

## Opinión

### **ERROR CONCEPTUAL DEL CONSEJO DE ESTADO DERIVADO DEL ORIGINARIO ERROR DEL CONSTITUYENTE EN INCLUIR EL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, QUE CONDUCE A DECLARAR RESPONSABILIDAD ESTATAL POR LA FUNCION ARBITRAL.**

Con la Sección Tercera del Consejo de Estado por medio de la Sentencia 13001233100020050167001 (39798) del 11 de octubre de 2021, se perpetua el error consecucional que cometió el Constituyente de 1991 en haber incluido el arbitraje en el artículo 116 de la Constitución Política, que interpretado muy autóctonamente, ha conducido a afirmar que los árbitros tienen jurisdicción y administran justicia un nombre del Estado, lo cual es un grave error conceptual, porque los árbitros no tienen ni jurisdicción ni competencia en el sentido procesal, independientemente de que la Constitución Política así lo indique, porque las categorías o instituciones jurídicas en su esencia y naturaleza jurídica no dependen de lo que exprese la Constitución Política. La decisión del Consejo de Estado es equivocada en su esencia, pero es perfectamente correcta en armonía con el error contenido en el artículo 116 de la Constitución Política de considerar el arbitraje un instrumento judicial, y especialmente al asimilar el arbitro con el juez. Es decir, si es válida la afirmación de que los arbitro tienen jurisdicción, es correcta la decisión del Consejo de Estado en el sentido de que existe Responsabilidad Estatal por actuación de los árbitros.

Analizando la situación en un contexto internacional la gran mayoría de las constituciones políticas no expresan nada en relación con el arbitraje doméstico y mucho menos equiparándolo con la función judicial, como si sucede en la colombiana, sin que ello signifique, que el arbitraje no tenga eficacia, validez, y en general existencia en los países, se repite la mayor parte, en donde no esta incluido el arbitraje en sus constituciones políticas, y por tanto en la mayor parte del mundo no existe asimilación entre la función de los jueces y la función arbitral, concluyéndose que los árbitros carecen de jurisdicción en el contexto internacional, porque el arbitraje es una función privada, el arbitraje es justicia privada en el sentido positivo del adjetivo.

El árbitro no tiene jurisdicción porque no se cumplen con los presupuestos de la naturaleza jurídica de la jurisdicción, como las características de Generalidad, Exclusividad, Permanencia y Ser Presupuesto Procesal; así tampoco sus principios, como son la Territorialidad, la Invocabilidad, la Gratuidad y la Publicidad.

El arbitro no ejerce jurisdicción porque al arbitraje se lo puede presentar como un tránsito de la solución contractual a la judicial del litigio; un subrogado, un sustitutivo de la jurisdicción, un procedimiento parajudicial, por tanto, se expresa que el arbitraje implica una renuncia a la jurisdicción por los particulares, porque propiamente los arbitro carecen de jurisdicción. El arbitraje como un asunto exclusivamente privado, no otorga en ningún momento carácter público al árbitro ni a los actos de éste. El arbitraje existe y recibe su legitimidad en razón del principio de habilitación de las partes y no por el poder soberano autónomo e independiente, porque si así fuese no sería necesario el elemento inexorable de la habilitación de las partes. El principio de habilitación de las partes es contradictorio con el concepto de jurisdicción.

Los árbitros tampoco tienen o ejercen competencia en el sentido procesal, porque se entiende por competencia la forma como se distribuyen los asuntos atribuidos a los jueces de una misma especialidad, para tal efecto consagran las normas procesales un conjunto de reglas que tienen por finalidad explicitar parámetros de cómo debe efectuarse aquella colocación; así según la ley y la doctrina para atribuirla a los jueces el legislador instituyó los denominados “Factores de Competencia” a saber: objetivo, subjetivo, territorial, conexión y función.