

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / OBJETO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO / NORMA PROCESAL APLICABLE / NORMATIVIDAD APLICABLE / VIGENCIA DE LA NORMA

En este caso la demanda se presentó el 19 de agosto de 2005, de allí que el proceso se rige por las normas del CCA de conformidad con el inciso tercero del artículo 308 de la Ley 1437 de 2011. En tal virtud, la Sala tiene jurisdicción para resolver esta controversia con fundamento en el artículo 128 del CCA -modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006.

FUENTE FORMAL: LEY 1107 DE 2006 - ARTÍCULO 1 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 128 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 308 INCISO 3

FUNCIÓN PÚBLICA / EXISTENCIA DEL DAÑO / DAÑO ANTIJURÍDICO / FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / FUENTE DEL DAÑO / CLÁUSULA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DE LA RAMA JUDICIAL / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / ERRO JURISDICCIONAL / LAUDO ARBITRAL

[E]n este caso no se pide la declaratoria de responsabilidad de un particular en ejercicio de “funciones propias de los distintos órganos del Estado” (artículo 82 del CCA) o de “función administrativa” (inciso primero artículo 104 del CPACA), ya que la pretensión está directamente encaminada contra una entidad estatal, en este caso la Rama Judicial, con apoyo en el contenido y alcance del artículo 74 de la Ley 270 de 1996. El artículo 90 de la Constitución Política contiene la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, para que opere esa obligación resarcitoria es preciso que se constate la existencia de un daño antijurídico que sea imputable o atribuible al Estado. En el caso concreto, la parte actora cuestiona la decisión de primera instancia en tanto concluyó que los daños derivados de posibles errores jurisdiccionales contenidos en laudos arbitrales no podían atribuirse a la Rama Judicial. (...) la responsabilidad solicitada en la demanda no encuentra su causa en la habilitación que hizo el constituyente y que desarrolló el legislador para que los particulares pudieran administrar justicia, tal como lo precisó el tribunal de primera instancia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 116 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 82 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 104 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 74

LEY ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIÓN JUDICIAL TRANSITORIA / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / ACTIVIDAD JUDICIAL / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO OCASIONADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CAUSACIÓN DEL DAÑO / FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / IMPUTACIÓN DEL DAÑO / NORMATIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / NORMATIVIDAD DEL ERROR JURISDICCIONAL / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / PRESUPUESTOS DEL ERROR JUDICIAL / PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL / PROCEDENCIA DEL ERROR JUDICIAL / REGULACIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / REQUISITOS

DEL ERROR JURISDICCIONAL / REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

El Capítulo VI de la Ley 270 de 1996 regula la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios judiciales. El artículo 65 de esta normativa es un claro desarrollo del artículo 90 de la Constitución Política ya que determina que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de sus agentes judiciales. La misma disposición establece que el Estado responderá por (i) el error jurisdiccional, (ii) por la privación injusta de la libertad y (iii) por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. (...) el artículo 74 contiene una disposición que define qué debe entenderse por “agente judicial” para efectos del artículo 65 puesto que no solo adquieren esa condición los funcionarios o empleados judiciales sino, también, los particulares que excepcionalmente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional. (...) para efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado el legislador catalogó a los particulares en ejercicio de función jurisdiccional como agentes judiciales y, por tanto, fijó el centro de imputación en la Rama Judicial, por cuanto, el término “agente estatal” no se reduce exclusivamente a los servidores públicos de que trata el artículo 123 constitucional, lo anterior en consideración de que desde un punto de vista constitucional, la actuación pública y el ejercicio de las funciones propias del Estado no se agota con la actividad de los empleados públicos, de los trabajadores oficiales o de los miembros de las corporaciones públicas sino que, con fundamento en los artículos 116, 123 y 210 y en desarrollos legales se involucran particulares como agentes estatales, para el ejercicio de funciones administrativas y, transitoriamente, inclusive de función pública como lo es la jurisdiccional, en la condición de conciliadores, árbitros y jueces de paz, sobre la base de que esta es propia y exclusiva del Estado. En este caso la legitimación está asignada directamente por la Ley 270 de 1996 al señalar inequívocamente que la expresión “funcionario o empleado judicial” comprende a los particulares que transitoriamente están investidos de la función jurisdiccional o que participen de la misma.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 65 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 74 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 123 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 116 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 210 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la responsabilidad del Estado por acción u omisión de los agentes estatales, ver sentencia de la Corte Constitucional, C 037 de 1996; C.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / RAMA JUDICIAL / ACTIVIDAD JUDICIAL / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / FUNCIÓN PÚBLICA / PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIÓN JUDICIAL TRANSITORIA / PARTICULARES QUE EJERCEN LA FUNCIÓN PÚBLICA / REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / REGULACIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / REQUISITOS DEL ERROR JURISDICCIONAL / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA / COMPETENCIA DEL CABILDO INDÍGENA / COMUNIDAD INDÍGENA / JURISDICCIÓN INDÍGENA / JUSTICIA INDÍGENA

[L]a Rama Judicial está legitimada en la causa en los casos de errores jurisdiccionales contenidos en decisiones proferidas por autoridades indígenas, a pesar de que estas no son servidores públicos y de que inclusive imparten justicia no con base en el ordenamiento jurídico estatal sino con apoyo en sus propios

usos y costumbres. Los argumentos planteados, mutatis mutandis, son aplicables a este caso concreto (...) los particulares que ejercen transitoriamente función jurisdiccional y las autoridades indígenas se equiparan a agentes judiciales, pues, por autorización de la Constitución y de la ley ejercen función jurisdiccional en nombre y representación del Estado, por consiguiente, la Rama Judicial es la llamada a defender el interés jurídico que se discute en el proceso y a representar a la Nación, en los términos del inciso tercero del artículo 149 del CCA con independencia de si las respectivas demandas tienen o no vocación de prosperar, lo cual dependerá de cada caso concreto. Sostener que los árbitros no comprometen la responsabilidad del Estado con el ejercicio de jurisdiccional implica desconocer que la administración de justicia es una función estatal y que la justicia se administra “en nombre de la República de Colombia”, incluso cuando se trata de un laudo arbitral. Los artículos 1, 2 y 125 de la Ley 270 de 1996 definen la actividad jurisdiccional como una función y un servicio público esencial e intransferible 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.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 1 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 2 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 125 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 149

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado por decisiones adoptadas en el ejercicio jurisdiccional, consultar sentencia del 27 de noviembre de 2017; Exp 37815; C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, del 14 de marzo de 2018; Exp 2011-0606 (AG); C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y de la Corte Constitucional, C 450 de 1995; M.P. Antonio Barrera Carbonell, C 691 de 2008; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C 037 de 1996; M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

ACTIVIDAD JUDICIAL / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / FUNCIÓN PÚBLICA / FUNCIONES DEL ÁRBITRO / ASPECTOS JURÍDICOS DEL ARBITRAJE / CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE / SUJETOS EN EL ARBITRAJE / NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / RESPONSABILIDAD DEL ARBITRO / CAUSACIÓN DEL DAÑO / ESTADO DE DERECHO

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 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. De aceptarse que los árbitros no son agentes estatales sino que actúan en nombre propio no habría cómo reclamar, predicar o deducir responsabilidad de aquellos porque, se insiste, la administración de justicia, como función pública, es una sola a cargo del Estado y, en ese contexto, la actuación desplegada por los árbitros no constituye una función de naturaleza privada sino pública, en nombre del Estado.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la actividad jurisdiccional de los árbitros, consultar sentencia del 5 de diciembre de 2007; Exp 15128; C.P. Ramiro Saavedra Becerra y de la Corte Constitucional; C 119 de 2020 y C 212 de 2017.

ACTIVIDAD JUDICIAL / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO /

FUNCIONES DEL ÁRBITRO / ASPECTOS JURÍDICOS DEL ARBITRAJE / CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE / SUJETOS EN EL ARBITRAJE / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIÓN JUDICIAL TRANSITORIA

[L]a jurisdicción civil ordinaria no tendría competencia para conocer de los litigios y controversias en su contra de los árbitros en virtud de la subrogación y posterior derogatoria del artículo 40 del otrora CPC lo cual haría nugatoria cualquier posibilidad de reclamar y obtener responsabilidad patrimonial por la actividad de los árbitros; de ahí que sea posible sostener que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer de las demandas de responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional, independientemente de si es ejercida por la Rama Judicial, por la Rama Ejecutiva, por la Rama Legislativa, por órganos autónomos con funciones jurisdiccionales o por los particulares, en este último evento como por ejemplo a través de los árbitros y de las autoridades de los territorios indígenas quienes, en este último evento, inclusive imparten justicia ni siquiera con base en la legislación ordinaria del Estado sino con apoyo en sus propios usos y costumbres, pero, en todas estas hipótesis, indefectiblemente, en nombre y representación de la organización estatal de conformidad con lo preceptuado en el artículo 116 constitucional. Las discusiones anteriores a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 respecto de la constitucionalidad de la justicia arbitral, como justicia privada, quedaron zanjadas en la actualidad. Hoy en día, el artículo 116 de la Constitución preceptúa expresamente que la función jurisdiccional está en cabeza del Estado pero que los particulares pueden ser investidos de forma transitoria de esta función pública, sin que esto signifique, en modo alguno, predicar la existencia de una “justicia privada” ni mucho menos paralela o distinta a la que le corresponde, por esencia, impartir a la organización estatal. Teniendo en cuenta lo anterior la Ley 270 de 1996-LEAJ extiende las normas de la responsabilidad por actividad jurisdiccional a los particulares que ejercen tal función por fuera de la Rama Judicial (artículo 74) y, por lo tanto, al definir el error no habla del error judicial o de la Rama Judicial, sino de 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” (artículo 66).

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 66 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 116 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 40

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / JUSTICIA / RAMA JUDICIAL / DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL / PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES / EJERCICIO DEL ÁRBITRO / FACULTADES DEL ÁRBITRO / FUNCIONES DEL ÁRBITRO / ASPECTOS JURÍDICOS DEL ARBITRAJE / CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE / SUJETOS EN EL ARBITRAJE / NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / ESTADO DE DERECHO / PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIÓN JUDICIAL TRANSITORIA

La justicia es una función soberana e intransferible de allí que la responsabilidad por su ejercicio es de la Nación, titular indefectible de la misma. Luego de la imputación a la persona jurídica Nación-Rama Judicial, esta a su vez estará representada por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial por las siguientes razones o fundamentos: En virtud del principio de separación de poderes el depositario de la función jurisdiccional es la Rama Judicial. Los árbitros ejercen una función jurisdiccional transitoria (artículo 116 CP) que, por regla general, corresponde a la Rama Judicial. La conciliación, la mediación y el arbitraje son mecanismos alternativos de solución de conflictos y de administración de justicia que benefician a la Rama Judicial pues evitan su

congestión. Aunque los centros de arbitraje no son administrados o vigilados por el Consejo Superior de la Judicatura, esta entidad sí tiene unas funciones atribuidas por el inciso final del artículo 8 de la Ley 270 de 1996 para realizar el seguimiento y evaluación del arbitraje. La Comisión Nacional de Disciplina Judicial es el órgano encargado de investigar y sancionar las faltas disciplinarias cometidas por los árbitros. Concluir que el órgano que representa a la Nación por el ejercicio de la función jurisdiccional de los árbitros es la Rama Judicial consulta el principio de Estado de Derecho y, particularmente, el de separación entre ramas del poder público.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 8 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 116

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la función jurisdiccional de los árbitros, ver sentencia de 17 de octubre de 2013; Exp 23354; C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

RESPONSABILIDAD DE LA RAMA JUDICIAL / PROCEDENCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA / RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO / FACULTADES DEL ÁRBITRO / FUNCIONES DEL ÁRBITRO / PROCEDENCIA DEL LA ACCIÓN DE REPETICIÓN / EJERCICIO DEL ÁRBITRO / NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIÓN JUDICIAL TRANSITORIA / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / ACTIVIDAD JUDICIAL / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

[E]n el caso de que la Rama Judicial sea demandada dispone de la facultad de llamar en garantía a los árbitros, lo que resulta razonable, considerando que son ellos quienes conocieron, de primera mano, 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, si no se llamó en garantía y se reúnen los requisitos, repetir contra estos de conformidad con el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política y el artículo 2 de la Ley 678 de 2001 , lo anterior dado que los árbitros se equiparan a “agentes estatales” para los efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 270 de 1996.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 74 / LEY 678 DE 2001 - ARTÍCULO 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90 INCISO 2

NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / FINALIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / LAUDO ARBITRAL / PROCESO ARBITRAL / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / PRESUPUESTOS DEL ERROR JUDICIAL / PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL / ERROR DE DERECHO / ERROR FÁCTICO

[L]a demanda de reparación directa por error judicial no constituye una tercera instancia del proceso judicial en la que las partes puedan reabrir el debate probatorio y/o jurídico sobre las pretensiones y/o excepciones que no prosperaron. Por consiguiente, el error jurisdiccional es el cometido por una autoridad judicial o un particular investido de facultad jurisdiccional -que en su carácter de tal y en el curso de un proceso- profiere una providencia o decisión contraria a la ley, “bien porque surja de una inadecuada valoración de las pruebas (error de hecho), la falta de aplicación de la norma que corresponde al caso concreto o la indebida aplicación de esta (error de derecho)”. De modo que este evento de responsabilidad persigue el resarcimiento de los daños que se deriven de errores de hecho o de derecho contenidos en una providencia o decisión jurisdiccional

debidamente ejecutoriada sin que sea posible ventilar nuevamente la controversia primigenia en su conjunto.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la naturaleza de la acción de reparación directa por error jurisdiccional, consultar sentencia del 26 de julio de 2021; Exp 46218; C.P Martín Bermúdez Muñoz, del 26 de julio de 2021; Exp. 47633; C.P. Alberto Montaña Plata y del 14 de agosto de 2008; Exp 16594; C.P Mauricio Fajardo Gómez.

DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO / EJERCICIO DEL ÁRBITRO / FACULTADES DEL ÁRBITRO / FUNCIONES DEL ÁRBITRO / ASPECTOS JURÍDICOS DEL ARBITRAJE / CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE / SUJETOS EN EL ARBITRAJE / NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIÓN JUDICIAL TRANSITORIA / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / ACTIVIDAD JUDICIAL / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / MOTIVACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

[C]uando se trata de los árbitros entra en juego la autonomía de la voluntad como elemento adicional que hace que el estándar para identificar el error y, por consiguiente, condenar patrimonialmente a la Nación-Rama Judicial sea aún mayor o más exigente y que, por lo tanto, el Estado únicamente responda por equivocaciones graves que materialicen un error manifiesto de apreciación, que no puedan comprenderse dentro del margen de apreciación autónoma de los árbitros. En efecto, en virtud del principio de voluntariedad del arbitraje los particulares “renuncian” a la jurisdicción ejercida por jueces de la República para someter sus controversias a la decisión proferida por particulares en ejercicio de función jurisdiccional de forma transitoria, de modo que aquellos depositan una confianza adicional en estos al momento de ventilar el litigio, lo que confiere un grado mayor de autonomía al raciocinio arbitral que, salvo errores manifiestos de apreciación, no puede ser suplantado mediante recursos ante la Rama Judicial en donde se pretenda reabrir el debate zanjado por los árbitros o a través de la declaración de errores arbitrales, para efectos de condenar la responsabilidad del Estado y perseguir, de manera paralela o posterior, la responsabilidad personal de los árbitros. Lo anterior significa que el estándar de error que compromete la responsabilidad del Estado debe ser aún mayor cuando quien lo comete no son los jueces de la República sino los árbitros y, por consiguiente, se excluye el error si la interpretación es medianamente razonable, se apoya en el material probatorio y existe motivación en el laudo.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado en el marco de las decisiones arbitrales, consultar sentencia de la Corte Constitucional T 466 de 2011 y SU 174 de 2007.

FALTA DE CONFIGURACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / INEXISTENCIA DEL ERROR JUDICIAL / LAUDO ARBITRAL / PRINCIPIO DE CERTIDUMBRE / PRINCIPIO DE BUENA FE / PROCESO ARBITRAL / NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / INEXISTENCIA DEL ERROR JUDICIAL FÁCTICO

[L]a demanda se centra única y exclusivamente en cuestionar la hermenéutica contenida en el laudo, específicamente el contenido y alcance de los principios de certidumbre del perjuicio y de buena fe de los usuarios del servicio de energía, fundamentos en los que se apoyaron los árbitros para denegar el reconocimiento del lucro cesante. [No se] advierte la existencia de un error jurisdiccional en el caso concreto ya que la parte actora no demostró que los árbitros hubieran dejado de valorar el acervo probatorio o que lo analizaran de forma inadecuada; tampoco se probó que los árbitros hubieran dejado de aplicar una norma relevante para la

solución de la controversia o, que aplicaran una derogada o, una impertinente. Además, la parte actora no aportó ninguna prueba que evidenciara los errores que se le atribuyen al laudo arbitral, contrario sensu, los argumentos de censura contenidos en la demanda y en el escrito de apelación evidencian una inconformidad con el hecho de que los árbitros denegaran las pretensiones por concepto de lucro cesante pero no tienen la virtualidad de acreditar un yerro fáctico o normativo. dada la evidente intención de la parte actora de obtener una instancia adicional la Sala confirmará la sentencia proferida en primera instancia por las razones expuestas.

REGULACIÓN NORMATIVA DE LA CONDENA EN COSTAS / PROCESO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / INEXISTENCIA DE LA TEMERIDAD PROCESAL / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA TEMERIDAD PROCESAL

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –que modificó el artículo 170 del CCA– determina que solo habrá lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado con temeridad o mala fe dentro del proceso. En presente asunto no hay lugar a la imposición de costas y agencias en derecho toda vez que las partes no obraron de esa forma.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 170 / LEY 446 DE 1998 - ARTÍCULO 55

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia con aclaración de voto del honorable consejero Martín Bermúdez Muñoz.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Bogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 13001-23-31-000-2005-01670-01(39798)

Actor: INEL CARIBE LTDA.

Demandado: NACIÓN-RAMA JUDICIAL

Referencia: REPARACIÓN DIRECTA

Asunto: APELACIÓN SENTENCIA

Temas: responsabilidad extracontractual del Estado por error jurisdiccional contenido en laudo arbitral / Legitimación de la Rama Judicial / Error jurisdiccional procedencia frente a laudos arbitrales / Los árbitros son agentes estatales para efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado / error jurisdiccional no es una tercera instancia.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 30 de julio de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar mediante la cual se resolvió lo siguiente:

“FALLA

1. NEGAR las súplicas de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia” (f. 193 cdno. ppal.).

I. SÍNTESIS DEL CASO

La parte actora solicitó declarar al Estado patrimonialmente responsable por el supuesto error jurisdiccional contenido en el laudo arbitral proferido el 29 de septiembre de 2003 por medio del cual se resolvió la controversia contractual suscitada entre Inel Caribe Ltda. y Electrocosta SA ESP. En la demanda se indicó que la Rama Judicial es la entidad que debe responder por los errores jurisdiccionales contenidos en laudos arbitrales. El tribunal de primera instancia negó las pretensiones por cuanto, en su criterio, no existía nexo causal entre el posible daño sufrido por la sociedad demandante y el comportamiento del Estado dado que de haberse configurado un yerro este sería imputable a los árbitros y no a la Rama Judicial. La parte actora apeló para que se declare la responsabilidad del Estado con fundamento en los artículos 116 de la Constitución Política; 13.3, 65 y 74 de la Ley 270 de 1996.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito del 19 de agosto de 2005 (fls. 1 a 32 cdno. 1), la sociedad Inel Caribe Ltda., por intermedio de apoderado judicial (fl. 33 cdno. 1), presentó demanda de reparación directa contra la Nación-Rama Judicial para que se le declare patrimonialmente responsable de los perjuicios ocasionados con el error jurisdiccional contenido en el laudo arbitral proferido el 29 de septiembre de 2003.

La demandante solicitó que se accediera a las siguientes pretensiones:

“Que se declare que los árbitros Lilibiana Bustillo Arrieta, Madalina Barbosa Senior y Fernando Herazo Girón incurrieron en error grave al proferir el laudo arbitral de fecha veintinueve (29) de septiembre de 2003, dentro del proceso arbitral promovido por Inel Caribe Ltda., como convocante, contra Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. – E.S.P. ‘Electrocosta S.A. – E.S.P.,’ como convocada, por los motivos expresados en esta demanda.

3.2. Que como consecuencia de lo anterior se declare responsable a la Nación – Rama Judicial y se le condene a reparar el daño causado a favor de Inel Caribe Limitada, consistente en perjuicios materiales por la suma de dos mil novecientos veinticuatro millones cuarenta y siete mil quinientos sesenta pesos (\$2.924.047.560,00) m.l.c.

3.3. Que se condene en costas a la Nación – Rama Judicial a favor de Inel Caribe Limitada” (fl. 5 cdno. 1).

Los fundamentos fácticos de la demanda son, en síntesis, los siguientes:

1) Inel Caribe Ltda. y Electrocosta SA ESP celebraron el Contrato de prestación de servicios No. Leg-Bo.023-99 cuyo objeto consistió en la revisión, detección, y

reparación de fraudes y anomalías en la medición del consumo de usuarios de Electrocosta.

2) Inel Caribe Ltda. convocó un proceso arbitral ante la Cámara de Comercio de Cartagena para que se declarara el incumplimiento de Electrocosta SA ESP. En el proceso se designaron como árbitros a los abogados Liliana Bustillo Arrieta, Madalina Barboza Senior y Fernando Herazo Girón.

3) La sociedad convocada incumplió el contrato por las siguientes razones: *i)* no determinó previamente los procesos técnicos, jurídicos y administrativos para la debida ejecución del contrato; *ii)* se abstuvo de orientar o direccionar las revisiones de fraude o las anomalías de las instalaciones eléctricas; *iii)* no entregó la cantidad mínima pactada de contadores para instalación; *iv)* no concluyó los procedimientos administrativos sancionatorios, por cuanto no realizó la revisión y evaluación de los contadores que Inelcaribe le entregó para su revisión; *v)* no tramitó ni devolvió los trabajos realizados y entregados para visto bueno; *vi)* se abstuvo de pagar la remuneración pactada por concepto de sanciones impuestas, y en la mayoría de casos facturadas a los usuarios y pagadas por estos y *vii)* no pagó el precio acordado por los casos de expedientes con sanciones impuestas a usuarios, y que fueron remitidos a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para surtir el recurso de apelación.

4) En el trámite arbitral Inel Caribe Ltda. pidió que se condene a Electricaribe SA ESP a pagar la suma de \$1.531´126.369.

5) El 29 de septiembre de 2003 el tribunal arbitral profirió el laudo correspondiente a través del cual declaró el incumplimiento parcial de las obligaciones referidas en los numerales 4.4.1, 4.4.2, 4.4.3, 4.4.4, 4.4.5, 4.4.6 y 4.4.7 de la demanda presentada por Inel Caribe. Sin embargo, en el laudo solo se reconocieron perjuicios materiales por los numerales 4.4.3 y 4.4.7.

6) Electrocosta SA ESP fue condenada única y exclusivamente al pago de \$350´383.690,00 discriminados así: *i)* \$137´277.664,00 por concepto de los casos que fueron remitidos a la Superintendencia de Servicios Públicos para resolver la apelación, *ii)* \$156´026.031,00 por la no entrega de 30.000 contadores, y *iii)* \$57.079.995,00 por costas procesales.

7) Electrocosta SA ESP interpuso recurso de anulación contra el laudo arbitral. La Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena declaró infundado el recurso mediante sentencia del 12 de febrero de 2004.

8) Inel Caribe Ltda., por su parte, presentó acción de tutela contra el laudo arbitral por considerarlo violatorio de sus derechos fundamentales. En sentencia del 13 de mayo de 2004 el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Cartagena declaró improcedente la acción constitucional. Esa decisión fue confirmada por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cartagena.

Como fundamentos jurídicos de la demanda la parte actora invocó los artículos 90 de la Constitución Política; 65 y 74 de la Ley 270 de 1996-Estatutaria de la Administración de Justicia, agregó que los árbitros erraron "gravemente" porque denegaron las sumas solicitadas por concepto de lucro cesante con apoyo en dos argumentos equivocados: *i)* el carácter hipotético de la ganancia esperada y *ii)* el riesgo asumido por el contratista dado que el pago no solo dependía del resultado de las actuaciones administrativas en primera y segunda instancia sino también del recaudo efectivo de las sanciones impuestas a los usuarios.

2. La admisión y la contestación de la demanda

1) El Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la demanda mediante auto del 13 de septiembre de 2005 (fl. 89 cdno. 1) y ordenó su notificación.

2) La Rama Judicial, luego de citar amplia jurisprudencia sobre la noción de error jurisdiccional y el derecho fundamental al debido proceso, contestó la demanda y como argumentos de defensa esgrimió exclusivamente los siguientes (fls. 92 a 99 cdno. 1):

a) La obligación que solicita la demandante es inexistente por cuanto las decisiones proferidas por el tribunal de arbitramento, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena y los jueces civiles se produjeron con base en lo dispuesto por la Constitución Política y la ley.

b) La parte actora no acreditó que las decisiones jurisdiccionales proferidas fueran injustas y, por tanto, que hubieran afectado sus intereses legítimos.

3. Los alegatos de conclusión

Vencido el período probatorio dispuesto en providencia de 10 de mayo de 2007 (fl. 107 c. 1), el tribunal de primera instancia, mediante auto del 16 de mayo de 2008 corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl. 147 cdno. 1).

1) La parte actora manifestó que estaban acreditados los presupuestos de la responsabilidad del Estado por error jurisdiccional. Indicó que contra el laudo arbitral se interpuso el recurso procedente y, además, se encontraba en firme. En relación con el yerro endilgado agregó que este consistió en la apreciación de los perjuicios materiales concretamente el lucro cesante, ya que el tribunal de arbitramento desconoció sin ninguna justificación la experticia practicada en el proceso arbitral (fls. 148 a 155 cdno. 1).

2) La Rama Judicial replicó el escrito de contestación de la demanda (fls. 156 a 163 cdno. 1).

3) El Ministerio Público rindió concepto en el cual solicitó denegar las súplicas de la demanda. Los fundamentos del concepto rendido en la primera instancia son los que se resumen a continuación (fls. 164 a 179 cdno. ppal.):

a) Los razonamientos del proveído arbitral guardan consonancia con la materia sometida al escrutinio de los árbitros y las decisiones estuvieron centradas en la problemática de cada punto a dilucidar. El laudo, además, se apoyó en diferentes elementos de juicio tales como las valoraciones probatorias, las normas aplicables y la jurisprudencia en la materia, aspectos que blindan la decisión adoptada.

b) El laudo fue objeto de análisis por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y lo encontró ajustado a derecho.

c) El error jurisdiccional no consiste en una simple demostración de contrariedad entre el pensamiento y los argumentos del juez respecto de los planteados por el afectado con el fallo, por consiguiente, para definir la procedencia del error jurisdiccional es importante analizar la sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional en relación con el contenido y alcance de este evento de responsabilidad patrimonial del Estado.

4. La sentencia de primera instancia

El 30 julio de 2009 el Tribunal Administrativo de Bolívar negó las pretensiones de la demanda (fls. 181 a 193 cdno. ppal.). Los fundamentos de la decisión apelada fueron los siguientes:

1) La fuente del daño fue la decisión jurisdiccional contenida en el laudo arbitral y no la posibilidad de que los particulares administren justicia transitoriamente.

2) Si bien la justicia arbitral se asemeja a la justicia institucional en cuanto a los poderes y deberes de los árbitros, no se puede equiparar la actuación de estos a la de los jueces ordinarios, de allí que *“el Estado no debe responder por la actuación de personas ajenas”* a sus propios funcionarios o servidores públicos.

3) Las partes del litigio renunciaron a reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado al acudir a la jurisdicción arbitral, carecería de sentido que personas ajenas al aparato estatal generen daños que resulten atribuibles a la Rama Judicial.

4) La falla del servicio invocada en la demanda no es imputable al Estado dado que no fue causada por ninguno de sus agentes.

5. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión la parte actora interpuso recurso de apelación que fue concedido mediante auto del 31 de agosto de 2010 (fl. 228 y 229 cdno. ppal.) y admitido por esta Corporación en providencia del 12 de noviembre del mismo año (fl. 235 cdno. ppal.).

Los fundamentos del recurso de apelación son, en síntesis, los siguientes (fls. 195 a 221 cdno. ppal.):

1) El Estado, a través de la Rama Judicial, es el llamado a responder por los errores jurisdiccionales contenidos en los laudos arbitrales toda vez que los árbitros ejercen función jurisdiccional de conformidad con los artículos 116 de la Constitución Política y 13.3 de la Ley 270 de 1996.

2) El artículo 74 de la Ley 270 de 1996 prevé que las disposiciones relacionadas con la responsabilidad patrimonial del Estado por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia son aplicables a todos los agentes del Estado, así como también a los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen de la función jurisdiccional.

3) El error jurisdiccional cometido por los árbitros compromete la responsabilidad de la Rama Judicial porque aquellos administran justicia de manera transitoria.

4) Se cumplieron los presupuestos para la procedencia del error jurisdiccional porque el laudo del 29 de septiembre de 2003 quedó en firme y no procedía recurso para discutir su contenido y alcance; en todo caso debe precisarse que la parte convocante presentó acción de tutela contra el laudo por contener una vía de hecho, y la parte convocada interpuso recurso de anulación el cual fue declarado infundado por la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena.

5) Los árbitros designados por las cámaras de comercio o por las partes son materialmente funcionarios judiciales de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución Política, en tal virtud, de declararse la responsabilidad patrimonial del Estado por el error jurisdiccional contenido en un laudo arbitral la Rama Judicial podría repetir contra los respectivos árbitros.

6) La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 27 de octubre de 1977 sostuvo que los árbitros *“están investidos de autoridad, tienen jurisdicción y competencia y administran justicia, hay que convenir que son funcionarios públicos”*.

7) Los árbitros, pese a haber declarado el incumplimiento de Electrocosta respecto de siete obligaciones contractuales, accedieron solo a las pretensiones de condena frente a dos de ellas; en otras palabras, el laudo contiene un error jurisdiccional por el hecho de que los árbitros se apartaron del dictamen pericial practicado en el proceso, con evidente trasgresión de la sana crítica, para concluir que los perjuicios reclamados por Inel Caribe Ltda. eran hipotéticos o eventuales.

6. El trámite de segunda instancia

Mediante auto del 10 de diciembre de 2010 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión en esta instancia y al Ministerio Público para rendir concepto (fl. 237 cdno. ppal.).

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala resuelve el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia, y anuncio de la decisión, 2) análisis del caso concreto, 3) conclusión general, y 4) condena en costas.

1. Objeto de la controversia y anunció de la decisión

El objeto de la controversia consiste en definir, en primer lugar, si la Rama Judicial es la entidad que representa al Estado en casos como el objeto de juzgamiento, esto es, los derivados de la responsabilidad patrimonial por errores jurisdiccionales contenidos en laudos arbitrales.

Además, la Sala tendrá que determinar si quedaron o no acreditados los presupuestos del error jurisdiccional.

La Sala confirmará la decisión apelada por razones distintas a las expuestas por el tribunal de primera instancia. La Rama Judicial sí está legitimada formal y materialmente en la causa para responder por los posibles errores jurisdiccionales contenidos en laudos arbitrales; sin embargo, en el caso concreto no se acreditó que la decisión del 29 de septiembre de 2003 contenga los yerros que se le atribuyen.

2. Análisis del caso concreto

En este caso la demanda se presentó el 19 de agosto de 2005, de allí que el proceso se rige por las normas del CCA de conformidad con el inciso tercero del artículo 308 de la Ley 1437 de 2011¹.

En tal virtud, la Sala tiene jurisdicción para resolver esta controversia con fundamento en el artículo 128 del CCA -modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006- que prevé:

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. // Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno. // La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas

¹ “(...) Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.

Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional.

En el *sub examine* no se demanda a un particular por el ejercicio de una función propia del Estado, sino que se pide la declaratoria de responsabilidad de la Rama Judicial. Entonces, en atención al criterio orgánico establecido en la citada disposición, la Jurisdicción Contencioso Administrativo es la competente para conocer de esta controversia.

Aun en vigencia de la Ley 1437 de 2011 esta jurisdicción sería la competente para resolver el litigio ya que el numeral 1 del artículo 104 *ibídem* determina que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los siguientes procesos: “1. *Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable*”.

La Sala reitera que en este caso no se pide la declaratoria de responsabilidad de un particular en ejercicio de “**funciones propias de los distintos órganos del Estado**” (artículo 82 del CCA) o de “*función administrativa*” (inciso primero artículo 104 del CPACA)², ya que la pretensión está directamente encaminada contra una entidad estatal, en este caso la Rama Judicial, con apoyo en el contenido y alcance del artículo 74 de la Ley 270 de 1996.

El artículo 90 de la Constitución Política contiene la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, para que opere esa obligación resarcitoria es preciso que se constate la existencia de un daño antijurídico que sea imputable o atribuible al Estado.

En el caso concreto, la parte actora cuestiona la decisión de primera instancia en tanto concluyó que los daños derivados de posibles errores jurisdiccionales contenidos en laudos arbitrales no podían atribuirse a la Rama Judicial.

La Sala precisa que la responsabilidad solicitada en la demanda no encuentra su causa en la habilitación que hizo el constituyente y que desarrolló el legislador para que los particulares pudieran administrar justicia, tal como lo precisó el tribunal de primera instancia.

En tal virtud, la parte actora no pide que se declare la responsabilidad del Estado por la habilitación de administrar justicia contenida en los incisos tercero y cuarto del artículo 116 de la Constitución Política, según los cuales:

“Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

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”.

La *causa petendi* apunta a que se declare la responsabilidad de la Rama Judicial por el supuesto error jurisdiccional contenido en el laudo arbitral del 29 de septiembre de 2003, proferido por los árbitros Liliana Bustillo Arrieta, Madalina

² “La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”.

Barboza Senior y Fernando Herazo Girón.

El Capítulo VI de la Ley 270 de 1996 regula la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios judiciales. El artículo 65 de esta normativa es un claro desarrollo del artículo 90 de la Constitución Política ya que determina que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de sus **agentes judiciales**.

La misma disposición establece que el Estado responderá por (i) el error jurisdiccional, (ii) por la privación injusta de la libertad y (iii) por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

El artículo 74 *ibidem* fija el contenido y alcance de las disposiciones del mencionado acápite de la ley. La norma prevé lo siguiente:

“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” (negritas adicionales).

Como se advierte el artículo 74 contiene una disposición que define qué debe entenderse por “*agente judicial*” para efectos del artículo 65 puesto que no solo adquieren esa condición los funcionarios o empleados judiciales sino, también, los particulares que excepcionalmente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional.

En otros términos, para efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado el legislador catalogó a los particulares en ejercicio de función jurisdiccional como agentes judiciales y, por tanto, fijó el centro de imputación en la Rama Judicial, por cuanto, el término “agente estatal” no se reduce exclusivamente a los servidores públicos de que trata el artículo 123 constitucional, lo anterior en consideración de que desde un punto de vista constitucional, la actuación pública y el ejercicio de las funciones propias del Estado no se agota con la actividad de los empleados públicos, de los trabajadores oficiales o de los miembros de las corporaciones públicas sino que, con fundamento en los artículos 116, 123 y 210 y en desarrollos legales se involucran particulares como agentes estatales, para el ejercicio de funciones administrativas y, transitoriamente, inclusive de función pública como lo es la jurisdiccional, en la condición de conciliadores, árbitros y jueces de paz, sobre la base de que esta es propia y exclusiva del Estado.

En este caso la legitimación está asignada directamente por la Ley 270 de 1996 al señalar inequívocamente que la expresión “*funcionario o empleado judicial*” comprende a los particulares que transitoriamente están investidos de la función jurisdiccional o que participen de la misma.

La Corte Constitucional declaró exequible el artículo 74 de la Ley 270 de 1996 con apoyo en el siguiente razonamiento³:

“Esta norma se limita a advertir que la responsabilidad por causas relacionadas con la administración de justicia se aplica a todos aquellos que en forma permanente o transitoria hagan parte de ella. Valga anotar que, en este último caso, se incluyen igualmente a las autoridades indígenas y a los jueces de paz, pues en el momento de dirimir con autoridad jurídica los conflictos de su competencia, ellos son realmente agentes del Estado que, como se vio,

³ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, MP Vladimiro Naranjo Mesa.

también están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley y, por tanto, también son susceptibles de cometer alguna de las conductas descritas en los artículos anteriores del presente proyecto de ley (negrillas fuera del texto original).

Igualmente al declarar la constitucionalidad del artículo 65 *ibidem* la Corte Constitucional precisó:

“(…) el inciso primero del presente artículo es exequible, pues si bien sólo hace alusión a la responsabilidad del Estado -a través de sus agentes judiciales- por falla en el servicio, ello no excluye, ni podría excluir, la aplicación del artículo 90 superior en los casos de la administración de justicia. En efecto, sin tener que entrar a realizar análisis alguno acerca de la naturaleza de la responsabilidad estatal y sus diversas modalidades -por escapar ello a los fines de esta providencia-, baste señalar que el principio contemplado en el artículo superior citado, según el cual todo daño antijurídico del Estado -sin importar sus características- ocasiona la consecuente reparación patrimonial, en ningún caso puede ser limitado por una norma de inferior jerarquía, como es el caso de una ley estatutaria. Ello, en vez de acarrear la inexecutable del precepto, obliga a una interpretación más amplia que, se insiste, no descarta la vigencia y la aplicación del artículo 90 de la Carta Política” (se destaca).

Por su parte, la Subsección C de esta Sección de la Corporación concluyó que la Rama Judicial está legitimada en la causa en los casos de errores jurisdiccionales contenidos en decisiones proferidas por autoridades indígenas, a pesar de que estas no son servidores públicos y de que inclusive imparten justicia no con base en el ordenamiento jurídico estatal sino con apoyo en sus propios usos y costumbres. Los argumentos planteados, *mutatis mutandis*, son aplicables a este caso concreto:

*“Es claro para la Sala que las autoridades de las comunidades indígenas ejercen función jurisdiccional, facultad que le fue otorgada constitucionalmente; empero, ¿se pregunta sí es la Rama Judicial la responsable por las decisiones que se dictan dentro de la Jurisdicción Indígena? Para responder este interrogante se trae a colación lo establecido en el artículo 74 de la Ley 270 de 1996, que reza: (...) En consecuencia, en el caso bajo estudio la Sala considera que es la Nación – Rama Judicial la llamada a responder en caso de encontrarse demostrado el error judicial que ocasionó la privación de la libertad a la que se vio sometido el señor José Crisanto Tique y si la misma devino en injusta, por cuanto es en ella, en quien recae la responsabilidad por las actuaciones realizadas por las autoridades indígenas, conforme a lo señalado por la Corte Constitucional”*⁴.

La Subsección A de esta Sección llegó a la misma conclusión a partir del siguiente razonamiento⁵:

“En conclusión, teniendo en cuenta que, tratándose de las autoridades que ejercen jurisdicción en los territorios indígenas, no ha sido aún promulgada la norma que regule su constitución como entidades territoriales, ni tampoco existe una norma que les otorgue capacidad para representar a la Nación, es razonable deducir que, dada la vinculación funcional entre esos agentes judiciales y la Nación - Rama Judicial, los efectos patrimoniales de las acciones u omisiones de dichas autoridades-recaigan en el órgano ‘Rama Judicial’ y que por ende, de conformidad con lo dispuesto en la ley, la representación le corresponda asumirla al Director Ejecutivo de Administración Judicial”.

De modo que, para los efectos del Capítulo VI de la Ley 270 de 1996, los particulares que ejercen transitoriamente función jurisdiccional y las autoridades indígenas se equiparan a agentes judiciales, pues, por autorización de la

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 27 de noviembre de 2017, exp 37.815, MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2018, exp 2011-0606 (AG), MP Marta Nubia Velásquez Rico.

Constitución y de la ley ejercen función jurisdiccional en nombre y representación del Estado, por consiguiente, la Rama Judicial es la llamada a defender el interés jurídico que se discute en el proceso⁶ y a representar a la Nación, en los términos del inciso tercero del artículo 149 del CCA⁷ con independencia de si las respectivas demandas tienen o no vocación de prosperar, lo cual dependerá de cada caso concreto.

Sostener que los árbitros no comprometen la responsabilidad del Estado con el ejercicio de jurisdiccional implica desconocer que la administración de justicia es una función estatal y que la justicia se administra “*en nombre de la República de Colombia*”, incluso cuando se trata de un laudo arbitral.

Los artículos 1, 2 y 125 de la Ley 270 de 1996 definen la actividad jurisdiccional como una función y un servicio público esencial e intransferible⁸ 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.

La Corte Constitucional al declarar la constitucionalidad de las mencionadas disposiciones precisó⁹:

“Se trata, como bien lo anota la disposición que se revisa, del compromiso general en alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo. Para el logro de esos cometidos, no sobra aclararlo, resulta indispensable la colaboración y la confianza de los particulares en sus instituciones y, por lo mismo, la demostración de parte de éstas de que pueden estar a la altura de su grave compromiso con la sociedad. Así, en lo que atañe a la administración de justicia, cada vez se reclama con mayor ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no sólo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver.”

Las consideraciones precedentes implican, en últimas, una tarea que requiere, como consecuencia de haber sido nuestro país consagrado en la Carta Política como un Estado social de derecho, un mayor dinamismo judicial, pues sin lugar a dudas es el juez el primer llamado a hacer valer el imperio de la Constitución y de la ley en beneficio de quienes, con razones justificadas, reclaman su protección. Así, entonces, la justicia ha pasado de ser un servicio público más, a convertirse en una verdadera función pública, como bien la define el artículo 228 del Estatuto Fundamental. Significa lo anterior que tanto en cabeza de los más altos tribunales como en la de cada uno de los juzgados de la República, en todas las instancias, radica una responsabilidad similar, cual es la de hacer realidad los propósitos que inspiran la Constitución en materia de justicia, y que se resumen en que el Estado debe asegurar su pronta y cumplida administración a todos los asociados; en otras palabras, que ésta no sea simple letra muerta sino una realidad viviente para todos.

⁶ “Legitimación procesal es la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio y, en virtud de la cual, exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso” GUASP, Jaime “Derecho Procesal Civil”, Tomo I, Madrid, 1968, pág 185.

⁷ “El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso. La Nación-Rama Judicial estará representada por el Director Ejecutivo de Administración Judicial”.

⁸ “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.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, MP Vladimiro Naranjo Mesa.

(...) Como se expresó en el acápite anterior, el derecho de todas las personas de acceder a la administración de justicia se relaciona directamente con el deber estatal de comprometerse con los fines propios del Estado social de derecho y, en especial, con la prevalencia de la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo, el respeto a la dignidad humana y la protección a los asociados en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades (Art. 1o y 2o C.P).

El acceso a la administración de justicia implica, entonces, la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley. Sin embargo, la función en comento no se entiende concluida con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y la realización de los derechos amenazados o vulnerados. Es dentro de este marco que la Corte Constitucional no ha vacilado en calificar al derecho a que hace alusión la norma que se revisa -que está contenido en los artículos 29 y 229 de la Carta Política- como uno de los derechos fundamentales, susceptible de protección jurídica inmediata a través de mecanismos como la acción de tutela prevista en el artículo 86 superior”.

De modo que es errado afirmar que en este tipo de supuestos los árbitros responden de manera directa a través del instituto de la responsabilidad civil dado que esa conclusión contraviene el artículo 90 de la Constitución y constituye una afectación de los derechos de las víctimas, al tiempo que olvida que la responsabilidad del Estado es institucional y no exclusivamente orgánica.

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 territoriales¹⁰ 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.

De aceptarse que los árbitros no son agentes estatales sino que actúan en nombre propio no habría cómo reclamar, predicar o deducir responsabilidad de aquellos porque, se insiste, la administración de justicia, como función pública, es una sola a cargo del Estado y, en ese contexto, la actuación desplegada por los árbitros no constituye una función de naturaleza privada sino pública, en nombre del Estado.

¹⁰ “Este principio indica que las autonomías constitucionalmente reconocidas, no resquebrajan la unidad política del Estado ya que, carentes de potestades soberanas o propias de la soberanía estatal, los entes territoriales no disponen, entre otras, de función legislativa”. Corte Constitucional, sentencia C-119 de 2020. Dicha sentencia ahonda en las funciones que no pueden ser objeto de transferencia, al ser propias de la soberanía estatal: “La función jurisdiccional radica en la Nación y su funcionamiento debe ser desconcentrado (artículo 228 de la Constitución), mas no descentralizado. El manejo de las relaciones internacionales es una función radicada exclusivamente en el Presidente de la República (artículo 182, n. 2 de la Constitución). La política monetaria, incluido el acuño de la moneda, es una función exclusiva del Banco de la República (artículo 371 de la Constitución)”.

Adicionalmente, la norma que permitía reclamar responsabilidad directa del funcionario judicial fue subrogada por la Ley 270 de 1996¹¹ y posteriormente derogada por la Ley 1564 de 2012-CGP. En efecto, el artículo 40 del CPC preveía:

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:

- 1. Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad.*
- 2. Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto.*
- 3. Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.*

La responsabilidad que este artículo impone se hará efectiva en proceso civil separado, por el trámite que consagra el título XXIII. La demanda deberá presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del proceso respectivo. La sentencia condenatoria en el caso del numeral 3 no alterará los efectos de las providencias que la determinaron.

En caso de absolución del funcionario demandado se impondrá al demandante, además de las costas, una multa de un mil a diez mil pesos.

Se trataba de una norma preconstitucional que, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, sufrió de inconstitucionalidad sobreviniente por reñir con el artículo 90 superior, norma que establece una expresa y clara responsabilidad institucional del Estado frente a las víctimas y, por otra parte, una responsabilidad personal de los agentes pero, respecto de la entidad pública demandada a través de la denominada acción de repetición en los términos previstos en el inciso segundo de ese canon constitucional y reiterado en el artículo 71 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia de 1996, toda vez que la jurisprudencia de esta Corporación reconoce expresamente que con la expedición de la Ley 270 de 1996 la responsabilidad del funcionario o agente judicial no puede reclamarse de manera directa so pena de contrariar el mandato contenido en el artículo 90 de la Carta.

En tal virtud, de afirmarse que los árbitros, en el ejercicio de la función pública jurisdiccional, no son agentes del Estado sino, que actúan en su propio nombre, se llegaría a la inaceptable conclusión de que en el Estado colombiano existen personas o entes privados que disputan la soberanía estatal y que, por lo tanto, ejercen la función jurisdiccional en nombre propio y de manera paralela a la institucional del Estado, razón por la cual el Estado no sería patrimonialmente responsable por los daños que puedan causar con ocasión de la actividad jurisdiccional dichos particulares. De esta manera, no solo se impactaría gravemente la base de juridicidad del Estado de Derecho, sino directamente el pilar de responsabilidad que, complementa necesariamente el sometimiento de las funciones públicas al derecho.

Ahora bien, en apariencia podría pensarse que contra el Estado no se podría ejercer la acción de reparación directa por los daños causados por la actividad arbitral ya que, de conformidad con el inciso primero del artículo 104 del CPACA la jurisdicción de lo contencioso administrativo únicamente conoce de litigios y controversias derivados de hechos, omisiones, operaciones, actos y contratos en los que estén involucradas entidades públicas o particulares que ejercen función

¹¹ “La jurisprudencia ha señalado que esa norma (Artículo 40 del Código de Procedimiento Civil) que regía desde el 1 de julio de 1971, fue subrogada por la ley estatutaria de administración de justicia, 270 de 1996, que reguló la materia en su integridad” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2007, exp 15.128, MP Ramiro Saavedra Becerra.

administrativa, mas no jurisdiccional, por lo que, en principio, debería ser un asunto de competencia de la jurisdicción ordinaria. Ello desconocería que, como quedó explicado, la responsabilidad por los daños causados por los agentes del Estado no compromete su responsabilidad personal frente a las víctimas sino, la responsabilidad institucional del órgano estatal titular de la función que, en su nombre, ejercen los particulares.

En otras palabras, la jurisdicción civil ordinaria no tendría competencia para conocer de los litigios y controversias en su contra de los árbitros en virtud de la subrogación y posterior derogatoria del artículo 40 del otrora CPC lo cual haría nugatoria cualquier posibilidad de reclamar y obtener responsabilidad patrimonial por la actividad de los árbitros; de ahí que sea posible sostener que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer de las demandas de responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional, independientemente de si es ejercida por la Rama Judicial, por la Rama Ejecutiva, por la Rama Legislativa, por órganos autónomos con funciones jurisdiccionales o por los particulares, en este último evento como por ejemplo a través de los árbitros y de las autoridades de los territorios indígenas quienes, en este último evento, inclusive imparten justicia ni siquiera con base en la legislación ordinaria del Estado sino con apoyo en sus propios usos y costumbres, pero, en todos estas hipótesis, indefectiblemente, en nombre y representación de la organización estatal de conformidad con lo preceptuado en el artículo 116 constitucional.

Las discusiones anteriores a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 respecto de la constitucionalidad de la justicia arbitral, como justicia privada, quedaron zanjadas en la actualidad. Hoy en día, el artículo 116 de la Constitución preceptúa expresamente que la función jurisdiccional está en cabeza del Estado pero que los particulares pueden ser investidos de forma transitoria de esta función pública, sin que esto signifique, en modo alguno, predicar la existencia de una "justicia privada" ni mucho menos paralela o distinta a la que le corresponde, por esencia, impartir a la organización estatal.

Teniendo en cuenta lo anterior la Ley 270 de 1996-LEAJ extiende las normas de la responsabilidad por actividad jurisdiccional a los particulares que ejercen tal función por fuera de la Rama Judicial (artículo 74) y, por lo tanto, al definir el error no habla del error judicial o de la Rama Judicial, sino de 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*" (artículo 66).

La justicia es una función soberana e intransferible de allí que la responsabilidad por su ejercicio es de la Nación, titular indefectible de la misma. Luego de la imputación a la persona jurídica Nación-Rama Judicial, esta a su vez estará representada por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial por las siguientes razones o fundamentos:

- i) En virtud del principio de separación de poderes el depositario de la función jurisdiccional es la Rama Judicial.
- ii) Los árbitros ejercen una función jurisdiccional transitoria (artículo 116 CP) que, por regla general, corresponde a la Rama Judicial.
- iii) La conciliación, la mediación y el arbitraje son mecanismos alternativos de solución de conflictos y de administración de justicia que benefician a la Rama Judicial pues evitan su congestión.
- iv) Aunque los centros de arbitraje no son administrados o vigilados por el Consejo Superior de la Judicatura, esta entidad sí tiene unas funciones atribuidas por el inciso final del artículo 8 de la Ley 270 de 1996 para realizar el seguimiento y evaluación del arbitraje.

v) La Comisión Nacional de Disciplina Judicial es el órgano encargado de investigar y sancionar las faltas disciplinarias cometidas por los árbitros¹².

vi) Concluir que el órgano que representa a la Nación por el ejercicio de la función jurisdiccional de los árbitros es la Rama Judicial consulta el principio de Estado de Derecho y, particularmente, el de separación entre ramas del poder público: *“sea cual fuere la entidad pública que asuma la defensa de los intereses de la misma dentro de la litis, siempre será la Nación, como persona jurídica, la llamada a resistir las pretensiones del demandante y, de otro lado, que lo realmente relevante es que los intereses y la posición jurídica de la multicitada Nación sean efectivamente defendidos por algún organismo”*¹³

De otra parte, en el caso de que la Rama Judicial sea demandada dispone de la facultad de llamar en garantía a los árbitros, lo que resulta razonable, considerando que son ellos quienes conocieron, de primera mano, 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, si no se llamó en garantía y se reúnen los requisitos, repetir contra estos de conformidad con el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política¹⁴ y el artículo 2 de la Ley 678 de 2001¹⁵, lo anterior dado que los árbitros se equiparan a “agentes estatales” para los efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 270 de 1996.

Una vez definida la legitimación y la representación de la Rama Judicial en el caso concreto, la Sala aborda el análisis del error jurisdiccional que se atribuye al laudo de 29 de septiembre de 2003.

La sociedad demandante solicitó que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado por razón del error jurisdiccional contenido en el laudo arbitral de 29 de septiembre de 2003.

El artículo 66 de la Ley 270 de 1996 prevé que el error jurisdiccional es *“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”*.

Por su parte, el artículo 67 *ibidem* determina como presupuestos del error jurisdiccional: *i)* que el afectado haya interpuesto los recursos ordinarios de ley, so pena de que opere el eximente de responsabilidad de culpa grave de la víctima, en los términos del artículo 70 de la misma normativa y *ii)* que la providencia o decisión que contiene el error esté en firme.

Adicionalmente, la Sala ha precisado que la demanda de reparación directa por

¹² Parágrafo 2º del artículo 55 de la Ley 734 de 2002: *“Los árbitros y conciliadores quedarán sometidos además al régimen de faltas, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses de los funcionarios judiciales en lo que sea compatible con su naturaleza particular. Las sanciones a imponer serán las consagradas para los funcionarios judiciales acorde con la jerarquía de la función que le competía al juez o magistrado desplazado”*.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera-Sala Plena, sentencia de 17 de octubre de 2013, exp 23.354, MP Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁴ *“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”* (se destaca).

¹⁵ *“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 ejercerá contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial”* (negritas adicionales).

error judicial no constituye una tercera instancia del proceso judicial¹⁶ en la que las partes puedan reabrir el debate probatorio y/o jurídico sobre las pretensiones y/o excepciones que no prosperaron¹⁷.

Por consiguiente, el error jurisdiccional es el cometido por una autoridad judicial o un particular investido de facultad jurisdiccional -que en su carácter de tal y en el curso de un proceso- profiere una providencia o decisión contraria a la ley, “*bien porque surja de una inadecuada valoración de las pruebas (error de hecho), la falta de aplicación de la norma que corresponde al caso concreto o la indebida aplicación de esta (error de derecho)*”¹⁸.

De modo que este evento de responsabilidad persigue el resarcimiento de los daños que se deriven de errores de hecho o de derecho contenidos en una providencia o decisión jurisdiccional debidamente ejecutoriada sin que sea posible ventilar nuevamente la controversia primigenia en su conjunto.

En otros términos, el juez de la reparación debe verificar si la providencia o decisión jurisdiccional censurada contiene efectivamente un yerro que haya producido un daño a quien lo alega, esto es, el demandante, el demandado o un tercero vinculado en el proceso correspondiente.

Para que sea procedente el error jurisdiccional es imperativo que la parte actora identifique y demuestre el error contenido en la decisión jurisdiccional, ya que la simple disconformidad o discrepancia con esta no permite configurar la responsabilidad patrimonial del Estado.

Ahora bien, cuando se trata de los árbitros entra en juego la autonomía de la voluntad como elemento adicional que hace que el estándar para identificar el error y, por consiguiente, condenar patrimonialmente a la Nación-Rama Judicial sea aún mayor o más exigente y que, por lo tanto, el Estado únicamente responda por equivocaciones graves que materialicen un error manifiesto de apreciación, que no puedan comprenderse dentro del margen de apreciación autónoma de los árbitros¹⁹.

En efecto, en virtud del principio de voluntariedad del arbitraje los particulares “*renuncian*” a la jurisdicción ejercida por jueces de la República para someter sus controversias a la decisión proferida por particulares en ejercicio de función jurisdiccional de forma transitoria, de modo que aquellos depositan una confianza adicional en estos al momento de ventilar el litigio, lo que confiere un grado mayor de autonomía al raciocinio arbitral que, salvo errores manifiestos de apreciación, no puede ser suplantado mediante recursos ante la Rama Judicial en donde se pretenda reabrir el debate zanjado por los árbitros o a través de la declaración de errores arbitrales, para efectos de condenar la responsabilidad del Estado y

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2021, exp 46.218, MP Martín Bermúdez Muñoz.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2021, exp 47.633 MP Alberto Montaña Plata.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, exp 16.594, MP Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁹ La diferenciación también se ha hecho en lo que respecta a la procedencia de la tutela contra sentencias judiciales y contra laudos arbitrales, para concluir que, en tratándose de decisiones de los árbitros, el amparo es todavía más excepcional “(...) *respetando la voluntad de las partes de poner fin a una determinada controversia de naturaleza transigible a instancias de árbitros, y advirtiendo la naturaleza restrictiva de las vías judiciales diseñadas por el legislador para controlar este tipo de decisiones*”. Corte Constitucional, sentencia T-466/11. Ello toma en consideración “(i) *la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; (ii) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; (iii) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales y (iv) el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela y le impide a éste, pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento*”. Corte Constitucional, Sentencia SU-174/07.

perseguir, de manera paralela o posterior, la responsabilidad personal de los árbitros.

Lo anterior significa que el estándar de error que compromete la responsabilidad del Estado debe ser aún mayor cuando quien lo comete no son los jueces de la República sino los árbitros y, por consiguiente, se excluye el error si la interpretación es medianamente razonable, se apoya en el material probatorio y existe motivación en el laudo.

Con fundamento en los anteriores lineamientos, la Sala centrará su análisis en los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación para determinar si el laudo arbitral de 23 de septiembre de 2009 contiene o no un error jurisdiccional imputable al Estado.

Los yerros que se atribuyen al laudo se resumen en el siguiente cuadro sinóptico:

Obligación incumplida	Prueba pericial del perjuicio	El fundamento del Tribunal para no reconocer perjuicio	El fundamento del error
1) Electrocosta no orientó ni direccionó las revisiones de fraude o anomalías a las instalaciones eléctricas	Los peritos realizaron una proyección del lucro cesante bajo dos alternativas: (i) partir del porcentaje de aciertos del contratista para, a través de una ecuación, calcular cuál hubiera sido el porcentaje de lo suministrado; y (ii) con fundamento en la experiencia directa establecer un mínimo porcentaje de aciertos.	Establecido el incumplimiento, no se reconoció el lucro cesante porque: (i) no se puede acoger ninguna de las opciones del dictamen, ya que la primera es incierta y perpleja y, la segunda es un guarismo hipotético que calcula el acierto a partir de una presunción que un porcentaje de la población tendría fraude en las conexiones eléctricas lo cual es contrario a la buena fe; (ii) los peritos olvidaron que el pago de la prestación no solo dependía de la detección del fraude sino de lo efectivamente recaudado y, (iii) en el contrato se evidencia que el contratista tomó participación en el riesgo y consintió la posibilidad de no obtener ganancia alguna al supeditar la contraprestación al recaudo efectivo de la sanción impuesta al usuario fraudulento.	Se desconoció la regla de la sana crítica en la valoración probatoria. Los árbitros se apartaron de la sana crítica para valorar el peritaje, porque: (i) el cálculo de los eventos exitosos no es contrario a la buena fe, ya que los predios sobre los que se hizo la proyección fueron aquellos sobre los que se tenía un margen de seguridad de consumo fraudulento; (ii) el contrato tenía una evidente función económica, impedir el hurto de energía y sancionarlo; (iii) se demostró que eran muchos los usuarios fraudulentos, por tanto no era especulación; (iv) la razonabilidad de las ganancias debe entenderse con fundamento en toda la actividad y, no solamente en el pago hecho por el usuario, pues no porque se debiera esperar al pago del usuario, la ganancia fue una mera expectativa o un simple alea, ya que se disponía de los medios legales para reconvenir el pago de los usuarios.
2) Electrocosta no realizó la evaluación de los contadores entregados por Inel Caribe impidiendo que esta última adelantara el procedimiento administrativo de sanciones	Los peritos tomaron en cuenta la fecha de entrega de los contadores por parte de Inel Caribe a Electrocosta y el tiempo total del proceso sancionatorio; con fundamento en ello hicieron el estimativo con base en los	Para los árbitros no admite discusión que Inel Caribe entregó 94 contadores a Electrocosta y aquella no los evaluó ni los devolvió; no obstante, no se demostró que todos los contadores entregados tenían fallas que conllevarían la imposición de sanciones. Además, esta actividad era una etapa dentro del proceso administrativo sancionatorio y no debe	La apreciación de los árbitros fue errada, por cuanto: (i) se equivocó sobre el alcance, las características y la prueba del lucro cesante, ya que olvidó que aquel está constituido de ganancias frustradas, estimadas razonablemente, de las cuales no se puede exigir una prueba a ultranza; (ii) la falta de certeza de si los contadores tenían o no fallas ninguna prueba la puede

	mínimos esperados del contrato	olvidarse que Inel Caribe supeditó sus ganancias al pago de las sanciones.	despejar, por eso se tasa como lucro cesante y; (iii) el tribunal debió tener en cuenta los antecedentes que demostraban que en casos anteriores los contadores habían presentado fallas que motivaron a continuar procesos sancionatorios, de ahí que era lógico considerar que en los contadores no devueltos también existieran fallas.
3) Falta de pago de Electocosta por concepto de las sanciones terminadas y en la mayoría de los casos facturadas a los usuarios y pagadas por estos; así como también, el no pago de las sanciones entregadas para visto bueno.	El peritaje estableció que los rubros facturados contenían procesos estudiados en otra pretensión, por lo que al hacer las deducciones el importe de las facturas se redujo a \$8.360.456,40 y a \$ 5.028.261.40	Los árbitros dijeron que los valores (restantes) no podían ser acogidos ya que no había certeza de que el usuario sancionado hubiera cancelado o suscrito acuerdo de pago. Las facturas contienen conceptos todavía no causados, por cuanto como el mismo Inel Caribe aceptó, se incluyeron procesos pendientes de visto bueno.	El error se presenta porque los árbitros debieron ordenar el pago de las facturas ya que, en lo descontado por los peritos se hallaban los asuntos pendientes de visto bueno. Así, el perjuicio se encontraba demostrado con la prueba pericial.
4) No dar trámite ni devolver los trabajos realizados y entregados para visto bueno (proyectos de liquidación de sanciones a usuarios del servicio eléctrico)	En el escrito de apelación, respecto de esta obligación no se dijo cuál fue el concepto ni las razones contenidas en el dictamen, pero sí se dijo que la estimación del perjuicio por parte de los peritos fue de \$153.153.002	Así razonó el tribunal sobre este aspecto: efectivamente no aparece demostrada la devolución de Electrocosta con el respectivo visto bueno. Esta obligación al no ser ejecutada impidió la finalización del trámite sancionatorio, frustrando la aspiración del contratista a recibir la contraprestación. En cuanto a los perjuicios, es evidente que después del visto bueno existían estancos por agotar y, de acuerdo al contrato celebrado la prestación en favor de Inel Caribe se causaría hasta tanto se hubiera agotado el procedimiento para el pago.	Las razones de los árbitros sobre la falta de certeza del perjuicio son jurídicamente distorsionadas, ya que existía prueba y soportes documentales, tanto así que los peritos pudieron calcular la ganancia razonable que no era una simple ilusión del contratista. So pretexto de que las ganancias estaban supeditadas al pago de los usuarios sancionados no se podía desconocer el trabajo realizado por Inel Caribe ni inferir que el contratista debía asumir las pérdidas del trabajo ejecutado.
5) La ruptura del contrato	Los peritos calcularon el perjuicio planteando tres escenarios: (i) con el porcentaje suministrado por Electrocosta; (ii) calculando a partir del direccionamiento, procedimiento que arrojó una tasación de \$1.285.538.258.9	Para los árbitros no existió incumplimiento de Electrocosta por haber decidido suspender parcialmente el contrato ya que no se desbordaron los parámetros contractuales, porque aquella era una posibilidad prevista por las partes sin consecuencia punible alguna. Tampoco se demostró un indebido ejercicio de los derechos	Sí hubo abuso del derecho y de la posición dominante porque el contratante suspendió parcialmente el contrato hasta llegada la fecha de terminación del mismo, lo que no podía hacer porque la suspensión implicaba reanudación y que el contratista mantuviera estática la infraestructura logística y de personal a la expectativa del momento de reanudación. Por tanto, de acuerdo con el art. 830 del

	4 y; (iii) sin direccionamiento, con lo cual la estimación del perjuicio dio \$ 326.466.907.23.	del contratante, esto es, que las razones para suspender el contrato fueran malintencionadas o inútiles o que se hubiera hecho un aprovechamiento indebido de la posición dominante.	Código de Comercio, frente al abuso del derecho por parte de Electrocosta, se debía indemnizar a Inel Caribe por los 11 meses que faltaban para cumplir la duración del contrato. El tribunal se equivocó porque no atendió los supuestos fácticos y jurídicos que Inel Caribe planteó en la demanda
--	--	--	---

Como se advierte, la demanda se centra única y exclusivamente en cuestionar la hermenéutica contenida en el laudo, específicamente el contenido y alcance de los principios de certidumbre del perjuicio y de buena fe de los usuarios del servicio de energía, fundamentos en los que se apoyaron los árbitros para denegar el reconocimiento del lucro cesante.

En ese contexto la Sala no advierte la existencia de un error jurisdiccional en el caso concreto ya que la parte actora no demostró que los árbitros hubieran dejado de valorar el acervo probatorio o que lo analizaran de forma inadecuada; tampoco se probó que los árbitros hubieran dejado de aplicar una norma relevante para la solución de la controversia o, que aplicaran una derogada o, una impertinente.

Además, la parte actora no aportó ninguna prueba que evidenciara los errores que se le atribuyen al laudo arbitral, *contrario sensu*, los argumentos de censura contenidos en la demanda y en el escrito de apelación evidencian una inconformidad con el hecho de que los árbitros denegaran las pretensiones por concepto de lucro cesante pero no tienen la virtualidad de acreditar un yerro fáctico o normativo.

Con la demanda se aportó copia de la sentencia del 12 de febrero de 2014 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cartagena mediante la cual se declaró infundado el recurso de anulación interpuesto por Electrocosta SA ESP contra el laudo arbitral de 29 de septiembre de 2003. En la citada providencia el juez del recurso extraordinario señaló:

“Analizado el contenido del laudo, específicamente la parte motiva, obsérvese que de ninguna manera el Tribunal de Arbitramento se apartó en forma ostensible del marco jurídico al fallar, para asiderarse (sic) en la mera equidad, porque al considerar las pretensiones que salían avantes (sic) parcialmente, realizó un examen del contrato, apreció las pruebas aplicando la sana crítica, vertió el caso en las normas sustanciales y procesales que estimó aplicables (artículos 2056, 2063 C.C. y artículos 187 y 217 del C.P.C., ley 446 de 1998, etc.); en fin, realizó un estudio eminentemente jurídico al definir el caso” (fls. 68 a 87 cdno. 1).

Así las cosas, dada la evidente intención de la parte actora de obtener una instancia adicional la Sala confirmará la sentencia proferida en primera instancia por las razones expuestas.

3. Conclusión general

La Rama Judicial sí está legitimada formal y materialmente para responder por los daños antijurídicos originados con ocasión de errores jurisdiccionales contenidos en laudos arbitrales, con independencia de que los árbitros sean particulares en ejercicio de función jurisdiccional ya que la Ley 270 de 1996 los equiparó a los agentes judiciales para efectos de la responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, en este caso concreto la parte actora no acreditó los supuestos errores jurisdiccionales que le endilgó al laudo arbitral de 29 de septiembre de 2003 y, por el contrario, lo que quedó en evidencia fue la intención de emplear este fundamento de responsabilidad a modo de una tercera instancia para reabrir la discusión del proceso arbitral.

4. Condena en costas

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –que modificó el artículo 170 del CCA– determina que solo habrá lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado con temeridad o mala fe dentro del proceso. En presente asunto no hay lugar a la imposición de costas y agencias en derecho toda vez que las partes no obraron de esa forma.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º) Confírmase la sentencia del 30 de julio de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar por las razones expuestas en esta providencia.

2º) Abstíñese de condenar en costas en esta instancia procesal.

3º) Por Secretaría de la Sección **remítase** copia de esta providencia a la Jurisdicción Especial para la Paz para lo de su competencia.

4º) Ejecutoriada la presente sentencia, por Secretaría de la Sección **devuélvase** el expediente al tribunal de origen para lo su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Sala
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
Con aclaración de voto
(Firmado electrónicamente)

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados integrantes de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 2 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

ACLARACIÓN DE VOTO / PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIÓN JUDICIAL TRANSITORIA / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / ACTIVIDAD JUDICIAL / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO OCASIONADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / EXISTENCIA DEL DAÑO / LAUDO ARBITRAL / REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO / EJERCICIO DEL ÁRBITRO / FACULTADES DEL ÁRBITRO / FUNCIONES DEL ÁRBITRO / ASPECTOS JURÍDICOS DEL ARBITRAJE / CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE

[E] artículo 74 de la Ley 270 de 1996, leído conjuntamente con el artículo 90 de la Constitución Política (C.P.) y con el condicionamiento introducido por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, no permite imputarle responsabilidad al Estado por las decisiones de los árbitros, porque éstos no tienen la condición de agentes estatales. (...) la función jurisdiccional está a cargo del Estado; que la ley la califica de servicio público esencial; que los árbitros al proferir un laudo arbitral ejercen funciones jurisdiccionales; y que sus decisiones deben ser ejecutadas por los jueces de la República y son susceptibles del recurso de anulación y de la acción de tutela. Tales circunstancias no permiten deducir la responsabilidad del Estado por los perjuicios que causen los errores judiciales contenidos en los laudos arbitrales, porque los árbitros son elegidos por las partes y no tienen la condición de agentes estatales. El Estado debe responder por los daños antijurídicos causados por las decisiones de los jueces, porque se trata de daños que le son imputables debido a que los jueces son agentes estatales y causan el daño con ocasión al ejercicio de sus funciones. Los jueces son agentes estatales porque son designados por el Estado para que ejerzan tal función y es esta circunstancia la que lo hace responsable de los daños que causen, a la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la C.P. A diferencia de lo que ocurre con los jueces, los árbitros no son designados por el Estado: son designados por las partes, que delegan en ellos la función de administrar justicia en el caso objeto del pacto arbitral y derogan, para ese caso, la jurisdicción que por regla general ejercen las autoridades públicas.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 74

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia de la Corte Constitucional, C 037 de 1996; C.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

ACLARACIÓN DE VOTO / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / FUNCIÓN PÚBLICA / PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIÓN JUDICIAL TRANSITORIA / PARTICULARES QUE EJERCEN LA FUNCIÓN PÚBLICA / REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / REGULACIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / REQUISITOS DEL ERROR JURISDICCIONAL

El derecho de acceso a la administración de justicia y su entendimiento como función pública o como servicio público esencial, no justifica que el Estado deba responder por el daño que ha sufrido un particular que voluntariamente ha decidido no acudir a la jurisdicción estatal para resolver un conflicto y ha designado, conjuntamente con su contraparte, a las personas que deben juzgarlo. Ese particular voluntariamente ha decidido derogar la jurisdicción del Estado para que resuelva su conflicto y no puede, luego de recibir una decisión que considera equivocada, reclamarle al Estado los perjuicios que ella le causó. El artículo 90 de

la C.P. dispone que el Estado responde patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción de las autoridades públicas y que les sean imputables. Para que el Estado deba responder por un error judicial que genera perjuicios a una parte, (i) el causante del mismo (quien profiere la decisión) debe tener la condición de autoridad pública y (ii) el daño debe ser imputable al Estado. Para que el daño sea imputable al Estado basta acreditar que quien lo causa es un agente estatal y que lo causó con ocasión de sus funciones. La responsabilidad del Estado no se sujeta a la negligencia en la elección o en el control de su agente. Pero tal responsabilidad no puede deducirse cuando la designación del árbitro y la derogatoria de la jurisdicción ordinaria para el caso concreto ha sido realizada por la misma parte que reclama el perjuicio.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90

ACLARACIÓN DE VOTO / PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIÓN JUDICIAL TRANSITORIA / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / ACTIVIDAD JUDICIAL / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO OCASIONADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / EXISTENCIA DEL DAÑO

La condición constitucional para que el Estado responda por un daño sufrido por un particular es que el causante del daño tenga la condición de agente del Estado. Y ni siquiera la interpretación textual del artículo 74 permite arribar a la conclusión de que el Estado debe responder por los perjuicios que causen los árbitros con sus providencias, por las siguientes razones: El artículo 74 de la Ley Estatutaria establece que las normas del capítulo VI se aplican a <<todos los agentes del Estado>> así como a los particulares que en forma transitoria o permanente <<ejercen o participan>> del ejercicio de la función jurisdiccional.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 74

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia de la Corte Constitucional, C 037 de 1996; C.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

ACLARACIÓN DE VOTO / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / ACTIVIDAD JUDICIAL / FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO / IMPUTACIÓN DEL DAÑO / DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO / EJERCICIO DEL ÁRBITRO / FACULTADES DEL ÁRBITRO / FUNCIONES DEL ÁRBITRO / ASPECTOS JURÍDICOS DEL ARBITRAJE / CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE / SUJETOS EN EL ARBITRAJE / NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

[N]o basta con que los árbitros ejerzan transitoriamente la función jurisdiccional para que el Estado deba responder patrimonialmente por los daños que causen al proferir sus decisiones: la condición especial que prevé la ley para que el Estado deba responder es que el particular que ejerce transitoriamente funciones tenga la condición de agente del Estado. Determinados particulares ejercen transitoria y excepcionalmente funciones jurisdiccionales o participan de la función de administrar justicia, como los conjueces o los auxiliares de la justicia, que son designados por funcionarios estatales y por ende se consideran <<agentes del Estado>>. El Estado puede ser condenado por errores en sus decisiones o por daños causados en el ejercicio de 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>> Los árbitros no son agentes estatales porque no son designados por el Estado. El artículo 116 de la C.P. autorizó a los particulares para que ellos mismos designen a otros particulares que resolverán determinada controversia en derecho o en equidad. Quienes hacen uso de esta facultad mediante la celebración de un pacto arbitral deciden sustraer la resolución de determinado conflicto del conocimiento de la jurisdicción estatal y voluntariamente acuerdan que sean otros particulares, designados por ellos mismos, quienes lo hagan. A la luz del artículo 90 de la C.P. no hay ninguna razón para imputarle al Estado los daños que sufran como consecuencia de una decisión que ellos mismos han adoptado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 116

RESPONSABILIDAD DE LA RAMA JUDICIAL / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / ACTIVIDAD JUDICIAL / FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL ARBITRO / CAUSACIÓN DEL DAÑO / LEY ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La interpretación que hace la Sala del artículo 74 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia no solamente es contraria al artículo 90 de la C.P., sino que tampoco se desprende de la lectura cuidadosa de su texto y del análisis conjunto con otras normas de esa ley, pues no es cierto, como lo afirma la sentencia, que el artículo 74 haya fijado en la Rama Judicial <<el centro de imputación>> por los daños causados por los árbitros, ni es cierto que les asigne a éstos la calidad de agentes estatales. Por el contrario, esa norma distingue entre <<los agentes del Estado pertenecientes a la Rama Judicial>> y <<los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional>>. El hecho de que el artículo 74 de la Ley 270 de 1996 establezca que las disposiciones de los artículos 65 a 73 aplican también a <<los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional>> no significa que la imputación por los daños que causen recaiga en la Rama Judicial. Esas normas establecen algunos supuestos en los cuales pueden causarse daños por el ejercicio de la función jurisdiccional, pero no derogan lo previsto por el artículo 90 de la C.P.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 65 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 66 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 67 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 68 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 69 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 70 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 71 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 72 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 73 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 74

ACLARACIÓN DE VOTO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO OCASIONADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / EXISTENCIA DEL DAÑO / FALLA DEL SERVICIO / ACTIVIDAD JUDICIAL / TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Antes de la expedición de la C.P. la jurisprudencia fundaba la responsabilidad del Estado en la falla del servicio para entender que debía responder cuando el servicio prestado por éste <<funcionó tardíamente, defectuosamente>> o no funcionó. Con esa concepción y acogiendo la posición de la Corte conforme con la cual la responsabilidad de las personas jurídicas es directa, se concluía que bastaba demostrar lo anterior (la falla del servicio) para que el Estado tuviera que reparar los perjuicios causados a los particulares. Esta concepción, que sigue siendo aplicada por la jurisprudencia mayoritaria, desconoce lo dispuesto en el

artículo 90 de la C.P., conforme con el cual el Estado (persona jurídica) responde por los daños causados por sus agentes cuando éstos obren en ejercicio de sus funciones y, por ende, tales daños le sean imputables. Esa equivocada concepción es la que conduce a deducir la responsabilidad del Estado por el ejercicio de una función o por la prestación de un servicio cuando, por la autorización de la C.P., es ejercida por los particulares. Superar la noción de responsabilidad del Estado derivada de la falla del servicio (que fue lo que hizo la Constitución de 1991 sin que la jurisprudencia lo haya advertido) implica considerar que cuando el Estado no es el prestador del servicio no debe responder por los daños que cause quien lo presta, salvo cuando el mismo Estado tenga la obligación de vigilarlo y no lo haya hecho.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90

ACLARACIÓN DE VOTO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO OCASIONADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / EXISTENCIA DEL DAÑO

Es el Estado el que responde por las decisiones de los jueces cuando causan perjuicios con una decisión judicial; las partes ya no tienen la opción de dirigirse contra los jueces directamente como lo hacían antes de la entrada en vigencia del artículo 90 de la C.P. Una vez el Estado paga la condena, puede repetir contra su agente, siempre que demuestre que este obró con dolo o culpa grave. En vigencia del artículo 90 de la C.P., la responsabilidad del Estado no se funda en la adecuada o inadecuada prestación de los servicios a su cargo sino en la existencia de un daño antijurídico que haya sido causado por la acción o la omisión de un agente suyo. (...) La sentencia confunde la autorización que concede el Estado para que los particulares ejerzan en forma transitoria determinadas funciones jurisdiccionales con el hecho de que éstos actúen en su nombre. La prestación del servicio público de administración de justicia no es lo que determina si el Estado, representado por la Rama Judicial, debe responder por los daños que se causen en su ejercicio, porque así no lo prevé el artículo 90 de la C.P. Entenderlo así implica desconocer el fundamento de la responsabilidad estatal previsto en la Constitución y volver a una concepción del Estado en la que, con independencia de si sus agentes participaron en la causación del daño, responde por una falla abstracta e impersonal, en la que ni siquiera intervino.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia del 13 de mayo de 2004; Exp. 50001 23 31 000 2003 00020 01(AP). C.P. María Elena Giraldo Gómez y de la Corte Constitucional; C 119 de 2020.

ACLARACIÓN DE VOTO / ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA / ASUNTOS INDÍGENAS / AUTODETERMINACIÓN DEL PUEBLO INDÍGENA / AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD INDÍGENA / AUTONOMÍA INDÍGENA / AUTORIDAD INDÍGENA / AUTORIDADES DE COMUNIDAD INDÍGENA / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA / COMPETENCIA DEL CABILDO INDÍGENA / COMUNIDAD INDÍGENA / JURISDICCIÓN INDÍGENA / JUSTICIA INDÍGENA / NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS

Las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales no son designadas por las <<partes en el conflicto para que lo resuelvan>>, como ocurre en el pacto arbitral. Son autoridades elegidas conforme con las reglas de los grupos indígenas correspondientes y tales autoridades son estimadas por la C.P. como autoridades públicas. Además, las autoridades indígenas que ejercen

funciones jurisdiccionales no son habilitadas para resolver una controversia concreta por la decisión de las partes, sino que, por el contrario, su competencia es determinada por la presencia de los factores de aplicación del fuero indígena (personal, territorial, institucional y objetivo). Así mismo, debe tenerse en cuenta que para la época en la que ocurrieron los hechos que dieron lugar a las sentencias en las que esta Corporación atribuyó responsabilidad a la Rama Judicial por la conducta de las autoridades indígenas en ejercicio de la función jurisdiccional, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia contemplaba a la jurisdicción indígena como parte de la Rama Judicial, con el aval de la Corte Constitucional. A pesar de que la Corte luego modificó su jurisprudencia y estableció que la jurisdicción indígena es independiente de la Rama Judicial, no se puede desconocer que el fundamento normativo vigente para la época de expedición de las sentencias que se citan como precedente determinaba una diferencia sustancial con el supuesto al que ahora se quieren aplicar.

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia del 27 de noviembre de 2017; Exp 37815; C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, de 14 de marzo de 2018; Exp 2011-0606 (AG), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y de la Corte Constitucional, C 713 de 2008.

ACLARACIÓN DE VOTO / COMPETENCIA DEL ÁRBITRO / DEBERES DEL ÁRBITRO / DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO / PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD / PRINCIPIO DE LIBRE HABILITACIÓN / ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / ASPECTOS JURÍDICOS DEL ARBITRAJE / CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE / SUJETOS EN EL ARBITRAJE / NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

El arbitraje se rige por el principio de voluntariedad o de libre habilitación, de acuerdo con el cual se requiere el acuerdo de las partes para que los árbitros sean investidos de la facultad de administrar justicia y son ellas quienes libremente acuerdan renunciar a la posibilidad de acudir ante los jueces para resolver su controversia. (...) Nuestra 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 las decisiones que estos profieren, protege el derecho fundamental al debido proceso de los particulares previendo el recurso de anulación contra sus decisiones (que al igual que las decisiones de los jueces son susceptibles de acción de tutela) y garantiza que ellas sean ejecutadas por las autoridades jurisdiccionales del Estado. Deducir que en este esquema el Estado debe responder por los daños que se ocasionen con la <<decisión del caso>> que profieran los árbitros cuando se estime que ella contiene un error judicial, implica desconocer que los particulares voluntariamente decidieron que tal decisión no fuera adoptada por los jueces designados por el Estado; prefirieron designar ellos mismos a uno o tres particulares porque consideraron que ellos eran idóneos para hacerlo; porque estimaron que estos árbitros podían resolver el caso específico sometido a su decisión de manera más expedita y contando con conocimientos más especializados. Esas son las razones por las que para decidir su caso concreto prefirieron renunciar al servicio de justicia del Estado y acudir a una justicia <<privada o particular>>, en la que ellos mismos designan sus jueces. El <<pilar de la juridicidad del Estado de derecho>> no se afecta por admitir la posibilidad de derogar la jurisdicción del Estado y por someter la resolución de un conflicto (transigible y disponible por los particulares) a una justicia particular o privada. Y ese argumento no puede servir para sostener que el Estado responde por los daños que pueden generarse en las decisiones que se adoptan en el marco de tal justicia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia de la Corte Constitucional, C 330 de 2012; C.P. Humberto Sierra Porto.

ACLARACIÓN DE VOTO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / ACTIVIDAD JUDICIAL / DEBERES DEL JUEZ / RESPONSABILIDAD DEL JUEZ / EJERCICIO DEL ÁRBITRO / FACULTADES DEL ÁRBITRO / FUNCIONES DEL ÁRBITRO / ASPECTOS JURÍDICOS DEL ARBITRAJE / CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE / SUJETOS EN EL ARBITRAJE / NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

La responsabilidad del Estado y de los jueces puede ser regulada de diversas maneras por la legislación. Bajo la vigencia del artículo 40 del C.P.C. los jueces respondían directamente a las partes por los perjuicios que les causaran cuando procedieran <<con dolo, fraude o abuso de autoridad, omitieran o retardaran injustificadamente una providencia, y cuando obraran con error inexcusable>>. A partir de la C.P. de 1991, los particulares solo pueden demandar al Estado y éste debe repetir contra el juez (agente estatal) cuando haya obrado con dolo o culpa grave. Esta modificación normativa, en la cual es el Estado el que responde directamente ante los particulares, desarrolla una limitación procesal de la responsabilidad de los agentes estatales a la cual se suma una limitación sustancial conforme con la cual éstos solo responden cuando obran con dolo o culpa grave. Tal regulación no es aplicable a los árbitros porque no son agentes estatales y no están sujetos a la regulación particular de la responsabilidad que rige para ellos. Es indiscutible que la responsabilidad por una decisión arbitral tiene características particulares; para establecerla es necesario determinar cuándo un particular, que cumple una obligación derivada de un acuerdo de las partes que lo designaron, la desconoce e incurre en una culpa que le genera la obligación de reparar. Sin embargo, no puede afirmarse que no existe una acción judicial mediante la cual ella pueda reclamarse y que por tal razón resulta forzoso concluir que, cuando se reclamen perjuicios derivados de un error contenido en un laudo arbitral, la acción deba formularse ante la jurisdicción contenciosa, deba dirigirse contra el Estado representado por la Rama Judicial, y que sea dicha entidad la que esté legitimada para llamar en garantía a los árbitros o adelantar la acción de repetición en su contra.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 40 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA

ACLARACIÓN DE VOTO / COMPETENCIA DEL ÁRBITRO / DEBERES DEL ÁRBITRO / DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO / EJERCICIO DEL ÁRBITRO / FACULTADES DEL ÁRBITRO / FUNCIONES DEL ÁRBITRO / ASPECTOS JURÍDICOS DEL ARBITRAJE / CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE / SUJETOS EN EL ARBITRAJE / NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

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 directamente en caso de que les causen daños. De consolidarse la tesis de la Subsección según la cual los particulares no pueden demandar directamente a los árbitros por los daños que causen, el Estado, y particularmente la Rama Judicial, terminaría actuando como garante de una actividad privada, por un daño causado por personas que no designó. (...) el simple hecho de que el Estado permita y habilite la existencia de la justicia arbitral tampoco conduce a endilgarle responsabilidad por las decisiones de los árbitros, a título de omisión en la vigilancia o control. Los particulares tienen absoluta libertad en escogerlos y el Estado no tiene ningún control sobre el fondo de sus decisiones: por el contrario, lo que debe garantizar es que, en relación con ese aspecto de la determinación, las autoridades judiciales del Estado no tengan ningún tipo de injerencia. Si la decisión del fondo de un litigio por parte de los árbitros no debe ser objeto de control por las autoridades, ello comporta que cuando se evidencia la existencia

de un perjuicio como consecuencia de la misma, el Estado no puede tener la obligación de responder.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B
ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 13001-23-31-000-2005-01670-01(39798)

Actor: INEL CARIBE LTDA.

Demandado: NACIÓN-RAMA JUDICIAL

Referencia: REPARACIÓN DIRECTA

Tema: La responsabilidad del Estado por los errores judiciales contenidos en un laudo arbitral y la responsabilidad de los árbitros por el mismo concepto.

Aclaración de voto del magistrado Martín Bermúdez Muñoz

1.- Aunque estoy de acuerdo con la decisión adoptada en la providencia en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, no comparto las consideraciones expuestas para sostener que el Estado debe responder por los perjuicios que se causen a una parte por un <<*error judicial*>> contenido en un laudo arbitral.

2.- Advierto preliminarmente que en este caso, aunque el laudo fue objeto de recurso de anulación y de acción de tutela, los cuales fueron resueltos desfavorablemente por las autoridades jurisdiccionales competentes, las pretensiones de la demanda no se dirigieron contra tales decisiones; lo que se pretendía en la demanda era que el Estado respondiera por los perjuicios causados por un <<*error judicial*>> contenido en el laudo arbitral.

3.- En el fallo objeto de esta aclaración se concluye que el Estado debe responder por los perjuicios causados a los particulares por los laudos arbitrales de la misma forma como debe responder por los que se causen con las providencias proferidas por los jueces ordinarios; que la demanda debe dirigirse contra la Rama Judicial; que, en relación con su responsabilidad, los árbitros son <<*agentes estatales*>> y en su contra procede la acción de repetición prevista en la segunda parte del artículo 90 de la C.P. A partir de lo anterior se afirma en la sentencia de la que me aparto:

<<La Rama Judicial sí está legitimada formal y materialmente en la causa para responder por los posibles errores jurisdiccionales contenidos en laudos arbitrales (...).

<<[E]l término “agente estatal” no se reduce exclusivamente a los servidores públicos de que trata el artículo 123 constitucional, lo anterior en consideración de que desde un punto de vista constitucional, la actuación pública y el ejercicio de las funciones propias del Estado no se agota con la actividad de los empleados públicos, de los trabajadores oficiales o de los miembros de las corporaciones públicas sino que, con fundamento en los artículos 116, 123 y 210 y en desarrollos legales se involucran particulares como agentes estatales, para el ejercicio de funciones administrativas y, transitoriamente, inclusive de función pública como lo es la jurisdiccional, en la condición de conciliadores, árbitros y jueces de paz (...).

<<De otra parte, en el caso de que la Rama Judicial sea demandada dispone de la facultad de llamar en garantía a los árbitros, lo que resulta razonable, considerando que son ellos quienes conocieron, de primera mano, 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, si no se llamó en garantía y se reúnen los requisitos, repetir contra estos de conformidad con el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política y el artículo 2 de la Ley 678 de 2001, lo anterior dado que los árbitros se equiparan a “agentes estatales” para los efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 270 de 1996>>.

4.- La Sala fundamenta esta conclusión en lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 270 de 1996 conforme con el cual las disposiciones previstas en el capítulo VI del título III de la ley, relativas a la <<responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales>>, son aplicables <<a los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional>>

5.- Agrega que, toda vez que la administración de justicia es una función pública a cargo del Estado, no es admisible que los particulares no tengan el derecho a reclamar por los perjuicios que les genera el ejercicio de tal función, cuando ella es ejercida por los árbitros, en la misma forma que pueden hacerlo en relación con las providencias proferidas por los jueces ordinarios.

6.- Estimo que el artículo 74 de la Ley 270 de 1996, leído conjuntamente con el artículo 90 de la Constitución Política (C.P.) y con el condicionamiento introducido por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, no permite imputarle responsabilidad al Estado por las decisiones de los árbitros, porque éstos *no tienen la condición de agentes estatales*.

7.- Es indiscutible que la función jurisdiccional está a cargo del Estado; que la ley la califica de servicio público esencial; que los árbitros al proferir un laudo arbitral ejercen funciones jurisdiccionales; y que sus decisiones deben ser ejecutadas por los jueces de la República y son susceptibles del recurso de anulación y de la acción de tutela. Tales circunstancias no permiten deducir la responsabilidad del Estado por los perjuicios que causen los errores judiciales contenidos en los laudos arbitrales, porque los árbitros son elegidos por las partes y no tienen la condición de *agentes estatales*.

8.- El Estado debe responder por los daños antijurídicos causados por las decisiones de los jueces, porque se trata de daños que le son *imputables* debido a que los jueces son *agentes estatales* y causan el daño con ocasión al ejercicio de sus funciones. Los jueces son *agentes estatales* porque son *designados* por el Estado para que ejerzan tal función y es esta circunstancia la que lo hace responsable de los daños que causen, a la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la C.P. A diferencia de lo que ocurre con los jueces, los árbitros no son designados por el Estado: son designados por las partes, que delegan en ellos la función de administrar justicia en el caso objeto del pacto arbitral y derogan, para ese caso, la jurisdicción que por regla general ejercen las autoridades públicas.

9.- El derecho de acceso a la administración de justicia y su entendimiento como función pública o como servicio público esencial, no justifica que el Estado deba responder por el daño que ha sufrido un particular que voluntariamente ha decidido no acudir a la jurisdicción estatal para resolver un conflicto y ha designado, conjuntamente con su contraparte, a las personas que deben juzgarlo. Ese particular voluntariamente ha decidido derogar la jurisdicción del Estado para que resuelva su conflicto y no puede, luego de recibir una decisión que considera equivocada, reclamarle al Estado los perjuicios que ella le causó.

10.- El artículo 90 de la C.P. dispone que el Estado responde patrimonialmente por los daños antijurídicos *causados* por la acción de las autoridades públicas y que les sean *imputables*.

10.1.- Para que el Estado deba responder por un error judicial que genera perjuicios a una parte, (i) el causante del mismo (quien profiere la decisión) debe tener la condición de *autoridad pública* y (ii) el daño debe ser imputable al Estado.

10.2.- Para que el daño sea imputable al Estado basta acreditar que quien lo causa es un agente estatal y que lo causó con ocasión de sus funciones. La responsabilidad del Estado no se sujeta a la negligencia en la elección o en el control de su agente. Pero tal responsabilidad no puede deducirse cuando la designación del árbitro y la derogatoria de la jurisdicción ordinaria para el caso concreto ha sido realizada por la misma parte que reclama el perjuicio.

I.- El artículo 74 de la Ley 270 de 1996

11.- El artículo 74 de la Ley 270 de 1996, que forma parte del capítulo VI de la ley que se refiere a la *<<responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales>>*, dispone textualmente:

<<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>>.

12.- En la sentencia C-037 de 1996 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de esta disposición con base en las siguientes consideraciones:

<<Esta norma se limita a advertir que la responsabilidad por causas relacionadas con la administración de justicia se aplica a todos aquellos que en forma permanente o transitoria hagan parte de ella. Valga anotar que, en este último caso, se incluyen igualmente a las autoridades indígenas y a los jueces de paz, pues en el momento de dirimir con autoridad jurídica los conflictos de su competencia, ellos son realmente agentes del Estado que, como se vio, también están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley y, por tanto, también son susceptibles de cometer alguna de las conductas descritas en los artículos anteriores del presente proyecto de ley.

<<Con todo, debe puntualizarse que, habida cuenta las explicaciones dadas respecto de los artículos anteriores, el último inciso de la norma bajo examen no cobija a los magistrados que pertenecen a las altas cortes u órganos límite en los términos establecidos en esta providencia.

<<La disposición, bajo estas condiciones, será declarada exequible>>²⁰.

13.- Al examinar esta norma la Corte Constitucional reiteró lo previsto en el artículo 90 de la C.P. Para que proceda la responsabilidad del Estado, el daño por el que se pretende su responsabilidad debe haber sido causado por un *agente del Estado que en forma permanente o transitoria haga parte de la Administración de Justicia*. Los árbitros no son *agentes del Estado* ni forman parte de manera transitoria de la Administración de Justicia: son particulares designados por las partes para resolver un litigio concreto. El Estado permite que lo hagan y crea las condiciones para que este tipo justicia funcione; esto no lo hace responsable de los perjuicios que puedan causar con sus decisiones.

14.- La condición constitucional para que el Estado responda por un daño sufrido por un particular es que el causante del daño tenga la condición de *agente del Estado*. Y ni siquiera la interpretación textual del artículo 74 permite arribar a la conclusión de que el Estado debe responder por los perjuicios que causen los árbitros con sus providencias, por las siguientes razones:

14.1.- El artículo 74 de la Ley Estatutaria establece que las normas del capítulo VI se aplican a <<*todos los agentes del Estado*>> así como a los particulares que en forma transitoria o permanente <<*ejerzan o participen*>> del ejercicio de la función jurisdiccional.

14.2.- El capítulo VI se refiere a la <<*responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales*>> y, además de establecer los distintos tipos de responsabilidad del Estado <<*por la acción o la omisión de sus agentes judiciales*>>, particularmente se refiere a la acción de repetición en su contra.

14.3.- El artículo 65 de la ley señala que el Estado responde por <<los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión *de sus agentes judiciales*>>. El artículo 71 de reitera lo dispuesto en el artículo 90 de la C.P. y textualmente dispone: <<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>>.

15.- De las normas anteriores, que forman parte del capítulo VI, al que remite el artículo 74 para definir su ámbito de aplicación, debe inferirse que no basta con que los árbitros ejerzan transitoriamente la función jurisdiccional para que el Estado deba responder patrimonialmente por los daños que causen al proferir sus decisiones: la condición especial que prevé la ley para que el Estado deba responder es que el particular que ejerce transitoriamente funciones tenga la condición de *agente del Estado*.

16.- Determinados particulares ejercen transitoria y excepcionalmente funciones jurisdiccionales o participan de la función de administrar justicia, como los conjueces o los auxiliares de la justicia, que son designados por funcionarios estatales y por ende se consideran <<*agentes del Estado*>>. El Estado puede ser condenado por errores en sus decisiones o por daños causados en el ejercicio de 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*>>

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

17.- Los árbitros no son *agentes estatales* porque no son designados por el Estado. El artículo 116 de la C.P. autorizó a los particulares para que *ellos mismos* designen a otros particulares que resolverán determinada controversia en derecho o en equidad. Quienes hacen uso de esta facultad mediante la celebración de un pacto arbitral deciden *sustraer* la resolución de determinado conflicto del conocimiento de la jurisdicción estatal y voluntariamente acuerdan que sean otros particulares, designados por ellos mismos, quienes lo hagan. A la luz del artículo 90 de la C.P. no hay ninguna razón para *imputarle* al Estado los daños que sufran como consecuencia de una decisión que ellos mismos han adoptado.

18.- La interpretación que hace la Sala del artículo 74 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia no solamente es contraria al artículo 90 de la C.P., sino que tampoco se desprende de la lectura cuidadosa de su texto y del análisis conjunto con otras normas de esa ley, pues no es cierto, como lo afirma la sentencia, que el artículo 74 haya fijado en la Rama Judicial <<*el centro de imputación*>> por los daños causados por los árbitros, ni es cierto que les asigne a éstos la calidad de *agentes estatales*. Por el contrario, esa norma distingue entre <<*los agentes del Estado pertenecientes a la Rama Judicial*>> y <<*los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional*>>.

19.- El hecho de que el artículo 74 de la Ley 270 de 1996 establezca que las disposiciones de los artículos 65 a 73 aplican también a <<*los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional*>> no significa que la *imputación* por los daños que causen recaiga en la Rama Judicial. Esas normas establecen algunos *supuestos* en los cuales pueden causarse daños por el ejercicio de la función jurisdiccional, pero no derogan lo previsto por el artículo 90 de la C.P.

II.- El Estado no responde por el *ejercicio de una función o por la prestación de un servicio*. A la luz del artículo 90 de la C.P. responde por los perjuicios que causen los *agentes estatales*, cuando tales daños le sean imputables.

20.- Antes de la expedición de la C.P. la jurisprudencia fundaba la responsabilidad del Estado en la *falla del servicio* para entender que debía responder cuando el servicio prestado por éste <<*funcionó tardíamente, defectuosamente*>> o no funcionó. Con esa concepción y acogiendo la posición de la Corte conforme con la cual la responsabilidad de las personas jurídicas es directa, se concluía que bastaba demostrar lo anterior (la falla del servicio) para que el Estado tuviera que reparar los perjuicios causados a los particulares.

21.- Esta concepción, que sigue siendo aplicada por la jurisprudencia mayoritaria, desconoce lo dispuesto en el artículo 90 de la C.P., conforme con el cual el Estado (persona jurídica) responde por los daños causados por sus agentes cuando éstos obren en ejercicio de sus funciones y, por ende, tales daños le sean imputables.

22.- Esa equivocada concepción es la que conduce a deducir la responsabilidad del Estado por el ejercicio de una función o por la prestación de un servicio cuando, por la autorización de la C.P., es ejercida por los particulares. Superar la noción de responsabilidad del Estado derivada de la falla del servicio (que fue lo que hizo la Constitución de 1991 sin que la jurisprudencia lo haya advertido) implica considerar que cuando el Estado no es el *prestador del servicio* no debe responder por los daños que cause quien lo presta, salvo cuando el mismo Estado tenga la obligación de vigilarlo y no lo haya hecho.

El artículo 90 de la C.P. dispuso textualmente:

<<El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

<<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>>.

23.- A partir de esta norma:

23.1.- Es el Estado el que responde por las decisiones de los jueces cuando causan perjuicios con una decisión judicial; las partes ya no tienen la opción de dirigirse contra los jueces directamente como lo hacían antes de la entrada en vigencia del artículo 90 de la C.P.

23.2.- Una vez el Estado paga la condena, puede **repetir** contra su agente, siempre que demuestre que este obró con dolo o culpa grave.

24.- En vigencia del artículo 90 de la C.P., la responsabilidad del Estado no se funda en la adecuada o inadecuada prestación de los *servicios* a su cargo sino en la existencia de un daño antijurídico que haya sido *causado* por la acción o la omisión de un *agente* suyo.

25.- En cuanto al cambio que significó la C.P. de 1991 en la noción de *servicio público*, esta Corporación señaló:

<<El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción “francesa” de *servicio público*, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. *Nótese que la norma es clara en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación*>>²¹.

26.- En mi criterio, la Sala adopta una noción preconstitucional de las funciones del Estado y su responsabilidad cuando afirma que:

<<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, implica que ciertas funciones no son transferibles a los entes territoriales²² 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>>.

27.- La sentencia confunde la *autorización* que concede el Estado para que los particulares ejerzan en forma transitoria determinadas funciones jurisdiccionales

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de mayo de 2004. Radicación No. 50001-23-31-000-2003-00020-01(AP). M.P. Dra.: María Elena Giraldo Gómez.

²² <<“Este principio indica que las autonomías constitucionalmente reconocidas, no resquebrajan la unidad política del Estado ya que, carentes de potestades soberanas o propias de la soberanía estatal, los entes territoriales no disponen, entre otras, de función legislativa”. Corte Constitucional, sentencia C-119 de 2020. Dicha sentencia ahonda en las funciones que no pueden ser objeto de transferencia, al ser propias de la soberanía estatal: “La función jurisdiccional radica en la Nación y su funcionamiento debe ser desconcentrado (artículo 228 de la Constitución), mas no descentralizado. El manejo de las relaciones internacionales es una función radicada exclusivamente en el Presidente de la República (artículo 182, n. 2 de la Constitución). La política monetaria, incluido el acuño de la moneda, es una función exclusiva del Banco de la República (artículo 371 de la Constitución)”>> (cita incluida en el texto original).

con el hecho de que éstos actúen *en su nombre*. La prestación del servicio público de administración de justicia no es lo que determina si el Estado, representado por la Rama Judicial, debe responder por los daños que se causen en su ejercicio, porque así no lo prevé el artículo 90 de la C.P. Entenderlo así implica desconocer el fundamento de la responsabilidad estatal previsto en la Constitución y volver a una concepción del Estado en la que, con independencia de si sus agentes participaron en la causación del daño, responde por una falla *abstracta e impersonal*, en la que ni siquiera intervino.

III.- Considerar que el Estado debe responder por los perjuicios que los árbitros causen con sus decisiones y equipararla con la jurisdicción indígena, implica desconocer el carácter voluntario de la jurisdicción arbitral.

28.- En la providencia objeto de esta aclaración se argumenta que, al igual que sucede con la jurisdicción indígena o los jueces de paz, los árbitros <<se equiparan a agentes judiciales, pues, por autorización de la Constitución y de la ley ejercen función jurisdiccional en nombre y representación del Estado>>. Tal consideración es utilizada por la Sala para extender a este caso los fundamentos de otras providencias en las que esta Corporación ha considerado que la Rama Judicial responde por los errores cometidos por las autoridades indígenas investidas de jurisdicción²³.

29.- Este argumento no solo desatiende la diversidad que existe entre los fundamentos constitucionales de la jurisdicción especial indígena y del arbitraje, sino que desconoce el principio de voluntariedad que rige este último y lo distingue de las otras formas de justicia reconocidas por el Estado.

30.- Las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales no son designadas por las <<partes en el conflicto para que lo resuelvan>>, como ocurre en el pacto arbitral. Son autoridades elegidas conforme con las reglas de los grupos indígenas correspondientes y tales autoridades son estimadas por la C.P. como *autoridades públicas*. Además, las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales no son habilitadas para resolver una controversia concreta por la decisión de las partes, sino que, por el contrario, su competencia es determinada por la presencia de los factores de aplicación del fuero indígena (personal, territorial, institucional y objetivo).

31.- Así mismo, debe tenerse en cuenta que para la época en la que ocurrieron los hechos que dieron lugar a las sentencias en las que esta Corporación atribuyó responsabilidad a la Rama Judicial por la conducta de las autoridades indígenas en ejercicio de la función jurisdiccional, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia contemplaba a la jurisdicción indígena como parte de la Rama Judicial, con el aval de la Corte Constitucional²⁴. A pesar de que la Corte luego modificó su jurisprudencia y estableció que la jurisdicción indígena es independiente de la Rama Judicial²⁵, no se puede desconocer que el fundamento normativo vigente para la época de expedición de las sentencias que se citan como precedente determinaba una diferencia sustancial con el supuesto al que ahora se quieren aplicar.

IV.- El carácter voluntario de la jurisdicción arbitral.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencias del 27 de noviembre de 2017, exp 37815, M.P. Dr.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Subsección C) y 14 de marzo de 2018, exp 2011-0606 (AG), M.P. Dra.: Marta Nubia Velásquez Rico (Subsección A).

²⁴ Texto original del artículo 11 de la Ley 270 de 1996: <<La Rama Judicial del Poder Público está constituida por: (...) e. De la Jurisdicción de las Comunidades Indígenas: Autoridades de los territorios indígenas>>. En la sentencia C-037 de 1996 la Corte declaró exequible esta norma, sobre la que señaló que <<los literales d) y e) se avienen a lo contemplado en el Título VIII de la Constitución y, en especial, a los artículos 246 y 247 superiores>>.

²⁵ En la sentencia C-713 de 2008 la Corte señaló que <<las autoridades indígenas no pertenecen a la estructura orgánica de la Rama Judicial del poder público, como en repetidas oportunidades lo ha puesto de presente la jurisprudencia de esta Corporación>> y declaró la inexequibilidad del artículo 3º, literal e) del numeral I, del proyecto de ley estatutaria que culminó en la Ley 1285 de 2009.

32.- El inciso 4º del artículo 116 de la C.P. autorizó a las partes para investir a los árbitros con la facultad de administrar justicia, así:

<<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>>.

33.- En desarrollo de esta disposición constitucional, el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, vigente para la época de los hechos, definió el arbitraje como <<un mecanismo por medio del cual *las partes* involucradas en un conflicto de carácter transigible, *defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia*, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral>>.

34.- Así mismo, el artículo 117 de ese estatuto señaló que <<por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, *renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces*>>. Estas normas fueron reproducidas en lo esencial por la Ley 1563 de 2012.

35.- El arbitraje se rige por el principio de voluntariedad o de libre habilitación, de acuerdo con el cual se requiere el acuerdo de las partes para que los árbitros sean investidos de la facultad de administrar justicia y son ellas quienes libremente acuerdan renunciar a la posibilidad de acudir ante los jueces para resolver su controversia. En palabras de la Corte Constitucional:

<<El artículo 116 de la Constitución Política define el arbitramento con base en el acuerdo de las partes, que proporciona su punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un conflicto concreto. *En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares. En otras palabras, el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas, la habilitación voluntaria de los árbitros es, por lo tanto, un requisito constitucional imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias.* También ha señalado que la justificación constitucional de esta figura 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. *La voluntad de las partes se manifiesta en diferentes aspectos del sistema arbitral, por medio de su acuerdo, deciden libremente que no acudirán a la justicia del Estado para resolver sus diferendos, establecen cuáles controversias someterán al arbitraje, determinan las características del tribunal, designan los árbitros e incluso fijan el procedimiento arbitral a seguir dentro del marco general trazado por la ley.* La voluntad de las partes es, así, un elemento medular del sistema de arbitramento diseñado en nuestro ordenamiento jurídico, y se proyecta en la estabilidad de la decisión que adoptará el tribunal arbitral. Más aún, como consecuencia del acuerdo de voluntades reflejado en el pacto arbitral, las partes aceptan por anticipado que se sujetarán a lo decidido por el tribunal de arbitramento>>²⁶.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2012. M.P.: Dr. Humberto Sierra Porto.

36.- Las consideraciones que se hacen en la sentencia objeto de esta aclaración, de acuerdo con las cuales la autorización constitucional del arbitraje prevista en el artículo 116 de la Carta no significa en modo alguno <<predicar la existencia de una "justicia privada">>, y aquellas en las que se afirma que la administración de justicia es una <<función soberana e intransferible>>, para deducir de allí que <<la responsabilidad por su ejercicio es de la Nación, titular indefectible de la misma>>, son a mi juicio equivocadas.

37.- Se lee textualmente en el fallo del que me aparto:

<<En tal virtud, de afirmarse que los árbitros, en el ejercicio de la función pública jurisdiccional, no son agentes del Estado, sino que actúan en su propio nombre, se llegaría a la inaceptable conclusión de que, en el Estado constitucional colombiano, existen entes privados que disputan la soberanía estatal y que, por lo tanto, ejercen la función jurisdiccional en nombre propio, razón por la cual, el Estado no sería patrimonialmente responsable por los daños que se puedan causar con la actividad jurisdiccional de dichos particulares. De esta manera, no sólo se impactaría gravemente el pilar de juridicidad del Estado de Derecho, sino directamente el pilar de responsabilidad, que complementa inevitablemente el sometimiento de las funciones públicas al Derecho>>.

38.- Nuestra 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 las decisiones que estos profieren, protege el derecho fundamental al debido proceso de los particulares previendo el recurso de anulación contra sus decisiones (que al igual que las decisiones de los jueces son susceptibles de acción de tutela) y garantiza que ellas sean ejecutadas por las autoridades jurisdiccionales del Estado.

39.- Deducir que en este esquema el Estado debe responder por los daños que se ocasionen con la <<decisión del caso>> que profieran los árbitros cuando se estime que ella contiene un error judicial, implica desconocer que los particulares voluntariamente decidieron que tal decisión no fuera adoptada por los jueces designados por el Estado; prefirieron designar ellos mismos a uno o tres particulares porque consideraron que ellos eran idóneos para hacerlo; porque estimaron que estos árbitros podían resolver el caso específico sometido a su decisión de manera más expedita y contando con conocimientos más especializados. Esas son las razones por las que para decidir su caso concreto prefirieron renunciar al servicio de justicia del Estado y acudir a una justicia <<privada o particular>>, en la que ellos mismos designan sus jueces.

40.- El <<pilar de la juridicidad del Estado de derecho>> no se afecta por admitir la posibilidad de derogar la jurisdicción del Estado y por someter la resolución de un conflicto (transigible y disponible por los particulares) a una justicia particular o privada. Y ese argumento no puede servir para sostener que el Estado responde por los daños que pueden generarse en las decisiones que se adoptan en el marco de tal justicia.

41.- La doctrina extranjera hace mucho tiempo no tiene reparo en considerar que <<el arbitraje es una justicia privada de origen convencional>> y que <<el laudo arbitral es la obra de un juez que las partes se han dado>>. Estar de acuerdo con lo anterior no impide considerar que el árbitro sea un juez y que sus decisiones puedan asimilarse a la decisión de un juez estatal; sin embargo, ello no quiere decir que los árbitros pertenezcan a la administración de justicia, ni que el Estado deba responder por daños que causen con los errores judiciales en que incurran al decidir el proceso.

<<Si los partidarios de la tesis jurisdiccional optan todavía por la noción de “función pública transitoria”, es casi unánimemente admitido hoy en día que la marca distintiva del arbitraje es ser una justicia privada... Los árbitros son particulares a los cuales el ordenamiento jurídico les permite ejercer una función que, en principio, está reservada al Estado. Si la evolución de la justicia en el curso de las distintas épocas de la humanidad ha consistido en transferir al poder público las actividades que se ejercían antes de una manera desorganizada y que han conocido posteriormente las vicisitudes a las que antes se ha hecho mención, la institución del arbitraje constituye justamente una derogación importante a esta prerrogativa estatal. La antigüedad de esta institución y su desarrollo muestran que la existencia de una justicia privada es percibida como una necesidad por la conciencia colectiva (...)

<<En el estado actual de la reglamentación normativa, puede hablarse, como eminentes juristas lo hacen, de la existencia de “dos justicias”: Aquella que corresponde al Estado y aquella que corresponde a los árbitros, siendo claramente entendido que el órgano de la justicia arbitral es un juez privado...>>. <<Desde cuando el derecho positivo le confiere a un particular el poder de estatuir sobre una pretensión jurídica, nos encontramos en presencia de un acto jurisdiccional; el árbitro, respondiendo en todos los puntos a esta definición, cumple tales actos desde un punto de vista material (en cuanto a la solución del caso) formal (en cuanto al procedimiento) y orgánico (en cuanto a la habilitación legal); es juez, como lo es el magistrado. Pero él es *juez privado*. Así, la diferencia no reside en la estructura del acto, sino únicamente en elementos que son externos al mismo. La habilitación del juez privado no puede asimilarse a aquella de la cual beneficia o tiene el juez público.

<<La función jurisdiccional tiene un alcance o una naturaleza muy distinta para el juez público que para el juez privado; puede expresarse esta diferencia diciendo que el juez público es beneficiario de una investidura subjetiva, mientras la del juez arbitral es, de cierta manera, objetiva porque está limitada a una misión determinada. En efecto, convertirse en juez público o tener tal condición, es adquirir una calidad inherente a la persona: él es, a partir de ese momento *magistrado* y solo un problema de *competencia* puede plantearse frente a su condición, para resolver determinado asunto. El juez privado no es titular de una tal condición personal. Él no está revestido de la dignidad jurisdiccional, que en tanto que su función solo se refiere a resolver el litigio para el cual fue designado: él no se convierte *por un tiempo* en magistrado, sino que sigue siendo un particular. Las condiciones de la responsabilidad del árbitro pueden ser estructuradas de manera más simple que las condiciones de responsabilidad del juez público.

<<El arbitramento deduce su fuerza de la voluntad de las partes. Es precisamente para darle a la convención ese poder de crear una verdadera jurisdicción que el derecho autoriza y debe autorizar el arbitramento. El factor convencional se manifiesta bajo dos formas: la escogencia de la jurisdicción arbitral de preferencia a los tribunales del Estado, y en la escogencia de las personas llamadas a resolver un diferendo. La base racional del arbitramento es una escogencia dictada por la confianza (...)

<<El compromiso de arbitraje por el cual las partes *crean* la jurisdicción de los árbitros es indudablemente un contrato; y los árbitros son también indudablemente particulares y no son magistrados. Es allí donde está lo esencial del problema. Es necesario distinguir la *fuerza* de la función: es por un contrato que las partes se dan un juez; una vez lo han nombrado, está llamado a obrar como lo haría un magistrado. Ciertamente su origen privado repercute sobre sus poderes: su decisión puede ser objeto de recurso de anulación lo que no impide considerarla como una sentencia o más exactamente como un *acto jurisdiccional*>>²⁷.

²⁷ Cfr. Henri Motulsky, <<Écrits, études et notes sur l'arbitrage>>, Dalloz 1974, p. 5 y s.s.

V.- No puede sostenerse que el Estado debe responder por las decisiones de los árbitros porque éstos no pueden ser demandados directamente.

42.- En la sentencia de la cual me aparto se afirma textualmente:

<<De aceptarse que los árbitros no son agentes estatales, sino que actúan en nombre propio no habría cómo reclamar, predicar o deducir responsabilidad de aquellos porque, se insiste, la administración de justicia, como función pública, es una sola a cargo del Estado y, en ese contexto, la actuación desplegada por los árbitros no constituye una función de naturaleza privada, sino pública, en nombre del Estado.

<<Adicionalmente, la norma que permitía reclamar responsabilidad directa del funcionario judicial fue subrogada por la Ley 270 de 1996 y posteriormente derogada por la Ley 1564 de 2012-CGP.

<<(…) Se trataba de una norma preconstitucional que, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, sufrió de inconstitucionalidad sobreviniente por reñir con el artículo 90 superior, norma que establece una expresa y clara responsabilidad institucional del Estado frente a las víctimas y, por otra parte, una responsabilidad personal de los agentes pero, respecto de la entidad pública demandada a través de la denominada acción de repetición en los términos previstos en el inciso segundo de ese canon constitucional y reiterado en el artículo 71 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia de 1996, toda vez que la jurisprudencia de esta Corporación reconoce expresamente que con la expedición de la Ley 270 de 1996 la responsabilidad del funcionario o agente judicial no puede reclamarse de manera directa so pena de contrariar el mandato contenido en el artículo 90 de la Carta.

<<(…) Ahora bien, en apariencia podría pensarse que contra el Estado no se podría ejercer la acción de reparación directa por los daños causados por la actividad arbitral ya que, de conformidad con el inciso primero del artículo 104 del CPACA la jurisdicción de lo contencioso administrativo únicamente conoce de litigios y controversias derivados de hechos, omisiones, operaciones, actos y contratos en los que estén involucradas entidades públicas o particulares que ejercen función administrativa, mas no jurisdiccional, por lo que, en principio, debería ser un asunto de competencia de la jurisdicción ordinaria. Ello desconocería que, como quedó explicado, la responsabilidad por los daños causados por los agentes del Estado no compromete su responsabilidad personal frente a las víctimas sino, la responsabilidad institucional del órgano estatal titular de la función que, en su nombre, ejercen los particulares.

<<En otras palabras, la jurisdicción civil ordinaria no tendría competencia para conocer de los litigios y controversias en su contra de los árbitros en virtud de la subrogación y posterior derogatoria del artículo 40 del otrora CPC lo cual haría nugatoria cualquier posibilidad de reclamar y obtener responsabilidad patrimonial por la actividad de los árbitros; de ahí que sea posible sostener que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer de las demandas de responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional, independientemente de si es ejercida por la Rama Judicial, por la Rama Ejecutiva, por la Rama Legislativa, por órganos autónomos con funciones jurisdiccionales o por los particulares, en este último evento como por ejemplo a través de los árbitros y de las autoridades de los territorios indígenas quienes, en este último evento, inclusive imparten justicia ni siquiera con base en la legislación ordinaria del Estado sino con apoyo en sus propios usos y costumbres, pero, en todas estas hipótesis, indefectiblemente, en nombre y representación de la organización estatal de conformidad con lo preceptuado en el artículo 116 constitucional>> (se resalta).

43.- La responsabilidad del Estado y de los jueces puede ser regulada de diversas maneras por la legislación. Bajo la vigencia del artículo 40 del C.P.C. los jueces respondían directamente a las partes por los perjuicios que les causaran cuando procedieran <<*con dolo, fraude o abuso de autoridad, omitieran o retardaran injustificadamente una providencia, y cuando obraran con error inexcusable*>>. A partir de la C.P. de 1991, los particulares solo pueden demandar al Estado y éste debe repetir contra el juez (agente estatal) cuando haya obrado con dolo o culpa grave. Esta modificación normativa, en la cual es el Estado el que responde directamente ante los particulares, desarrolla una *limitación procesal* de la responsabilidad de los agentes estatales a la cual se suma una *limitación sustancial* conforme con la cual éstos solo responden cuando obren con dolo o culpa grave.

44.- Tal regulación no es aplicable a los árbitros porque no son agentes estatales y no están sujetos a la regulación particular de la responsabilidad que rige para ellos. Es indiscutible que la responsabilidad por una decisión arbitral tiene características particulares; para establecerla es necesario determinar cuándo un particular, que cumple una obligación derivada de un acuerdo de las partes que lo designaron, la desconoce e incurre en una culpa que le genera la obligación de reparar. Sin embargo, no puede afirmarse que no existe una acción judicial mediante la cual ella pueda reclamarse y que por tal razón resulta forzoso concluir que, cuando se reclamen perjuicios derivados de un error contenido en un laudo arbitral, la acción deba formularse ante la jurisdicción contenciosa, deba dirigirse contra el Estado representado por la Rama Judicial, y que sea dicha entidad la que esté legitimada para llamar en garantía a los árbitros o adelantar la acción de repetición en su contra.

45.- 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 directamente en caso de que les causen daños. De consolidarse la tesis de la Subsección según la cual los particulares no pueden demandar directamente a los árbitros por los daños que causen, el Estado, y particularmente la Rama Judicial, terminaría actuando como *garante* de una actividad privada, por un daño causado por personas que no designó.

46.- Vale la pena resaltar, por último, que el simple hecho de que el Estado permita y habilite la existencia de la justicia arbitral tampoco conduce a endilgarle responsabilidad por las decisiones de los árbitros, a título de omisión en la vigilancia o control. Los particulares tienen absoluta libertad en escogerlos y el Estado no tiene ningún control sobre el fondo de sus decisiones: por el contrario, lo que debe garantizar es que, en relación con ese aspecto de la determinación, las autoridades judiciales del Estado no tengan ningún tipo de injerencia. Si la decisión del fondo de un litigio por parte de los árbitros no debe ser objeto de control por las autoridades, ello comporta que cuando se evidencia la existencia de un perjuicio como consecuencia de la misma, el Estado no puede tener la obligación de responder.

Fecha *ut supra*,

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

