

## **El trato diferenciado del Estado en el proceso arbitral**

*Oscar Julián Valencia Loaiza<sup>1</sup>*

### **Resumen**

El arbitraje se ha convertido en uno de los mecanismos procedentes y útiles para que las entidades públicas resuelvan las diferencias suscitadas con ocasión de sus relaciones contractuales. Para los arbitrajes en que comparece el Estado en calidad de parte se ha previsto una serie de condiciones o medidas que modulan el proceso arbitral en comparación con aquél al que solo acuden sujetos privados, circunstancias especiales que denotan un trato diferenciado que se ha justificado en el interés general que es inherente al actuar público del Estado. Estas medidas comprometen el principio de igualdad procesal, pero, se consideran razonables y necesarias y, por tanto, legítimas y válidas al amparo del mencionado interés general que hace del Estado un sujeto especial.

**Palabras clave:** Arbitraje, Estado, entidad pública, interés general, igualdad procesal, trato diferenciado

### **Abstract**

Arbitration has become an useful and applicable alternative dispute resolution method for solving State contractual disputes. Unlike arbitrations involving private parties, different conditions or measures have been determined in order to modulate the arbitration procedures in which the State is party, because special circumstances have justified a different treatment

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia), con especialización en derecho administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia) y especialización en derecho probatorio de la Universidad Sergio Arboleda, correo electrónico: [oscarjulian@valencialoiza.com](mailto:oscarjulian@valencialoiza.com) - Trabajo para optar al título de Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá, Colombia), bajo la tutoría del doctor Enrique Gil Botero, correo electrónico: [enriquegilbl@gmail.com](mailto:enriquegilbl@gmail.com)

for the States, based on the public interest that is inherent to the State action. These measures, whether they can infringe the equality of the parties principle, they are necessary and proportional, therefore, they are legitimate on the basis of public interest, that's why the State is a special party on arbitration procedure.

**Key words:** Arbitration, State, public entity, general interest, procedural equality, differential treatment

## **I. Introducción**

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política (1991) puede indicarse hoy día que, tanto los particulares como el Estado mismo, están habilitados jurídicamente para recurrir al arbitraje y confiar a los árbitros la resolución definitiva de sus controversias, prescindiéndose del aparato judicial tradicional y de las acciones o medios de control cuya regulación se prevé para adelantar los habituales procesos judiciales.

Es clara la posibilidad que denota esta habilitación constitucional para que las entidades de naturaleza estatal puedan celebrar pactos arbitrales y someter sus diferencias al conocimiento y decisión de los árbitros, frente a lo cual debe advertirse que la sola presencia de una entidad de este tipo en el marco de un arbitraje nacional o doméstico da lugar a la modulación del proceso en razón de la aplicación de ciertas disposiciones, etapas o trámites especiales que se han previsto solo en estos casos y que resultan diferentes en comparación con el arbitraje cuando las partes en conflicto son solo particulares o su naturaleza es privada.

Esta premisa introductoria lleva a estudiar lo concerniente al fundamento o justificación del referido trato diferenciado en el arbitraje, sobre lo cual vale anticipar que, el debate relacionado con este aspecto ha girado en torno a exponer y argumentar que el fin último o inherente del actuar del Estado no es otro que la satisfacción de intereses generales y, por ende, sus asuntos merecen distinciones especiales de trato con tal propósito, incluso, cuando

las entidades comparecen como sujeto legitimado en el marco de un proceso de naturaleza jurisdiccional.

Tras revisar las medidas de trato diferencial en comento, habrá de considerarse si las mismas se acompañan con el interés general que pretenden satisfacer, prestando especial atención a esclarecer si estas especiales condiciones alteran o no la aplicación del principio de igualdad procesal o igualdad de armas en el trámite arbitral. Las distintas cuestiones planteadas se analizarán conforme a la normatividad vigente y aplicable al arbitraje nacional, destacándose, en todo caso, los importantes aportes expuestos al respecto por la doctrina especializada en la materia y por la jurisprudencia expedida en relación con estos asuntos.

## II. El Estado como sujeto procesal en el arbitraje doméstico

A diferencia de lo sucedido en otros ordenamientos jurídicos en que no es clara y aún se discute la viabilidad de que el Estado pueda resolver sus controversias mediante el mecanismo alternativo del arbitraje -el caso del derecho español es uno de ellos<sup>2</sup>-, en Colombia es posible colegir sin asomo de duda y de manera general que las entidades públicas sí están habilitadas o son sujetos legitimados para acudir al arbitraje nacional, previa celebración del pacto arbitral correspondiente.

---

<sup>2</sup> En este sentido, Ballesteros Panizo (2017) indicó en cuanto al arbitraje público en España, lo siguiente: *La viabilidad jurídica y constitucional del arbitraje de Derecho público en el sistema jurídico español fue advertida hace años por el legislador. Si bien es cierto que la normatividad arbitral preconstitucional (Ley de Arbitraje de 1953) descartaba de forma radical cualquier posibilidad de hacer extensible el arbitraje a las relaciones de Derecho público, la normatividad actual ha dejado intencionalmente abierta la puerta a dicha posibilidad. Ya, a propósito de la Ley de Arbitraje de 1988, se plantearon dos enmiendas en el debate parlamentario del Proyecto de Ley, que defendían la inclusión en el ámbito de aplicación objetivo de la Ley de los contratos del Estado, mediante la introducción de la terminología 'pública o privada' la previsión de un tribunal arbitral específico para el conocimiento de las controversias administrativas. Parecía razonable que aquellas controversias jurídico-públicas que pudieran resolverse mediante arbitraje y siempre que esa fuera la voluntad de las partes o, al menos, la del administrado, se solucionaran por ese cauce. A pesar de que las enmiendas no prosperaron, estas propiciaron que quedaran cuestionados los obstáculos legales y doctrinales que hasta entonces se habían alzado en contra de la arbitrabilidad de las contiendas de carácter administrativo, o al menos las relativas a los contratos del sector público. Sea como fuere, el cambio que sí se produjo fue el relativo a la denominación de la Ley, que pasó de llamarse Ley por la que se regulan los Arbitrajes de Derecho Privado (1953), a llamarse sencillamente Ley de Arbitraje, detalle de enorme trascendencia, al dejar abierta las posibilidades de aplicación de la Ley a cuestiones donde el Derecho a aplicar no fuera estrictamente privado.* (Ballesteros Panizo, 2017, p. 95)

En efecto, refiriéndose al condicionamiento de arbitrabilidad subjetiva que debe validarse siempre que se acude al arbitraje, la Corte Constitucional (2000) ha indicado que:

... el Estado, al igual que los particulares, puede someter las divergencias surgidas con ocasión de un contrato donde es parte, a la decisión de terceros investidos de la facultad de dirimir definitivamente la controversia, sin que con ello se considere vulnerado el interés público que los contratos estatales implícitamente ostentan, o se discuta la facultad de la administración para transigir, tal como aconteció hasta no hace pocos años. (Corte Constitucional, C-1436, 2000)

Fue directamente la Constitución Política (1991)<sup>3</sup> el instrumento normativo que autorizó a las partes envueltas en una controversia actual o eventual, sean sujetos privados o entidades públicas, para renunciar voluntariamente al sistema tradicional de justicia o excluir el sometimiento de sus diferencias al conocimiento de la jurisdicción estatal, mediante la habilitación transitoria conferida a terceros particulares investidos de la función de administrar justicia, en condición de árbitros, quienes resolverán de manera definitiva el conflicto correspondiente con la expedición de un laudo arbitral que en dicho marco alternativo o como ‘equivalente jurisdiccional’ hace las veces de sentencia y tiene efectos de cosa juzgada.

## **1. El arbitraje en que es parte una entidad del Estado es mayormente reglado por el legislador**

---

<sup>3</sup> *La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.*

*El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.*

*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. (Const., 1991, art. 116)*

El citado artículo 116 Constitucional fijó una condición expresa tendiente a ordenar que lo referido al arbitraje -su acuerdo, implementación y trámite- habrá de atender los términos que al respecto prevea la ley<sup>4</sup>. Con el propósito de conservar la orientación, los principios y valores que inspiran la Carta Superior (Corte Constitucional, C-1436, 2000), se dejó en cabeza del legislador el diseño normativo del arbitraje, tarea compleja si se tiene en cuenta la tensión natural que al respecto surge cuando se trata de regular un mecanismo alternativo de solución de conflictos que, precisamente, encuentra como sustento o fundamento primigenio la libertad o el ejercicio de la voluntad.

La Corte Constitucional (2008) advirtió esta situación y enfatizó en la necesidad de conciliar el principio de voluntariedad que es inherente al arbitraje con la potestad dada al legislador para regular la materia. Destacándose sobre el particular que un aspecto no puede resultar anulado o excluido por el otro, la Alta Corte indicó:

*El principio de voluntariedad constituye así una de las características propias del arbitraje, de modo que las partes deben*

---

<sup>4</sup> Resulta ilustrativo al respecto lo señalado por la Corte Constitucional (1999) sobre la reserva legal prevista en la Constitución Política (1991), aspecto frente al cual indicó: *Corresponde al Congreso de la República en ejercicio de la potestad legislativa de que es titular, según el artículo 150 Superior, crear el marco jurídico regulador de los mecanismos alternativos de solución de los conflictos jurídicos dentro de los límites y márgenes que establece el ordenamiento constitucional.*

*Lo anterior, implica un adecuado, prudente y razonable diseño normativo, que patrocine un esquema para la resolución pacífica y negociada de los conflictos jurídicos, en virtud del cual se logre descongestionar los despachos judiciales, se permita alcanzar un uso racional, eficaz y eficiente del aparato judicial, y se cambie la cultura del litigio. Dicho esquema, no puede significar en modo alguno la sustitución total de la jurisdicción del Estado ni la renuncia de éste a dispensar la tutela judicial efectiva que se requiere para hacer efectiva la igualdad en los términos de los incisos 2º y 3º del art. 13 de la Constitución.*

*Además, los mecanismos que se arbitren deben ser portadores de seguridad jurídica, hasta el punto que tengan la virtud de resolver en forma definitiva el conflicto y que no se pueda acudir luego a la vía judicial salvo cuando la solución de éste sea parcial. Ello implica, por consiguiente, que las actuaciones de los árbitros o de los conciliadores, así como las respectivas decisiones, sean equiparables en cuanto sus efectos a los de una sentencia judicial.*

*La facultad del legislador para establecer los contenidos y procedimientos propios de los mecanismos alternativos no implica renuncia o rompimiento de la unidad de la jurisdicción, ni delegación de la función de administrar justicia sino, una opción que se le ofrece al propio Estado y a los integrantes de la comunidad, para que puedan escoger entre la solución negociada del conflicto o la vía judicial. (Corte Constitucional, C-160, 1999)*

*tener la posibilidad de acogerse o no al mismo y de fijar las reglas procesales a las cuales someterán el trámite para solucionar su controversia. Sin embargo, este principio no llega al extremo de anular la potestad de regulación del Legislador, lo cual se explica si se tiene en cuenta que otra de las características del arbitraje es su naturaleza como institución de orden procesal. Se hace necesario entonces conciliar la libre disposición procesal de las partes y la facultad de regulación del Legislador, pues el principio de voluntariedad no excluye la potestad normativa del Congreso.*  
(Corte Constitucional, C-713, 2008)

El hecho de preverse que el arbitraje debe atender las condiciones previstas por el legislador implica, *per se*, que no es absoluta la libertad de las partes ni la autonomía de su voluntad cuando convienen en detraer de la jurisdicción del Estado el conocimiento y resolución de sus desavenencias y, en cambio, acuerdan someter sus diferencias a la decisión definitiva de los árbitros<sup>5</sup>.

En efecto, sin perder de vista que el principio de voluntariedad habilita a las partes en conflicto para que, de mutuo acuerdo, puedan suscribir un pacto arbitral y, además, prever unas reglas de procedimiento que regirán el trámite del arbitramento, debe considerarse que el ejercicio de tales facultades está sujeto en todo caso a las respectivas condiciones fijadas en la ley y que, al ser normas procesales, son de orden público (Ley 1563, 2012, art. 13). Según la Corte Constitucional (Corte Constitucional, C-947, 2017), tratándose del arbitraje, le corresponde al legislador establecer (i) lo referido a los asuntos y a la manera en que los

---

<sup>5</sup> En este sentido, Esplugues Barona (2018) explica que: *De la institución del arbitraje debemos destacar el principio de autonomía de la voluntad, que no es sino la manifestación del ejercicio de la libertad de éstas de decidir detraer el conocimiento de sus litigios de los tribunales y someterlos a arbitraje. El arbitraje se asienta así sobre el principio de autonomía de la voluntad reflejada en el convenio arbitral que cumple la doble función de base y límite del arbitraje. Y esa declaración de libertad no es absoluta, como lo muestra la existencia de unos límites -ciertamente mínimos- establecidos legalmente. Conviene señalar además que esta autonomía de la voluntad no es absoluta tampoco en cuanto a su objeto, en la medida en que viene limitada, al menos en el arbitraje interno, a aquellas 'controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho', tal como explicita el artículo 2.1 LA.* (Esplugues Barona, 2018, p. 150)

árbitros administrarán justicia; (ii) los términos y límites del arbitraje y (iii) lo atinente a las funciones y facultades de los árbitros en su condición de jueces.

Puede considerarse, entonces, que la estipulación y desarrollo del arbitraje está sujeto a unas condiciones jurídicas de naturaleza dual, unas fijadas por el legislador y que prevén su marco normativo y otras acordadas voluntariamente entre las partes y que, precisamente, constituyen la nota característica del arbitramento, siendo de su esencia la libertad y la autonomía de la voluntad. Es esta dualidad y la necesaria integración o complementariedad de las distintas condiciones que giran en torno al arbitraje lo que lleva a conciliar ambas capacidades o competencias para garantizar la celebración de pactos arbitrales y el normal desarrollo y conclusión del respectivo trámite arbitral, dándose cabida al ejercicio de la voluntad de las partes, pero siempre al amparo de la regulación fijada por el legislador.

Ahora, si bien resulta complejo integrar las reglas en mención para el arbitraje pactado entre sujetos privados o particulares, debe advertirse que hay una mayor tensión entre ambos aspectos -el ejercicio de la voluntad y la regulación legal- en los casos en que es una entidad del Estado la que acude a dicho mecanismo para resolver las diferencias suscitadas con su contraparte. En estos eventos en que entra en juego el interés general inherente al actuar de las entidades públicas, gana terreno la ley o tiene mayor protagonismo al prescribir unas condiciones adicionales o, al menos especiales, que limitan en mayor medida la libertad de configuración de los sujetos de cara al arbitraje y prevén un proceso que resulta mayormente legislado en comparación con aquél en que solo asisten sujetos de naturaleza privada.

### **1.1.El interés general inherente al actuar del Estado justifica una regulación legal del arbitraje más amplia o intensa**

La competencia del legislador para regular el arbitraje fue prevista en términos generales, pero -según se expuso-, el cumplimiento de dicha potestad debe ser respetuosa y proporcional a la imperiosa necesidad de interferir en la capacidad que detentan las partes, no solo para acudir al arbitramento, sino, también, para fijar reglas de procedimiento a las que estará sujeto

el respectivo trámite arbitral. Dicha intervención normativa del legislador es más intensa cuando se trata del arbitraje dispuesto para que las entidades públicas solucionen sus controversias, condición que encuentra sustento en el interés general ínsito en el actuar de la Administración.

Sin discutir ni desconocer que el arbitraje es uno solo entendido como institución jurídico-procesal, de naturaleza jurisdiccional, es menester señalar que, tal mecanismo sí resulta especial o por lo menos diferente cuando es una entidad pública la que pretende utilizarlo como cauce para solucionar sus controversias. Y esta diferencia radica, precisamente, en el especial tratamiento legal que se establece al amparo del interés general como nota característica o inescindible del actuar del Estado, aspecto esencial que advirtió la Corte Constitucional al referirse a la Ley 1563 (2012), frente a la cual expresó que, “al establecer como criterio de distinción la intervención como parte de entidades públicas el Congreso tuvo una especial consideración hacia los intereses públicos” (Corte Constitucional, C-305, 2013).

En efecto, en la citada Sentencia, la Corte Constitucional resaltó la diferencia entre los arbitrajes en que está comprometido el interés público y aquellos en que simplemente se debaten intereses privados<sup>6</sup>, justificándose por ello la disposición de condiciones o requisitos adicionales con vigencia y obligatoria aplicación en los trámites arbitrales en que es parte una entidad de naturaleza estatal e, incluso, un particular que ejerza funciones administrativas.

Es pues, el interés general propio del actuar del Estado el aspecto determinante para prever un arbitraje especial o diferencial cuando se advierta que será una entidad pública parte procesal en el mismo. La doctrina ha señalado en este sentido que, “cuando se trata del

---

<sup>6</sup> Dice la Corte Constitucional (2013) que: *El Congreso de la República, en uso de su facultad de configuración se inclinó por conferirle especial protección al interés público y, con tal objetivo, junto a otros mecanismos que no viene al caso mencionar, estableció una medida que procura evitar el acaparamiento de los arbitrajes en que se debata lo público por grupos exclusivos y lo hizo merced al señalamiento de un límite de tribunales de arbitramento en que pueden actuar árbitros y secretarios en forma simultánea.* (Corte Constitucional, C-305, 2013).



arbitraje de Derecho público, en el que una de las partes es, casi siempre, la Administración Pública que defiende el interés general, la institución arbitral adquiere -y así debe ser- algunos matices” (Ballesteros Panizo, 2017, p. 47).

Por su parte, Esplugues Barona (2018) ha indicado que:

en los arbitrajes referidos a conflictos estrictamente privados o empresariales la autonomía de la libertad no solo se plasma en el nacimiento del arbitraje sino también en la conformación de las reglas de juego (procedimiento, incluso adopción de medidas cautelares o recursos, por ejemplo). En nuestra opinión, en el ámbito administrativo estas reglas deberán venir conformadas legalmente (pero ello no afectaría a la naturaleza propia del arbitraje, sino que supondría una modulación del mismo). (Esplugues Barona, 2018, p. 151)

Sin duda, el Estado y sus entidades constituyen un sujeto procesal cualificado o especial en el marco del arbitraje, condición que, igualmente, ha justificado en el desarrollo del derecho administrativo la creación de una jurisdicción especial que conoce y decide las controversias planteadas en contra de la Administración. Sayagués Laso (2011) ha precisado que existen normas especiales dispuestas para los procesos judiciales en que es parte la Administración, sin que pueda considerarse ello como un capricho del legislador, al punto en que, tratándose de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es “[I]a especial naturaleza de la actividad administrativa, que como emana de entes colectivos se desenvuelve a través de procedimientos especiales, ha influido directamente en la estructuración del sistema contencioso aplicable a la administración” (Sayagués Laso, 2011, p. 462).

Entonces, del todo válido y constitucionalmente admisible se advierte la fijación de normas, condiciones o requerimientos especiales por parte del legislador cuando se trata de prever el marco jurídico del arbitraje al que acuden las entidades públicas para solucionar sus conflictos. Sin perjuicio de la revisión constitucional de cada medida en particular, es posible

colegir en términos generales que es admisible el trato diferenciado en el trámite arbitral cuando una de las partes procesales en la contienda tiene naturaleza estatal, destacándose al respecto que este trato especial tendrá justificación, única y exclusivamente, si la respectiva medida, condición o requerimiento se ajusta efectivamente al interés general defendido en el marco del arbitramento, pues, de no ser así, el trato diferencial será constitutivo de una situación inequitativa o discriminatoria que derivará en la afectación injustificada de los intereses de la contraparte y, a su vez, en la adopción de decisiones judiciales contrarias a derecho.

## **2. Las condiciones especiales del arbitraje nacional cuando una entidad estatal comparece como parte procesal**

El arbitraje se erige como un verdadero proceso judicial (Gil Echeverry, 2017, p. 80) y, por ende, su implementación o desarrollo corresponde “a una serie o cadena de actos coordinados para el logro de un fin jurídico” (Devis Echandía, 1961) p. 129). Al tratarse de una sucesión de actos diversos, unos realizados por las partes y otros por los árbitros, es preciso identificar de comienzo a fin las medidas, condiciones o requerimientos dispuestos para el caso especial en que participa del arbitraje nacional o doméstico una entidad de naturaleza estatal.

De acuerdo con lo dispuesto legalmente, “[e]l proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda” (Ley 1563, 2012, art 19). No obstante, antes de revisar las distintas etapas que se surten en el marco del trámite arbitral luego de presentada la demanda, es menester referir a dos aspectos determinantes, ambos generales, dispuestos en los artículos 1 y 2 de la Ley 1563 (2012), los cuales constituyen particularidades esenciales del arbitraje dispuesto legalmente para el Estado como parte procesal.

Se trata, puntualmente, de dos previsiones legales según las cuales, (i) el arbitraje y el laudo resultante del mismo serán en derecho cuando se discutan aspectos referidos a contratos estatales y (ii) el arbitraje será institucional y, por ende, se administrará por un centro arbitral y se regirá por las normas contempladas para el efecto en la misma ley (Ley 1563, 2012).

## **2.1.Será en derecho el arbitraje en que se susciten diferencias referidas a contratos estatales**

El último inciso del artículo 1 de la Ley 1563 (2012) dispone:

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho. (Ley 1563, 2012, art. 1)

El citado artículo contempla tres clases de arbitraje en lo que respecta a la naturaleza del laudo que en cada caso habrá de proferirse: *(i)* en derecho, *(ii)* en equidad o *(iii)* técnico. Pero, cuando se cumpla el supuesto específico previsto en tal disposición, el cual se deriva u origina en un aspecto o criterio material consistente en la formulación de controversias que giren en torno a un contrato de naturaleza estatal, el laudo siempre se expedirá en derecho.

Esta primera condición establecida legalmente implica que, al tratarse del arbitraje en derecho, “[e]l árbitro iuris dicta su laudo ajustado a las normas estrictas de un derecho determinado, con arreglo a la ley y procedimiento fijado” (Feldstein y Leonardi, 1998, p. 13). Bejarano Guzmán (2016) se refiere a esta particular condición indicando que, si el laudo debe proferirse en derecho, tendrá que expedirse acatando la normatividad jurídica, lo cual implica, necesariamente, que los árbitros deban ser abogados.

En palabras del Consejo de Estado (2016), un arbitraje en derecho significa que,

... los Árbitros deben decidir las controversias ciñéndose a la normativa positiva y ello implica, desde luego, que deban observar

las pruebas allegadas a la actuación y que, con base en las mismas, decidan la controversia; por ende, cuando el arbitramento es en derecho y los Árbitros se separan de las normas jurídicas y, con ello, de las pruebas que deben servir de fundamento a su decisión, será posible que la decisión esté encaminada a realizar el valor justicia, pero bajo tal pretexto no se pueden desconocer los mandatos legales para decidir como lo haría un hombre justo, con apoyo exclusivo en su leal saber y entender o, lo que es lo mismo, bajo la máxima ‘verdad sabida y buena fe guardada’, dado que en ese momento estará tomando una decisión en conciencia. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 56.346A, 2016)

Esta condición legal constituye una particularidad general definida por el legislador en lo que respecta al arbitraje en que se discuten asuntos relativos a contratos estatales, casos en los cuales el laudo siempre tendrá que proferirse en derecho<sup>7</sup>. Por su parte, los particulares podrán pactar un arbitraje técnico, en derecho o en equidad para dirimir sus distintas controversias, sin restricciones en tal sentido.

La explicación jurídica de establecer el arbitraje en derecho para los eventos en que se discuten diferencias relacionadas con contratos estatales deviene del principio de legalidad que es inherente del actuar del Estado. En efecto, considerándose que la Administración y, en general, el Poder Público están sujetos al derecho y a las reglas jurídicas (Santamaría Pastor, 1991, p. 48), es entendible que la revisión de su actuar contractual se efectúe con apego al ordenamiento jurídico positivo, lo cual reclama, precisamente, la conformación de un panel arbitral (árbitros y secretario) conocedor del derecho propio de la Administración.

---

<sup>7</sup> La Ley 1682 (2013) prevé en igual sentido que: *Las decisiones proferidas en ejercicio de los mecanismos alternativos de solución de controversias relativas al contrato, deberán proferirse en derecho, salvo en el evento de la amigable composición en el que la decisión podrá adaptarse en equidad, de conformidad con el artículo 60 de la Ley 1563 de 2012 (Ley 1682, 2013, art. 14).*

## **2.2.El adelantamiento del arbitraje se hará conforme a lo prescrito en la Ley 1563 de 2012 para el arbitraje institucional, cuando se trate de controversias referidas a contratos estatales**

Con la expedición de la Ley 1563 (2012) se acogió para el ordenamiento jurídico colombiano la postura vigente en otras latitudes en donde se prevén, únicamente, dos tipos de arbitraje: un arbitraje *ad hoc* y un arbitraje institucional. Esto se establece de manera expresa en el artículo 2 de la mencionada ley, al regular las clases de arbitraje, así:

El arbitraje será *ad hoc*, si es conducido directamente por los árbitros, o institucional, si es administrado por un centro de arbitraje. A falta de acuerdo respecto de su naturaleza y cuando en el pacto arbitral las partes guarden silencio, el arbitraje será institucional. Cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas señaladas en la presente ley para el arbitraje institucional. (Ley 1563, 2012, art. 2)

Puede observarse el tratamiento legal específico dado en la citada norma al arbitraje en que se debaten aspectos referidos a contratos suscritos por entidades estatales o por particulares que ejercen funciones administrativas. En este supuesto, las partes no tienen capacidad para definir la clase de arbitraje que servirá de cauce para solucionar sus diferencias, toda vez que, en cualquier caso, tendrá que tramitarse un proceso arbitral conforme a las normas que dispone la referida Ley 1563 (2012) para el denominado arbitraje institucional.

Gisbert Pomata (2015) ha explicado el concepto y alcance de las clases de arbitraje mencionadas, así:

Quien acude al arbitraje puede decidir: acceder al arbitraje institucional o acceder al arbitraje *ad hoc*. En el primer caso, las partes designan a una institución arbitral para que administre el

arbitraje. Las instituciones arbitrales tienen dictadas reglas y procedimientos preestablecidos. En el segundo, el arbitraje “ad hoc” o no administrado por ninguna institución, se elige para un arbitraje determinado, el cual es administrado por los propios árbitros elegidos por los implicados en conflicto. (Gisbert Pomata, 2015, p. 123)

Entonces, sí o sí, el arbitraje será institucional cuando se trate de controversias referidas a contratos estatales, pero debe precisarse que en estos casos se tratará de un arbitraje institucional *sui generis*, habida cuenta que, habrán de aplicarse al respectivo proceso las normas dispuestas en la misma Ley 1563 de 2012, sin que resulte procedente acudir para el efecto al reglamento del centro de arbitraje correspondiente, reduciéndose el carácter institucional al hecho de tratarse de un procedimiento arbitral administrado por un centro de arbitraje, sin más<sup>8</sup>.

Gil Echeverry (2017) califica esta clase de arbitraje como “institucional legal” rememorando al otrora arbitramento legal vigente con anterioridad a la Ley 1563 (2012). Al respecto, el autor indica que, “en el hoy denominado arbitraje institucional, realmente se aplican las reglas de procedimiento establecidas en la sección primera del nuevo estatuto o ley 1563, lo cual en mejor forma, corresponde a lo que tradicionalmente se ha entendido como arbitraje legal” (Gil Echeverry, 2017, p. 77).

Así las cosas, según lo prescribe el citado artículo 2 de la Ley 1563 (2012), en los arbitrajes en que se discutan aspectos referidos a contratos estatales solo procede la aplicación de la normatividad establecida en esta ley para el denominado arbitraje institucional -según lo antes visto-, sin que las partes puedan acordar un arbitraje *ad hoc* y, tampoco, fijar por mutuo

---

<sup>8</sup> Lo expuesto por Díaz-Candia (2011) permite entender la tarea meramente administrativa que cumple el centro o institución en el arbitraje institucional: *El arbitraje institucional es aquel en el cual intermedia entre los árbitros y las partes una entidad especializada, comúnmente denominada centro de arbitraje, que administra y organiza el trámite y presta servicios útiles para resolver la controversia, normalmente contra el pago de una tarifa* (Díaz-Candia, 2011, p. 38).

acuerdo las normas procesales que regirán el respectivo trámite arbitral<sup>9</sup>, a diferencia de la capacidad que sí le asiste a los particulares o sujetos privados para definir las condiciones de sus arbitrajes en que se debaten intereses meramente individuales<sup>10</sup>.

### **2.3.Las particulares condiciones para designar árbitros en los tribunales en que es parte una entidad estatal**

El árbitro se erige como actor fundamental en la estructuración del arbitraje y es responsable en gran medida del éxito en la implementación de este mecanismo. Caivano (2000) ha señalado que es,

... el árbitro, la persona escogida para resolver la contienda, es la parte esencial del arbitraje mismo. Todo el sistema gira en torno a él, desde que en su integridad moral y buen criterio descansa la confiabilidad y la eficacia del arbitraje como método de resolución de conflictos. (...) la selección de los árbitros es quizás el acto más relevante que toca a las partes decidir, porque se juega en él la suerte del arbitraje. (Caivano, 2000, p. 171)

La designación de los árbitros es uno de los actos determinantes en que las partes ejercen la autonomía de su voluntad y ajustan a sus intereses el arbitraje al que acuden para la solución de sus diferencias. Esta decisión exige de ellas un importante compromiso y responsabilidad al tratarse del acuerdo por el cual se eligen las personas en quienes radicará la importante

---

<sup>9</sup> Sobre el particular, “*la Corte estima razonable, en virtud de los intereses públicos que se involucran cuando una de las partes en conflicto es el Estado o una de sus entidades, que el Legislador haya decidido reservarse la potestad de señalar directamente los lineamientos procesales que deben seguirse para dirimir este tipo de controversias, y por el contrario permita mayor flexibilidad cuando sólo se debaten cuestiones de naturaleza privada.*”

*En este orden de ideas, la norma examinada es exequible al prohibir que las partes fijen autónomamente las reglas de procedimiento arbitral cuando una de ellas sea el Estado”* (Corte Constitucional, C-713, 2008).

<sup>10</sup> Bejarano Guzmán (2016) se refirió a este particular en los siguientes términos: “*En consecuencia, la distinción del arbitraje entre particular y estatal, se traduce en que en el primero, los particulares pueden darse sus propias reglas de procedimiento, bien directamente o adoptar como tales las de un centro de arbitraje; mientras que en el segundo, les está vedado esa posibilidad, porque han de someterse a las reglas procesales definidas en la ley*” (Bejarano Guzmán, 2016, p. 397).

tarea de resolver la contienda en ciernes. Trátase de la designación directa de todos los árbitros por las partes o sus apoderados o de la estipulación de un procedimiento que habrá de seguirse para tal efecto, es la constitución del tribunal -mediante la selección del respectivo panel- uno de los momentos determinantes para la buena marcha del trámite arbitral, la consecución del objeto mismo del proceso y la correcta decisión de la controversia planteada en las pretensiones.

No puede perderse de vista que, “los árbitros están encargados de administrar justicia y desempeñan por consiguiente una función pública” (Aylwin Azócar, 2014, p. 157). Esta función pública exige de que su ejercicio radique en profesionales expertos o especializados en la materia objeto de controversia, al punto en que dicha cualificación de los árbitros se ha convertido en sustento o justificación del arbitraje, dada la complejidad que supone el entendimiento de las relaciones negociales actuales y la necesaria rigurosidad en el estudio de la controversia para tomar una decisión que esté acorde con la pretensión de justicia de las partes en conflicto (Ley 1682, 2013, art. 14).

García Pérez (2011) se ha referido a este aspecto, puntualizando sobre la especialidad de los árbitros a elegir para los arbitramentos públicos lo siguiente:

Una exigencia unánime en la doctrina que defiende el arbitraje en las relaciones jurídico-públicas es la especialización de los árbitros, al reclamar de ellos al menos tanta formación y especialización como los titulares de órganos judiciales llamados inicialmente a conocer el asunto. Algunos autores ven en la especialización una de las principales armas en defensa del sistema arbitral, por contraposición a la dificultad que tienen en la actualidad los jueces y magistrados de lo contencioso-administrativo para conocer de la complejidad de los asuntos que llegan a sus manos. (García Pérez, 2011, p. 71)



En línea de lo expuesto, Esplugues Barona (2018) señala sobre la condición de la designación de los árbitros que:

Ahora bien, ahondando un paso más, no bastaría solo que fueran juristas, sino que se requiere que tengan conocimientos en Derecho administrativo. Debe incidirse en esta especialización de los árbitros puesto que es ahí donde reside uno de los puntos fuertes del recurso a la institución arbitral frente a la jurisdicción contencioso-administrativa. Reiteramos una vez más que el arbitraje se diferencia por el grado de especialización de quien resuelve sobre la materia en cuestión. De ahí que los árbitros deberán poder acreditar experiencia o especialización sobre la materia. (Esplugues Barona, 2018, p. 314)

No hay duda, entonces, de la importante responsabilidad que tienen las partes al designar los árbitros que integrarán el panel arbitral, erigiéndose dicha facultad en una de las preciadas maneras en que éstas expresan su voluntad y delimitan con ello las condiciones particulares del arbitraje. Sin embargo, dicha libertad no es absoluta y encuentra ciertos condicionamientos restrictivos cuando se trata de designar árbitros para integrar tribunales de arbitraje domésticos en que es parte una entidad de naturaleza estatal, a saber:

### **2.3.1. Las limitaciones previstas para la designación de árbitros en las leyes 1563 de 2012 y 1682 de 2013**

De acuerdo con la Ley 1563 (2012), “[n]ingún árbitro o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de cinco (5) tribunales de arbitraje en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas” (Ley 1563, 2012, art. 8). A su vez, tratándose de arbitrajes en que se discutan aspectos contractuales referidos a la infraestructura del transporte, la Ley 1682 (2013) prevé que, “[n]ingún árbitro, amigable componedor o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de tres (3) tribunales o amigable componedor en que intervenga como parte

una entidad pública objeto de la presente ley, o en los conflictos relativos a estas” (Ley 1682, 2013, art. 14).

Las limitaciones contempladas en las normas citadas no tienen aplicación para los arbitrajes en que son parte sujetos privados, de ahí que tales condicionamientos constituyan un trato diferenciado del Estado y sus entidades cuando comparecen en calidad de parte a un arbitramento nacional. En estos términos resulta restringida la libertad y el ejercicio de la voluntad propia de las partes en la proposición y elección de los árbitros, pero, según lo expuesto por la Corte Constitucional, tales limitaciones encuentran justificación en el interés público inherente al actuar del Estado que supone la disposición legal de condiciones especiales para el arbitraje convenido por entidades públicas. De manera concreta, la Sentencia C-305 de 2013 destacó:

... el especial cuidado por el interés público que llevó al legislador a distinguirlo del interés privado y el propósito de evitar la concentración de los arbitramentos estatales en unas pocas manos (...) El Congreso de la República, en uso de su facultad de configuración se inclinó por conferirle especial protección al interés público y, con tal objetivo, junto a otros mecanismos que no viene al caso mencionar, estableció una medida que procura evitar el acaparamiento de los arbitrajes en que se debata lo público por grupos exclusivos y lo hizo merced al señalamiento de un límite de tribunales de arbitramento en que pueden actuar árbitros y secretarios en forma simultánea.(Corte Constitucional, C-305, 2013)

Es, pues, la Corte Constitucional (2013) quien ha concluido que se ajustan al interés general estas medidas limitativas del número de arbitrajes en que podrá ser designado un árbitro o un secretario, cuando se trate de controversias en que sea parte una entidad estatal o un particular que ejerza funciones administrativas. Basta precisar al respecto que el cómputo del número de tribunales arbitrales abarca todas las controversias en que sea parte una entidad pública, sin distingos en cuanto a su orden nacional o territorial ni a su calidad descentralizada.

Así mismo, al preverse que ninguna persona podrá ser árbitro ni secretario en más de cinco (5) arbitrajes en que sea parte una entidad estatal significa que no puede darse distinción entre dicha calidad para tal efecto -de árbitro o de secretario-, es decir, el cupo mencionado es acumulativo, de manera que, calculando la sumatoria de ambas calidades, en ningún caso, podrá superarse el número de cinco (5) tribunales. La misma lógica jurídica aplica para el límite de tres (3) arbitrajes a que se refiere la Ley 1682 (2013). Una interpretación distinta contraría el propósito constitucional de estas limitaciones y, conforme a lo expuesto en la Sentencia C-305 de 2013, evitar acaparamientos indebidos del arbitraje.

### **2.3.2. Las especiales condiciones previstas para la designación de árbitros en la Directiva Presidencial 04 de 2018**

El 18 de mayo de 2018, al amparo de la Ley 489 (1998), el Presidente de la República profirió la Directiva 04 (2018) fijando una serie de políticas en material arbitral, “[c]on el fin de asegurar la protección jurídica de los intereses del Estado y ejercer la coordinación y control de las actividades de organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional”. Tratándose de la designación de árbitros, se destacan las siguientes condiciones fijadas en dicha Directiva:

- a. Ninguna entidad u organismo de la Rama Ejecutiva del orden nacional podrá proponer ni nombrar como árbitro a un abogado que sea contraparte en otro proceso que involucre a una entidad pública del orden nacional.

La lectura de esta limitante muestra un entendible propósito tendiente a evitar la concentración de distintos roles en una sola persona que pretenda ejercer temporalmente la función de juez del Estado -como árbitro-, pero, a su vez, actúe como abogado de parte en procesos judiciales en contra de sus entidades. Esta restricción estaría encaminada a proteger el ejercicio de la función pública encomendada temporalmente a los árbitros y a lograr mayor

transparencia en el ejercicio de la profesión, aspectos característicos de las inhabilidades propiamente dichas (Corte Constitucional, C-338, 1998).

Sin embargo, debe considerarse al respecto que, de un lado, la estipulación de inhabilidades en el ordenamiento jurídico colombiano corresponde a una competencia exclusiva del legislador<sup>11</sup>, aspecto que lleva a plantear serias inquietudes sobre la validez de este tipo de limitantes establecidas por medio de una Directiva Presidencial, pues, por más positiva que pudiere presentarse, el Ejecutivo no puede atribuirse facultades que no le corresponden.

Por esta razón, se disiente de la conclusión que al respecto y de manera general expuso De Vega Pinzón (2017) al señalar que Directivas Presidenciales de este tipo simplemente son instrucciones internas que no modifican situaciones jurídicas de los particulares y solo pretenden el eficaz cumplimiento de los deberes públicos por parte de los servidores, concluyéndose que las mismas no desconocen lo dispuesto en normas superiores, sino que, por el contrario, armonizan las normas aplicables al arbitraje para concretar intereses superiores (De Vega Pinzón, 2017, p. 272).

De otro lado, la condición estudiada adolece de falta de claridad, al dar a entender que por el solo hecho de que un abogado sea contraparte de una entidad estatal del orden nacional en otro proceso no podría ser propuesto ni nombrado como árbitro, *¿qué pasa cuando un abogado, en causa propia, demanda una entidad estatal del orden nacional por asuntos personalísimos, como sería el evento de incoar pretensiones de naturaleza laboral o pensional? ¿en estos casos también aplicaría la restricción?* Si la respuesta a estas inquietudes fuere positiva, la restricción contenida en la Directiva Presidencial carecería de toda validez al desconocer el derecho de acción que constitucionalmente le asiste a toda persona (Const., 1991, art. 229).

---

<sup>11</sup> “De lo anterior se colige que el legislador es quien está habilitado constitucionalmente para fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades” (Corte Constitucional, C-448, 1998).

Solo una ley, entonces, podría condensar válidamente las restricciones referidas, aspecto que, además de necesario, se convertiría en la oportunidad pertinente para aclarar los supuestos de aplicación y despejar así las dudas antes mencionadas.

- b.** Se fija un procedimiento administrativo para la postulación de árbitros, en el que intervienen la entidad pública que comparecerá ante el tribunal arbitral, la ANDJE y la Presidencia de la República.

La Directiva Presidencial en comento establece una serie de pasos y fija unos plazos para integrar una lista de diez (10) candidatos que acrediten experiencia específica en el asunto en controversia y que serán postulados ante la contraparte al momento de designar árbitros. Con este propósito, la respectiva entidad estatal del orden nacional que deba comparecer a un trámite arbitral elaborará un resumen de la controversia y creará un listado preliminar de posibles árbitros que serán propuestos ante la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE).

Seguidamente, el Director de la ANDJE revisará la idoneidad y conveniencia de tales candidatos y presentará sus recomendaciones a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República para que, previa consulta con el Secretario General de la Presidencia de la República, se aprueben o imprueben los profesionales sometidos a su consideración para designarse como árbitros y, en definitiva, se concrete la lista para ser sugerida a la contraparte.

Sobre el particular debe señalarse que, en ningún caso, el listado en mención podrá ser impuesto o presentado a la contraparte como un libreto de obligatoria observancia, lo cual resultaría del todo contrario al principio de libertad y de autonomía de la voluntad que -según se ha dicho- constituyen elementos esenciales del arbitraje. En efecto, por más que se trate de tribunales en que entra en juego el interés general por la sola presencia de una entidad estatal -aspecto válido y del todo comprensible a la luz de lo expuesto en acápites precedentes-, ello no puede coartar la libertad que sí o sí tienen las partes para elegir los

árbitros o para fijar un procedimiento para tal efecto<sup>12</sup>, siempre de mutuo acuerdo, resultando por esto inconcebible “cuando, a consecuencia de esa elección, una de las partes se coloque en situación injustificada de privilegio sobre su contrincante” (Fernández, Sánchez y Stampa, 2018, p. 65).

Habrà de considerarse, entonces, que los listados puestos de presente por las entidades públicas del orden nacional para la designación de árbitros -previamente validados por la ANDJE y Presidencia- corresponden a simples sugerencias o proposiciones en todo caso sujetas a la valoración de la contraparte, sin que de manera alguna sujeten u obliguen a elegir de allí todos los árbitros o el árbitro único, según corresponda. Ciertamente, “[e]n la designación de los árbitros debe respetarse en todo momento el principio de igualdad que es esencial para que el arbitraje cuente con todas las garantías” (Fernández Pérez, 2017, p. 155), de ahí que, la contraparte del Estado tenga, también, la posibilidad de proponer otros nombres, incluso distintos a los identificados en las listas mencionadas, siempre y cuando cumplan los requisitos previstos para el efecto en el artículo 7º de la Ley 1563 (2012), sin que necesariamente deban estar inscritos en las listas oficiales de árbitros dispuestas por el respectivo centro de arbitraje.

En los términos expuestos se advierte que, el procedimiento administrativo dispuesto en la Directiva Presidencial 04 (2018) responde a la implementación y ejecución de la política pública estatuida por el Gobierno Nacional en materia de defensa jurídica, cuando las entidades nacionales intervienen en tribunales de arbitraje domésticos, la cual será de recibo, se ajustará a derecho y al interés general solo si, tratándose de la designación de los árbitros, es respetuosa de la libertad y del ejercicio de la voluntad que le asiste a ambas partes con tal

---

<sup>12</sup> En cuanto a la manifestación de la voluntad en el arbitraje, la doctrina ha precisado en los siguientes términos lo determinante que resulta dicha característica al designar los árbitros: “*Es preciso desde luego un acuerdo de voluntades. Y esto en doble sentido. Acuerdo de voluntades entre las partes para celebrar la convención en sí misma, y acuerdo de voluntades entre las partes para la designación de los árbitros*” (Merino y Chillón, 2006, p. 489).

objeto<sup>13</sup>, sin perderse de vista que, “[e]l derecho que tienen las partes a designar a las personas que quieren que resuelva sus controversias responde a que se busca una mayor especialización y experiencia, no la posibilidad de tener a alguien dentro del tribunal que le dé la razón a ciegas a la parte que lo designó” (Flecha Corvetto, 2018, p. 135).

Así mismo, tales directrices serán de recibo y se ajustarán a la juridicidad solo si garantizan y hacen real la intención del legislador de evitar la concentración del arbitraje en pocas manos, aspecto que se pone en duda cuando los listados propuestos por las entidades públicas nacionales en sus arbitrajes suelen contener los mismos nombres, sin una efectiva rotación ni variabilidad, lo cual desdice de la efectividad de la medida en cuestión. Por estas motivaciones, carecería de toda validez el veto sin razón de ciertos profesionales del derecho y la conformación de listas con nombres a no proponer en arbitrajes públicos.

Esto no se ajustaría a una correcta y legítima política pública en materia de defensa jurídica del Estado y, además, resultaría atentatorio de claros preceptos deontológicos y derechos individuales de las personas que, pese a contar con las calidades profesionales y de experiencia requeridas y a no tener sanciones impuestas ni reportadas, verían injustamente limitada su opción de ejercer la condición de árbitro.

#### **2.4.La intervención del Ministerio Público y de la ANDJE en el proceso arbitral cuando sea parte una entidad estatal**

La Ley 1563 (2012) ordena que, para los procesos arbitrales en que sea demandada una entidad de naturaleza pública, el respectivo el centro tendrá que remitir una comunicación con destino a la ANDJE con el propósito de informarle sobre la presentación de la demanda correspondiente (Ley 1563, 2012, art. 12). Así mismo, el artículo 49 de la Ley 1563 (2012)<sup>14</sup>,

---

<sup>13</sup> En este sentido, Gil Echeverry (2017) ha indicado con acierto que, “[e]l principio general que establece la ley es que las partes, directamente y de común acuerdo, son las llamadas a designar los árbitros, estableciendo libremente la forma de hacerlo, debiéndose respetar la voluntad de las partes” (Gil Echeverry, 2017, p. 55).

<sup>14</sup> “Intervención del Ministerio Público. El Ministerio Público está facultado para actuar en los procesos arbitrales y en los trámites de amigable composición en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y los derechos y

en concordancia con el artículo 199 de la Ley 1437 (2011)<sup>15</sup>, ordenan que, en el marco del trámite arbitral en que intervenga una entidad del Estado o un particular que ejerza funciones administrativas, se informe de la fecha en que se efectuará la audiencia de instalación al Ministerio Público y a la ANDJE, a quienes, además, habrá de notificarse el auto admisorio de la demanda y correrse el traslado respectivo.

Sin distingo en cuanto al orden territorial o nacional de la entidad pública que comparece al arbitraje, el Ministerio Público tendrá que ser informado de la existencia del trámite en los términos antes mencionados, para que, si así lo considera pertinente, el respectivo Procurador o Agente actúe en el marco del proceso en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías de ambas partes. A su vez, en cuanto a la ANDJE, es claro el

---

*garantías fundamentales. A dicho propósito, el centro de arbitraje o los amigables componedores informarán a la Procuraduría General de la Nación sobre la fecha en la que se realizará la instalación del respectivo tribunal de arbitraje o la diligencia de apertura, según corresponda.*

*“Igual información deberá darse a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.” (Ley 1563, 2012, art. 49)*

<sup>15</sup> *“Notificación personal del auto admisorio y del mandamiento de pago a entidades públicas, al Ministerio Público, a personas privadas que ejerzan funciones públicas y a particulares que deban estar inscritos en el registro mercantil. El auto admisorio de la demanda y el mandamiento de pago contra las entidades públicas y las personas privadas que ejerzan funciones propias del Estado se deben notificar personalmente a sus representantes legales o a quienes estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones, o directamente a las personas naturales, según el caso, y al Ministerio Público, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales a que se refiere el artículo 197 de este código.*

*“De esta misma forma se deberá notificar el auto admisorio de la demanda a los particulares inscritos en el registro mercantil en la dirección electrónica por ellos dispuesta para recibir notificaciones judiciales.*

*“El mensaje deberá identificar la notificación que se realiza y contener copia de la providencia a notificar y de la demanda.*

*“Se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. El secretario hará constar este hecho en el expediente.*

*“En este evento, las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la secretaría a disposición del notificado y el traslado o los términos que conceda el auto notificado, sólo comenzarán a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación. Deberá remitirse de manera inmediata y a través del servicio postal autorizado, copia de la demanda, de sus anexos y del auto admisorio, sin perjuicio de las copias que deban quedar en el expediente a su disposición de conformidad con lo establecido en este inciso.*

*“En los procesos que se tramiten ante cualquier jurisdicción en donde sea demandada una entidad pública, deberá notificarse también a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en los mismos términos y para los mismos efectos previstos en este artículo. En este evento se aplicará también lo dispuesto en el inciso anterior.*

*“La notificación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se hará en los términos establecidos y con la remisión de los documentos a que se refiere este artículo para la parte demandada.” (Ley 1437, 2011, art. 199)*



artículo 3° del Decreto 4085 (2011) en prescribir que dicha entidad tendrá que ser notificada de los trámites arbitrales en que sea parte una entidad del orden nacional, en los cuales podrá intervenir en defensa de los intereses litigiosos de la Nación.

Si bien “[e]stas entidades no son parte en el proceso, sino simples intervinientes o interesados para los fines misionales de cada una de ellas” (Bejarano Guzmán, 2016, p. 433), es evidente que su sola presencia en el trámite arbitral en que es parte el Estado constituye una particularidad relevante debido a las actuaciones que ambas pueden desplegar. El solo hecho de que la ANDJE actúe en pro de la defensa y protección efectiva de los intereses de la Nación (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, 57.855, 2019), ejerciendo para el efecto las mismas facultades que le corresponden a la parte (Ley 1564, 2012, art. 610), lleva a colegir que la entidad pública cuenta en estos casos con un aliado o auxiliador en apoyo de sus pretensiones o excepciones -según corresponda-, aspecto del todo diferencial en comparación con la situación en que acude la contraparte al proceso correspondiente, quien deberá enfrentarse así, en la generalidad de los casos, a dos apoderados, a dos memoriales y a sendas solicitudes inclinadas a defender el interés general propio del actuar del Estado.

De otro lado, el Ministerio Público se considera un especial sujeto procesal que también cuenta con amplias facultades en marco del trámite arbitral (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 61.431, 2018), no para favorecer el interés individual de alguna de las partes como sí ocurre con la ANDJE, sino para garantizar la legalidad del proceso y restaurar el balance en las cargas cuando resulte alterado, todo ello con el único propósito de servir al interés público envuelto en la respectiva controversia (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, 36.853, 2018). Esta participación del Ministerio Público, quien, incluso, está legitimado para formular recurso de anulación (Ley 1563, 2012, art. 12), hace que el proceso judicial respectivo se considere equilibrado y ajustado a derecho.

La intervención de los sujetos en mención en el trámite arbitral hace especial el respectivo proceso en comparación con aquél al que solo comparecen sujetos privados, destacándose al

respecto que la participación del Ministerio Público y de la ANDJE se da a lo largo del arbitraje, significando esto un reto importante para el panel arbitral en cuanto al manejo de distintas personas en las audiencias respectivas y al conocimiento y decisión de una serie de solicitudes que podrán plantearse por cada uno de los apoderados y agentes que exigirán una mayor atención a efectos de garantizar el debido proceso, el principio de igualdad y, en definitiva, adoptar una decisión comprensiva de los distintos argumentos esbozados a lo largo del trámite por todos los intervinientes en el mismo -principio de congruencia-.

### **2.5.El traslado de la demanda arbitral cuando la convocada al arbitraje es una entidad estatal**

En los arbitrajes en que es convocada una entidad de naturaleza estatal o un particular que ejerza funciones administrativas resulta aplicable lo prescrito en el artículo 199 de la Ley 1437 (2011), relacionada con la notificación del auto por el cual se admite la demanda. Esta norma prevé que, admitida la demanda arbitral interpuesta en contra de una entidad estatal de cualquier orden o contra un particular que ejerza funciones administrativas, el respectivo plazo de traslado correrá solo cuando se verifique el vencimiento de un término común de 25 días hábiles que, a su vez, comienza a correr tras notificarse dicho auto admisorio a la última entidad o sujeto interviniente en el proceso.

Para comprender lo anterior es preciso considerar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 1563 2012), el término de traslado de la demanda arbitral es de veinte (20) días hábiles, tanto para la demanda inicial como para la demanda de reconvención. Ahora, si bien se observa que este plazo se fijó en condiciones similares o de equilibrio para ambas partes, debe destacarse la particularidad que se deriva del referido artículo 199 de la Ley 1437 (2011), toda vez que, cuando la parte convocada sea una entidad de naturaleza pública o un particular que ejerza funciones administrativas, solo comenzará a correr el término de traslado luego de constatarse el vencimiento del plazo común de 25 días hábiles de que trata la norma en comento.

Lo anterior significa que, solo en los eventos mencionados, la entidad contará con un plazo evidentemente mayor para contestar la demanda arbitral, pues, a los 20 días de traslado habrá que sumarse siempre el término adicional de 25 días hábiles antes referido, significando ello una evidente holgura si se compara con la oportunidad concedida al sujeto particular o privado cuando es convocado al proceso o demandado en reconvencción, quien solo dispondrá de los 20 días del traslado, luego de notificado el auto admisorio, sin más.

Esta situación encuentra justificación en la necesidad de notificar la decisión de admisión por medios electrónicos (buzón judicial) a una serie de entidades o sujetos intervinientes, entre ellos, al Ministerio Público y a la ANDJE cuando la parte convocada sea una entidad del orden nacional, quienes dispondrán de estos 25 días comunes para acceder u obtener copia de la demanda y de los anexos que permanecerán a su disposición en la secretaría para que se surta el traslado respectivo.

## **2.6.La suspensión de lo decidido en el laudo arbitral solo procederá cuando así lo pida la entidad del Estado que resulte condenada**

Contra el laudo arbitral solo procede el recurso extraordinario de anulación dispuesto en el artículo 40 de la Ley 1563 (2012), por la configuración de las causales expresamente enlistadas en el artículo 41 siguiente. La naturaleza del mencionado recurso implica, de suyo, que su interposición no suspende los efectos de lo resuelto por los árbitros en el laudo, siendo uno de los atributos esenciales del arbitraje que la decisión última contenida en dicha providencia sea definitiva, obligatoria y por ello ejecutable, con efectos de cosa juzgada y, en palabras de Caivano (2000), irrevisable e improponible en otras instancias.

Ahora bien, sin perder de vista que el recurso de anulación permite solamente la revisión judicial de aspectos de orden procesal referidos a la posible configuración de errores o vicios *in procedendo* -sin entrar en el fondo de la cuestión o en la revisión de vicios *in iudicando*-, hay que destacar que el único supuesto previsto legalmente para que proceda la suspensión de lo decidido en el laudo arbitral fue contemplado legalmente en favor de las entidades

públicas cuando resulten condenadas en un caso concreto y pidan dicha suspensión ante el juez de la anulación.

En efecto, según lo dispone el artículo 42 de la Ley 1563 (2012), no se suspende el cumplimiento del laudo arbitral con la sola interposición del recurso de anulación, salvo "... cuando la condena haya sido impuesta a cargo de una entidad pública y sea esta la que solicite su suspensión" (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 61.538, 2018). Se precisa en este sentido que la suspensión procederá, *ipso iure*<sup>16</sup>, con la mera solicitud formulada por la entidad al momento de interponer el recurso de anulación, sin que deba siquiera justificarse o sustentarse y sin que esté sujeta a la fijación y pago de caución alguna (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 57.593, 2017).

Se trata, entonces, de un mecanismo legal despojado de exigencias formales y previsto en favor de las entidades públicas (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 59.216, 2018), condición que "... obedece a que ellas no se insolventan para sustraerse del cumplimiento de las sentencias y, por el contrario, existe el temor de que si la entidad pública paga un laudo que posteriormente es anulado, no sea posible obtener el reembolso de los recursos públicos" (Cárdenas Mejía, 2013, p. 266). Esta medida así entendida se ajusta al interés general en que se justifica el evidente trato diferenciado que en este caso previó el legislador para las entidades de naturaleza estatal y en detrimento de los intereses particulares de los sujetos privados que también acuden al arbitraje para solucionar sus diferencias.

### **3. El principio de igualdad procesal y su compromiso ante la fijación de medidas de trato diferenciado para el arbitraje en que sea parte una entidad pública**

La naturaleza propia del arbitraje como mecanismo de orden jurisdiccional conlleva a considerar que el trámite fijado para su adelantamiento corresponde a un verdadero proceso,

---

<sup>16</sup> El Consejo de Estado (2017) ha dicho sobre el particular que, "... *la suspensión del cumplimiento del laudo opera ipso iuris, cuando la entidad pública condenada la solicita al interponer el recurso extraordinario de anulación, lo que no impide que el juez pueda pronunciarse en el sentido de verificar que esa suspensión se produjo*" (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, 56.675, 2017).

al cual comparecen las partes con pretensiones o intereses contrapuestos, a efectos de debatir sus argumentos en una serie de etapas procesales y oportunidades probatorias (Corte Constitucional, C-330, 2000), a la espera de una decisión definitiva de los árbitros que estará condensada en el laudo arbitral. El arbitraje, como proceso judicial, debe ser garante de los derechos propios de las partes y ajustarse en todo al debido proceso y a sus garantías, con imperioso sustento en los postulados inherentes a los principios de audiencia, contradicción e igualdad (Fernández, Sánchez y Stampa, 2018, p. 294).

En lo que atañe al principio y derecho a la igualdad se destaca de manera general que, en el marco del proceso arbitral, habrá de disponerse para ambas partes la misma posibilidad de actuar e intervenir, así como idénticas limitaciones, sean dispuestas legalmente u ordenadas por los árbitros como directores del proceso. Como lo indica Picó I Junoy (1997), la igualdad procesal o igualdad de armas supone medios parejos de ataque y defensa a disposición de las partes que redunden en condiciones reales de equilibrio, así como idénticas opciones de alegación, prueba e impugnación. La igualdad precisa, entonces, interdicción de situaciones de supremacía de una de las partes o la disposición de aspectos que redunden en privilegios injustificados que disloquen la paridad de oportunidades (Merino y Chillón, 2006, p. 619).

Ahora, dado el carácter relacional del principio de igualdad<sup>17</sup>, es menester considerar que todo juicio de paridad al amparo suyo no podrá circunscribirse a una simple operación mecánica o matemática, sino que -según ha precisado la Corte Constitucional (2000)-, el juicio de igualdad tendrá que ajustarse o ser compatible con las diversas y especiales condiciones de ciertos sujetos que por su naturaleza son merecedores de un trato diferencial, eso sí, bajo parámetros de razonabilidad y legitimidad, esto es, de utilidad y necesidad (Corte Constitucional, C-952, 2000).

---

<sup>17</sup> Sobre el carácter relacional del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional (1997) ha señalado: “*En efecto, la igualdad, como lo ha manifestado la Corte, es un derecho relacional que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales. La identificación de las cargas o los beneficios que se reparten a través de las medidas que generan un trato diferenciado, es eventualmente relevante para definir el grado de intensidad con el cual habrá de realizarse el juicio de igualdad, pero de ninguna manera puede ser utilizada para desvirtuarlo*” (Corte Constitucional, T-352, 1997)

En este panorama se pregunta: *¿resulta comprometido el principio de igualdad ante el trato diferencial dado a las entidades estatales en el proceso arbitral?* Al respecto vale recordar -según se expuso en acápites precedentes- que son distintas las medidas o condiciones especialmente fijadas para los arbitrajes en que sea parte una entidad pública o un particular cuando ejerce funciones administrativas. Tales aspectos dan cuenta, sin duda, de una modulación del trámite arbitral para estos precisos casos y, en consecuencia, de un trato diferenciado, principalmente, en favor de los intereses de las entidades estatales.

Se propone la calificación de trato diferenciado al observar que son reglas, normas o condiciones que solo proceden cuando uno de los sujetos procesales del arbitraje tiene naturaleza de entidad estatal, situación del todo distinta a lo dispuesto, de un lado, para quien funge como contraparte del Estado en la respectiva controversia arbitral y, de otro, en comparación con los demás arbitrajes en que son parte, únicamente, sujetos privados con intereses particulares contrapuestos. Por tanto, sí resulta diferente el arbitraje cuando al mismo comparecen sujetos de naturaleza pública, pues, en menor o mayor medida, se prevén para el efecto ciertas medidas que en conjunto con la regulación general integran sin duda un proceso arbitral modulado o especial<sup>18</sup>.

Refiriéndose, precisamente, a los efectos que genera en el proceso la presencia de una entidad estatal, Merkl (1975) indica que es especial el objeto de la justicia cuando es la Administración quien acude a la misma, situación que, aunada a la especialidad del derecho que rige la respectiva relación jurídica en controversia, “condicionan, también, un procedimiento especial, que se distingue del procedimiento de los demás tribunales” (Merkl, 1975, p. 479). Este aserto revalida en términos generales que, de una u otra forma, el proceso judicial si es distinto cuando al mismo acude como parte una entidad estatal, aspecto que dio

---

<sup>18</sup> Al respecto, Fernández De Buján (2017) ha expuesto: “*La diversidad de materias que son objeto de arbitraje administrativo, su peculiar naturaleza jurídica, en atención a que se trata de una función propia de la comunidad política y, especialmente la posición de las partes contendientes, en atención a la vinculación de ambas, o de, al menos, una de ellas, con la Administración pública romana, hacen del arbitraje administrativo un tipo de arbitraje diferenciado de los otros arbitrajes de derecho público*” (Fernández De Buján, 2017, p. 82)

lugar a la disposición del proceso contencioso administrativo e, incluso, a la existencia misma de una jurisdicción especial para conocer y decidir tales asuntos.

Partiendo de la especial naturaleza de los cometidos propios del Estado, se ha precisado e, incluso, justificado, la modulación del proceso judicial cuando la Administración es parte en el mismo. Sobre el particular se adujo que, si bien no le compete al juez de la causa el cumplimiento de funciones administrativas ni la satisfacción directa de los intereses generales encomendados a la respectiva entidad pública, la función jurisdiccional si se ejerce en estos casos con el propósito de revisar y validar que el actuar público del Estado estuviere conforme a derecho. En palabras de Betancur Jaramillo (2013), el juez que conoce de las controversias en que es parte una entidad estatal es un controlador la actividad pública (Betancur Jaramillo, 2013, p. 49).

Así pues, al ser el Estado gestor y representante del interés público, sus entidades comparecen al proceso judicial con ciertos privilegios o prerrogativas (Betancur Jaramillo, 2013, 50). Según Ballesteros Panizo (2017), “[e]s la presencia del interés general, habitualmente representado por la Administración Pública, lo que hace necesario hacer algunas modulaciones o variantes sobre el arbitraje, sin que ello menoscabe la naturaleza del mismo” (Ballesteros Panizo, 2017, p. 49). Bajo este entendimiento, no resulta extraño fijar ciertas particularidades o tratos diferentes en el proceso judicial cuando al mismo comparece el Estado como parte.

Es por lo anterior que, calificándolos como *privilegios procesales*, la doctrina ha expuesto que son permisibles las medidas que en este sentido se adoptan para los procesos judiciales en que es parte la Administración, dada la especial naturaleza de su actividad, advirtiéndose al respecto que dicha validez dependerá, en cualquier caso, de la realización de un juicio de igualdad que permita establecer que tales singularidades no resulten arbitrarias, desproporcionadas o signifiquen un excesivo esfuerzo para quien las soporta (Esplugues Barona, 2018, p. 307). En razón de estas particularidades, la misma doctrinante ha colegido

que, “en un proceso contencioso-administrativo, sea judicial o sea arbitral, la desigualdad real entre la Administración y el administrado es palmaria” (Esplugues Barona, 2018, p. 320).

Al respecto, Díez (1972) indicó en su obra que la igualdad entre las partes es apenas relativa cuando al proceso comparece una entidad estatal, señalando a renglón seguido que, si bien el interés general puede servir de sustento para atribuir prerrogativas a la Administración cuando ésta, en el marco del ejercicio de sus funciones naturales -función administrativa o función pública-, actúa con el propósito de satisfacer intereses públicos, más no será de recibo que tales prerrogativas o tratos preferenciales le sean concedidos a la Administración en un proceso judicial, so pena de romperse la igualdad en detrimento de los intereses de la contraparte (Díez, 1972, p. 61).

En similares términos, González Pérez (1985) ha señalado que el principio de igualdad se “quiebra aparatosamente en los procesos administrativos o, en general, en los procesos en que es parte la administración pública” (González Pérez, 1985, p. 112). Para el autor, pese a que las normas tratan de establecer un trato igualitario real en el proceso para las entidades estatales y para quienes con ellas litigan, el resultado es tan solo aparente, pues, ante el juez, la Administración no comparece en condiciones de igualdad al gozar de una serie de prerrogativas, de ahí que nunca deja de ser ni de fungir como un sujeto privilegiado.

Navas Rondón (2017) critica la tendencia de fijar ventajas para la parte que defiende el interés público en el arbitraje, frente a lo cual expone que, al tratarse de un proceso judicial, el principio de igualdad de armas debe imperar sin distinciones concernientes a la naturaleza de las partes ni al objeto que atañe a cada una. Precisa al respecto que las partes deben recibir un trato justo y equilibrado, sin preferencias que impliquen oportunidades diferentes para probar lo pretendido y exponer sus alegaciones, destacando el importante papel que en este sentido le compete al árbitro con el propósito de dirigir en debida forma el trámite y adoptar decisiones imparciales, pese a las diferencias de trato que puedan advertirse durante el proceso en favor del Estado (Navas Rondón, 2017, p. 160).



García De Enterría y Fernández (2013) no han sido ajenos a este debate, sobre el cual han controvertido la *inercia* tendiente a tratar a la Administración como parte privilegiada en el marco del proceso judicial. A su juicio, las partes son rigurosamente iguales en lo que respecta a sus derechos y cargas procesales, sin que pueda primar un justiciable frente a los demás, menos cuando los beneficios o concesiones otorgadas a una parte no derivan de la ley sino que se fundamentan o encuentran asidero en “viejos hábitos mantenidos por simple inercia o por comodidad” (García De Enterría y Fernández, 2013, p. 648).

Las distintas posturas y consideraciones expuestas resultan disímiles, aspecto del todo comprensible si se tiene en cuenta el carácter relativo del principio de igualdad y las distintas acepciones que frente al mismo pueden concebirse y estructurarse, más cuando el juicio respectivo de paridad depende de las condiciones específicas de cada institución jurídica en el marco de la cual se realiza la ponderación de intereses y, también, del supuesto concreto al que se apliquen los postulados propios de la igualdad. Lo que sí se advierte y se ratifica con las consideraciones objeto de análisis es que, en el marco de todo proceso judicial en que sea parte el Estado y/o la Administración y/o una entidad de naturaleza pública y/o un particular que ejerza funciones administrativas, incluyéndose el arbitraje como mecanismo válido y pertinente para resolver las disputas originadas en el actuar público de tales instituciones, existe un trato diferenciado para las partes a raíz de la presencia del ente estatal como sujeto del litigio.

Pero, más allá de colegirse sobre dicho trato diferenciado, también se observa que la modulación del arbitraje nacional para los casos en que acude el Estado en calidad de parte, implica o da lugar a una desigualdad entre los sujetos en contienda, pues son evidentes y de marcada relevancia las medidas o condicionamientos fijados normativamente en defensa de los intereses jurídico-procesales de la entidad estatal y que significan una alteración de la situación en que acude la contraparte al litigio arbitral.

Piénsese no más en la sola presencia en el trámite arbitral doméstico de la ANDJE, entidad que acude al proceso como auxiliadora y defensora de los intereses del respectivo ente

público del orden nacional, esto es, con el único propósito de abogar por sus pretensiones o excepciones. Esta sola circunstancia genera sin duda un evidente desbalance o desequilibrio frente a la contraparte, pues se trata de la presencia de un actor más en el proceso cuyos argumentos habrán de revisarse y discutirse por el apoderado judicial, quien por ello se ve exigido a un mayor esfuerzo tendiente a controvertir, no solo el dicho y el sustento probatorio expuesto por la entidad pública, sino, además, por la ANDJE como coequipera del ente estatal.

Pero esta desigualdad, que en principio no puede considerarse discriminatoria ni arbitraria, pues estaría ajustada al interés público que defiende la entidad en el proceso y que, precisamente, justifica la existencia de la ANDJE, requerirá de los árbitros un correcto manejo durante el adelantamiento del proceso, siendo ellos los garantes de un debido proceso para el sujeto privado que acude como contraparte del Estado. Los árbitros tienen la responsabilidad de proveer en debida forma los espacios de intervención y las oportunidades probatorias y procesales a que haya lugar, en condiciones de proporcionalidad y suficiencia, con lo cual se materializará la defensa y contradicción como garantías propias del proceso.

Así las cosas, pese a inferir que hay una desigualdad entre las partes que acuden al arbitraje cuando una de ellas tiene naturaleza pública, hay lugar a concluir de manera general que este trato diferenciado encuentra una justificación constitucionalmente aceptable en el interés público que representa y defiende el ente estatal en el marco del proceso. Vale recordar que el solo hecho de advertir un trato desigual en un supuesto específico no constituye un acto, *per se*, reprochable o discriminatorio, de ahí que sea necesario validar si las medidas diferenciadas que en este sentido lleguen a evidenciarse resultan razonables y proporcionadas (Corte Constitucional, C-561, 2004). En lo que respecta a las distintas condiciones o medidas revisadas en el presente escrito, las cuales se fundamentan en el interés público, se observa que estas no resultan arbitrarias ni discriminatorias y, por ende, encuentran una justificación válida en los términos expuestos<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Vale la pena referir en este sentido a lo expuesto por Díaz Díez (2013), autor que sobre el particular señaló: “Aunque el bien común no puede imponerse siempre pasando por encima del derecho subjetivo individual, en

Además, se observa que las singularidades analizadas para el arbitraje nacional no tocan las oportunidades procesales dispuestas para la intervención de ambas partes. Tampoco alteran los momentos y etapas probatorias fijadas para que las partes en controversia actúen e intervengan en defensa de sus respectivos intereses y, en definitiva, no se advierte que las medidas o condiciones especiales a que se ha hecho mención en este escrito alteren o afecten los medios parejos de ataque y defensa previstos en el proceso para las partes, quienes, en todo caso, cuentan con opciones equivalentes de alegación, prueba e impugnación.

No puede perderse de vista que, incluso al proceso judicial, cuya naturaleza detenta, también, el arbitraje, el Estado comparece a él como sujeto sometido a derecho, pero es titular de un especial interés, el interés público (González Pérez, 1966, p. 57), condición que lo hace un sujeto cualificado y merecedor de un trato diferenciado, siempre y cuando ello no signifique situaciones de discriminación ni arbitrariedad en detrimento de la contraparte.

### **III. Conclusiones**

- El arbitraje doméstico constituye uno de los mecanismos válidos en Colombia para que las entidades públicas sometan sus controversias al conocimiento y decisión de

---

*otros casos es necesario garantizar los intereses de la colectividad, a pesar de que ello implique sacrificar las pretensiones singulares del actor, en un ejercicio de ponderación, efectuado en sede judicial. Sin embargo, difícilmente un juez que no sea consciente de la tensión que se cierne sobre las relaciones entre el Estado y los individuos, la cual implica, en ciertos eventos, conceder la razón al justiciable, pero en otros, mantener la legalidad de actuaciones dirigidas a preservar lo mejor para el interés general, podrá entender esta dinámica, y juzgará los órganos públicos y particulares que ejerzan funciones estatales, como si sus relaciones con los ciudadanos partieran de la igualdad, o sea, equiparando una relación que, por mandato constitucional y legal es distinta, porque el Estado, protector del interés general, no puede ubicarse en plano de igualdad con los particulares. En otras situaciones el interés general deberá sacrificarse, para reivindicar la defensa de los derechos del administrado: derechos subjetivos de orden legal, derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales o derechos colectivos.*

*“En últimas, lo que quiere expresarse es que si bien la especialización del juez contencioso-administrativo puede inducirlo a denegar las pretensiones del actor, en virtud de una interpretación rígida de las instituciones jurídico-administrativas, y hacerlo consciente de la necesidad de ponderar el interés general y el particular, optando a veces por aquel, ello no desvirtúa que se trate de un juez que garantice mejor los derechos de los ciudadanos, pues, en ciertos casos podrá, en cambio, sacrificar el interés general para proteger los derechos y porque garantizando el interés general, en últimas, también se salvaguardan los derechos de los ciudadanos”.* (Díaz Díez, 2013, p. 474)

los árbitros, destacándose al respecto que, dada la naturaleza de tales entes, el proceso arbitral está mayormente regulado por el legislador, quien ha dispuesto que en el caso de arbitrajes relacionados con contratos estatales, el trámite arbitral será el institucional dispuesto en el la Ley 1563 (2012) y el laudo respectivo tendrá que adoptarse en derecho.

- El proceso dispuesto para el arbitraje doméstico al que concurre una entidad pública en calidad de parte es especial y presenta distintas singularidades o condiciones que lo convierten en un proceso modulado en comparación con el previsto para los casos en que solo comparecen sujetos particulares a debatir sus asuntos de orden privado.
- Se han dispuesto distintas medidas, condiciones o requerimientos que deben cumplirse en los procesos arbitrales en que es parte una entidad estatal o un particular cuando ejerce funciones administrativas, los cuales dan lugar a un trato diferenciado del Estado en el arbitraje nacional.
- El trato diferenciado del Estado en el arbitraje nacional encuentra justificación en el interés general que detentan las distintas entidades públicas y los particulares cuando ejercen funciones administrativas, aspecto que relativiza la aplicación del principio de igualdad procesal y pueda considerarse, incluso, un trato desigual, dada la disposición de estas medidas especiales, sin que ello signifique, en todo caso, que haya un tratamiento arbitrario o discriminatorio en el arbitraje doméstico cuando se dé el supuesto estudiado.

## **Normatividad**

República de Colombia, Constitución Política de Colombia (1991)

República de Colombia, Congreso de la República. (18 de enero de 2011) *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.* [Ley 1437 de 2011]

República de Colombia, Presidencia de la República. (1 de noviembre de 2011) Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. [Decreto 4085 de 2011]

República de Colombia, Congreso de la República. (12 de julio de 2012) *Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.* [Ley 1563 de 2012]

República de Colombia, Congreso de la República. (12 de julio de 2012) *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.* [Ley 1564 de 2012]

República de Colombia, Congreso de la República. (22 de noviembre de 2013) *por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias.* [Ley 1682 de 2013]

República de Colombia, Presidencia de la República. *Políticas en materia arbitral.* (18 de mayo de 2018) [Directiva 04]

### **Referencias bibliográficas**

AYLWIN AZÓCAR, P. (2014). *El juicio arbitral.* Santiago, Chile: La Ley – Thomson Reuters.

BALLESTEROS PANIZO, C. I. (2017). *El arbitraje de derecho público.* Pamplona, España: Thomson Reuters – Aranzadi.

BEJARANO GUZMÁN, R. (2016). *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos.* 6ª edición. Bogotá, Colombia: Temis.

BETANCUR JARAMILLO, C. (2013). *Derecho procesal administrativo*. 8ª ed. Medellín, Colombia: Señal Editora.

CAIVANO, R. J. (2000). *Arbitraje*. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.

CÁRDENAS MEJÍA, J. P. (2013). *El laudo arbitral y los recursos de revisión y anulación en el arbitraje nacional*. En Estatuto arbitral colombiano – Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012 (pp. 255-305). Bogotá, Colombia: Legis.

DE VEGA PINZÓN, G. (2017). *Las condiciones especiales del árbitro para ciertos arbitrajes*. En H. Herrera Mercado y F. Mantilla Espinosa. (Eds.), *El árbitro y la función arbitral*. Tomo I. Vol. I. (pp. 267-282) Bogotá, Colombia: Ibáñez.

DEVIS ECHANDÍA, H. (1961). *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo I. Bogotá, Colombia: Temis.

DÍAZ CANDIA, H. (2011). *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje. Con especial referencia a la aceptación del arbitraje contencioso-administrativo*. Pamplona, España: Aranzadi – Thomson Reuters.

DÍAZ DÍEZ, C.A. (2013). *La jurisdicción de lo contencioso administrativo*. Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

DÍEZ, M. M. (1972). *Derecho administrativo*. Tomo VI. Buenos Aires, Argentina: Plus Ultra.

ESPLUGUES BARONA, C. (2018). *Arbitraje y derecho administrativo*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L. LEONARDI DE HERBÓN, H. M. (1998). *El arbitraje*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2017). *La deuda histórica del arbitraje moderno*. Madrid, España: Dykinson.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (2017). *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*. Barcelona, España: Bosh Editor.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. SÁNCHEZ LORENZO, S. A. STAMPA, G. (2018). *Principios generales del arbitraje*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

FLECHA CORVETTO, A. (2018). *¿Cómo elegir al mejor árbitro?* En A. BULLARD GONZÁLEZ. (Ed.), *Destrezas legales en el litigio arbitral* (pp. 131-140). Lima, Perú: Palestra.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. FERNÁNDEZ, T. R. (2013). *Curso de derecho administrativo*. Tomo II. 13ª ed. Pamplona, España: Thomson – Civitas.

GARCÍA PÉREZ, M. (2011). *Arbitraje y derecho administrativo*. Pamplona, España: Aranzadi – Thomson Reuters.

GIL ECHEVERRY, J. H. (2017). *Régimen arbitral colombiano*. Tomo I. 2ª edición. Bogotá, Colombia: Ibáñez.

GISBERT POMATA, M. (2015). *El contrato arbitral*. Pamplona, España: Thomson Reuters – Civitas.

GONZÁLEZ PÉREZ, J (1966). *El administrado*. Madrid, España: Publicaciones Abella.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1985). *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*. Bogotá, Colombia: Temis.

MERINO MERCHÁN, J. F. CHILLÓN MEDINA, J. M. (2006). *Tratado de derecho arbitral*. 3ª ed. Navarra, España: Thomson – Civitas.

MERKL, A. (1975). *Teoría general del derecho administrativo*. México D.F., México: Editora Nacional.

NAVAS RONDÓN, C. (2017). *El arbitraje en las contrataciones del Estado*. Lima, Perú: Legales ediciones.

PICÓ I JUNOY, J. (1997). *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona, España: Bosch Editor.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1991). *Fundamentos de derecho administrativo I*. Madrid, España: Centro de Estudios Ramón Aceres.

SAYAGUES LASO, E. (2011). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo II. 7ª ed. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.

## **Jurisprudencia**

Corte Constitucional. (1997) Sentencia T-352. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

Corte Constitucional. (8 de julio de 1998) Sentencia C-338. [MP Vladimiro Naranjo Mesa]

Corte Constitucional. (26 de agosto) Sentencia C-448. [MP Hernando Herrera Vergara]



Corte Constitucional. (17 de marzo de 1999) Sentencia C-160. [MP Antonio Barrera Carbonell]

Corte Constitucional. (22 de marzo de 2000) Sentencia C-330. [MP Carlos Gaviria Díaz]

Corte Constitucional. (26 de julio de 2000) Sentencia C-952. [MP Carlos Gaviria Díaz]

Corte Constitucional. (25 de octubre de 2000) Sentencia C-1436. [MP Alfredo Beltrán Sierra]

Corte Constitucional. (1 de julio de 2004) Sentencia C-561. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]

Corte Constitucional. (15 de julio de 2008) Sentencia C-713. [MP Clara Inés Vargas Hernández]

Corte Constitucional. (22 de mayo de 2013) Sentencia C-305. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

Corte Constitucional. (4 de diciembre de 2014) Sentencia C-947. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (14 de septiembre de 2016). Sentencia 56.346A. [CP Hernán Andrade Rincón]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. (3 de marzo de 2017) Sentencia 56.675. [CP Stella Conto Díaz Del Castillo]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (13 de marzo de 2017) Auto 57.593. [CP Guillermo Sánchez Luque]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C.  
(23 de enero de 2018). Auto 59.216. [CP Guillermo Sánchez Luque]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. (26  
de febrero de 2018) Sentencia 36.853. [CP Danilo Rojas Betancourth]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A.  
(17 de julio de 2018) Auto 61.538. [CP Adriana María Marín]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A.  
(10 de diciembre de 2018) Sentencia 61.431. [CP Marta Nubia Velásquez Rico]

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B.  
(16 de octubre de 2019) Auto 57.855. [CP Ramiro Pazos Guerrero]