptible de tal entidad, dado que las partes voluntaria y autónomamente decidieron soportar la carga de atenerse a lo decidido por los o el árbitro.

---

<sup>89</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 12 de diciembre de 2019, exp. 44852, M.P.: María Adriana Marín.

<sup>90</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 12 de diciembre de 2019, exp. 45443, M.P.: María Adriana Marín.

- IV. Entre las partes y los árbitros nace un vínculo jurídico sustancial que es pasible de ser utilizado como mecanismo para reclamar su responsabilidad, la cual, por demás, no está limitada al yerro del laudo, sino que incluye las faltas a los deberes y obligaciones de los árbitros en el marco del trámite que llevan a cabo por habilitación de las partes.
- V. El estándar de responsabilidad por el error al laudar es alto y tendrá en consideración aquellas premisas que se han decantado para el error judicial y, por tanto, su procedencia debe respetar el ejercicio de la autonomía arbitral.
- VI. El conocimiento de la controversia contractual surgida del contrato de árbitro tendrá en consideración si se trata de un arbitraje con parte privada o estatal, y, así mismo, el proceso para su reclamo tendrá en consideración la jurisdicción donde se lleve a cabo.

#### **Bibliografía.**

Alberto Yepes Barreiro, *La responsabilidad del Estado por error judicial de las altas cortes*, (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2019).

Arturo Solarte Rodríguez, *El árbitro y la función arbitral: obligaciones del árbitro para con las partes*, Tomo I, Volumen II (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017).

Nelson David Calderón Calderón, *La responsabilidad del Estado por error judicial: ¿hacia un análisis de un recurso extraordinario?*

Luz Myriam Gómez Blanco, *Arbitraje internacional: del intervencionismo judicial en Colombia* (Universidad Libre de Colombia, 2022, Bogotá).

Ramiro Bejarano Guzmán, *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*, (Bogotá: Editorial Temis S.A, 2019).

Pablo Rey Vallejo, *El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre la formalización y judicialización*, (Universitas, Bogotá, número 126, enero-junio de 2013).

Luis Alfonso Rico Puerta, *Teoría general y práctica de la contratación estatal*, (Bogotá: Leyer, 2018).

Juan Pablo Cárdenas Mejía, *El árbitro y la función arbitral: la responsabilidad civil del árbitro*, Tomo I, Volumen II (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017).

Antonio Aljure Salame, *El árbitro y la función arbitral: el contrato de arbitraje*, (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017).

Hernando Carvajal Sánchez, *El árbitro y la función arbitral: el contrato de arbitraje*, Tomo I, Volumen II (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017).

Manuel Eduardo Marín Santoyo, *La responsabilidad civil de los árbitros: ¿quién es el responsable por el error arbitral?*

Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de derecho administrativo, Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado, Tomo V* (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia 2017)

## **Jurisprudencia**

### **Corte Constitucional**

Corte Constitucional, sentencia SU-837 de 2022, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, sentencia T-069 de 2022, M.P.: Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional, sentencia SU-174 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, sentencia C-426 de 1994, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, sentencia C-450 de 1995, MP Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, sentencia C-212 de 2017, M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional, sentencia SU-103 de 2022, M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional, sentencia C-430 de 12 de abril 2000, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1° de agosto de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

### **Consejo de Estado**

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 11 de octubre de 2021, exp. 39798, M.P.: Freddy Ibarra Martínez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 22 de noviembre de 2021, exp. 51522, M.P.: José Roberto SÁCHICA Méndez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de mayo de 1990, exp. 5451, M.P.: Julio Cesar Uribe Acosta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de marzo de 1981, exp. 2462, M.P.: Jorge Valencia Arango.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 2001, exp. 12915, M.P.: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia de 5 de agosto de 2004, exp. 14358, M.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de agosto de 2008, exp. 16594, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de noviembre de 2001, exp. 13164, M.P.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2014, exp. 30300. M.P.: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de marzo de 2018, exp. 73001-23-31-000-2011-00606-01 AG, M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 23 de abril de 2021, exp. 45913, M.P.: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de febrero de 1998, exp. 11477, M.P.: Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 8 de mayo de 2020, exp. 51674, M.P.: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de agosto de 2019, exp. 45897, M.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 20 de noviembre de 2019, exp. 43042, M.P.: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 19 de junio de 2020, exp. 45660, M.P.: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 3 de julio de 2020, exp. 46366, M.P.: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 26 de julio de 2012, exp. 22581, M.P.: Danilo Rojas Betancourth.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2006, exp. 18059, M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 3 de julio de 2020, exp. 46366, M.P.: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 12 de diciembre de 2019, exp. 44852, M.P.: María Adriana Marín.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 12 de diciembre de 2019, exp. 45443, M.P.: María Adriana Marín.

### **Corte Suprema de Justicia**

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 20 de febrero de 2019, exp. 63001-31-03-001-2015-00131-01, AC1740-2019, M.P.: Luis Alonso Rico Puerta.