



LA TUTELA CONTRA LAUDOS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Artículo para optar al título de Magister en Arbitraje Nacional,
Internacional y de Inversión.

Autor: YEFFERSON MAURICIO DUEÑAS GÓMEZ

Director tutor: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

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

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Bogotá – Colombia

2023

YEFFERSON MAURICIO DUEÑAS GÓMEZ

Abogado (Universidad Nacional), especialista en Derecho Constitucional (Universidad Nacional), en Derecho Administrativo (Universidad Externado) y en Derecho Penal (Universidad Sergio Arboleda). Maestría en Estudios Jurídicos (Universidad de Navarra - España - Convalidación MEN).

Integrante de la LISTA (B) DE ÁRBITROS EN DERECHO ADMINISTRATIVO DEL CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ (2021-2023).

Experiencia profesional de más de 20 años. Abogado y MAGISTRADO AUXILIAR DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA durante cerca de 15 años.

Becario de la Fundación Carolina. Ganador del Premio Parlamento de Navarra por la investigación sobre los derechos de las comunidades autónomas.

Docente en los niveles de pregrado, especialización y maestría en las Universidades Nacional, del Rosario, Santo Tomás, La Sabana, Autónoma y Libre de Colombia, entre otras.

Consultor independiente. Asesor externo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Justicia, la Auditoría General de la República, la Agencia Nacional de Tierras, la Gobernación de Cundinamarca y la Universidad de Cundinamarca, entre otras entidades públicas. Asesor y consultor de empresas del sector privado.

El autor expresa especial agradecimiento al Dr. **MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO**, ex presidente de la Corte Constitucional y árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, por su dirección y asesoría para la elaboración de este artículo.

RESEÑA

La doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional han concluido que los laudos nacionales son providencias judiciales y sobre esa base se ha admitido la procedencia de la acción de tutela en contra de ellos, aunque de manera excepcional. Sin embargo, no sucede lo mismo respecto de los laudos producto de un arbitraje comercial internacional, pues no existe consenso sobre si son o no providencias judiciales. Pese a esto, la Corte Constitucional ha proferido algunos pronunciamientos en los que ha avalado la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales, sin que sea una posición pacífica. El presente artículo analiza si es adecuado continuar el camino señalado por dicha tesis o si, por el contrario, es mejor revisar esa postura.

ABSTRACT

The doctrine and jurisprudence of the Council of State and the Constitutional Court have concluded that national awards are judicial decisions, and as such, the constitutional injunction ("acción de tutela") is exceptionally admissible against them. However, this conclusion does not apply to international commercial awards, because there is no consensus on whether they are judicial decisions. Despite this, the Constitutional Court has issued some rulings in which it has accepted the admissibility of the constitutional injunction ("acción de tutela") against international awards, although it is not a generally accepted position. This article discusses whether it is appropriate to continue down this path, or if it is better to revise the Constitutional Court's approach.

TUTELA CONTRA LAUDOS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

-Yefferson Mauricio Dueñas Gómez-

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 1563 de 2012 adopta un régimen dualista en materia de arbitraje, de manera que fija reglas distintas según se trate de arbitraje nacional o internacional con sede en Colombia. Esta dualidad también se ve reflejada en el diseño de los mecanismos previstos para cuestionar los laudos en sede judicial.

En el caso del arbitraje local o nacional, por un lado, la ley dispone que contra el laudo “*procede el recurso extraordinario de anulación*” (art. 40). Señala, además, que “*tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, son susceptibles del recurso de revisión*” (art. 45). En lo relativo al arbitraje internacional con sede en Colombia, por el otro, el Estatuto Arbitral prevé que contra el laudo “*solamente procederá el recurso de anulación*” (art. 107). En ninguno de los dos eventos se contempló la posibilidad de hacer uso de la acción de tutela. Pareciera que el Congreso de la República hubiese querido cerrar la puerta a la impugnación de los laudos por esta vía. De hecho, fue especialmente cauto con el arbitraje internacional al advertir en forma expresa que contra la providencia que decide el recurso de anulación “*no procederá recurso o acción alguna*” (art. 109).

Sin embargo, mientras una cosa dice la ley, otra enseña la jurisprudencia. Si en los tiempos de la Revolución Francesa tres palabras del Legislador eran suficientes para que bibliotecas enteras de Derecho fueran a parar a la basura (Kirchmann, 1983), en la actualidad una decisión judicial basta para hacer lo propio con las palabras del Legislador.

La Corte Constitucional ha señalado que los árbitros nacionales ejercen transitoriamente una función jurisdiccional y en esa medida sus decisiones son susceptibles de ser impugnadas a través de la acción de tutela, por supuesto de manera excepcional y luego de haberse agotado los mecanismos -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial. Esta posición se cimienta en sólidas bases constitucionales (arts. 86 y 116 CP): en primer lugar, porque los árbitros han sido transitoriamente habilitados por las partes para cumplir la función pública de administrar justicia y en esa medida sus decisiones tienen naturaleza jurisdiccional (equivalencia material); en segundo lugar, porque los árbitros están sujetos a un régimen asimilable al de los jueces (equivalencia funcional entre jueces y árbitros); y en tercer lugar, porque al cumplir la función de administrar justicia, los árbitros también deben ser garantes del debido proceso y de los demás derechos fundamentales, no solo en una dimensión formal sino material, es decir, desde el punto de vista del derecho sustantivo aplicable. Se

trata de una posición pacífica y uniforme consolidada al interior de la Corte desde hace ya más de dos décadas (sentencias SU-058 de 2003, SU-174 de 2007, C-713 de 2008, entre otras), que muestra la indeclinable visión de someter al tamiz del control constitucional los laudos nacionales.

En el caso del arbitraje comercial internacional -por el contrario- la discusión sobre la tutela contra laudos apenas ha comenzado y de ninguna forma puede decirse que existe una línea consolidada. A la fecha la Corte Constitucional solo se ha pronunciado en dos oportunidades, las sentencias SU-500 de 2015 (MP. Luis Guillermo Guerrero) y T-354 de 2019 (MP. Antonio José Lizarazo Ocampo), decisiones en las cuales ha aceptado que la tutela tenga cabida en el arbitraje internacional. Esta postura ha dado lugar a serias discusiones académicas, no solo por la inevitable reconfiguración de las reglas en torno al control judicial de los laudos en el arbitraje internacional con sede Colombia, sino también por el impacto que puedan tener en otras dimensiones, especialmente desde el punto de vista económico y de seguridad jurídica.

El arbitraje nacional es sustancialmente distinto del arbitraje comercial internacional. Por eso las premisas sobre las cuales se basa la procedencia de la tutela contra laudos en el primer escenario no pueden trasladarse de manera automática al segundo, como lo ha hecho la Corte Constitucional.

En el arbitraje comercial internacional: (i) es discutible que el laudo sea expresión de una función jurisdiccional y más bien se asemeja al desarrollo de un contrato como expresión de la autonomía negocial entre las partes; (ii) no es predicable la equivalencia funcional, puesto que el régimen y condiciones para fungir como árbitro es diferente (por ejemplo, no se requiere ser abogado); además, (iii) las partes son autónomas para definir las reglas de procedimiento y el derecho sustantivo aplicable. Ninguno de estos aspectos ha sido analizado a fondo por la Corte Constitucional en las dos únicas decisiones en las que se ha pronunciado sobre la tutela en el arbitraje internacional.

En el contexto descrito, a continuación se analiza si los argumentos para aceptar la procedencia de la tutela contra laudos internacionales con sede en Colombia son lo suficientemente sólidos para seguir por esa senda; o si por el contrario existen otras razones por las cuales sería prudente hacer un alto en el camino y revisar esa tesis.

II. LA TUTELA CONTRA LAUDOS INTERNACIONALES: UN ESTADO DE COSAS INCIERTO

En la jurisprudencia constitucional se ha consolidado la tesis de procedibilidad de la tutela contra laudos arbitrales nacionales. Sentencias como la T-244 de 2007, T-058

de 2009, T-288 de 2013 y SU-081 de 2020 así lo confirman. Sin embargo, no sucede lo mismo con la tutela contra laudos dictados por tribunales de arbitraje internacional con sede en Colombia, materia en la que solo existen dos pronunciamientos de la Corte Constitucional: la sentencia SU-500 de 2015 y la sentencia T-354 de 2019; decisiones que no constituyen precedente y hacen que el estado de cosas frente a la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales sea, a día de hoy, incierto.

Existe una sutil pero importante diferencia entre las figuras del “*antecedente*” y del “*precedente*”. El antecedente es “*una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico*” (sentencia SU-449 de 2016), que tiene un carácter orientativo. El precedente, por el contrario, se conforma de una o varias decisiones judiciales con similitud fáctica y jurídica con el caso a resolver y cuya *ratio decidendi* fija una regla clara para solucionarlo. Así, la diferencia entre antecedente y precedente “*gira en torno a la noción de ratio decidendi, ya que solo ante casos en los que haya fijado una regla de derecho para resolver controversias subsiguientes con similitud fáctica y de problemas jurídicos, se está en presencia del precedente judicial*” (sentencia T-643 de 2017). Las sentencias SU-500 de 2015 y T-354 de 2019 no satisfacen las características de un precedente judicial por lo siguiente.

(1) En la sentencia SU-500 de 2015, la Corte Constitucional estudió una acción de tutela interpuesta por ISAGEN en contra del laudo de un tribunal de la Cámara de Comercio Internacional que resolvió una controversia con el Consorcio La Miel por la ejecución del contrato que celebraron para construir una hidroeléctrica.

La Corte determinó que “*la posibilidad de reprochar una decisión arbitral por medio de la acción de tutela obedece a una equivalencia, al menos material, del laudo arbitral con una providencia judicial*”, y que el reproche judicial de un laudo está, en principio, sometido a los mismos requisitos de procedibilidad aplicables para la tutela contra providencias judiciales. Anotó, sin embargo, que “*el carácter especial de la justicia arbitral implica que se deba hacer un examen de procedibilidad —tanto de los requisitos generales como especiales— más estricto*” por cuanto está de por medio la voluntad de las partes de apartarse de la jurisdicción ordinaria para someterse a la justicia arbitral.

Infortunadamente, la Corte no explicó con exactitud qué significa un examen de procedibilidad “*más estricto*”, ni estableció el estándar a aplicar en materia de laudos. Tampoco realizó ninguna consideración especial relativa a la naturaleza del laudo objeto de revisión; lo trató como si hubiera sido un laudo nacional. La ausencia de un pronunciamiento concreto sobre por qué la acción de tutela procede contra una decisión arbitral internacional impide concluir que la sentencia SU-500 de 2015 constituya precedente en esta materia.

(2) La sentencia T-354 de 2019 sí se encarga de abordar directamente el asunto de la tutela contra laudos internacionales. En ella la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional estudió una acción de tutela interpuesta contra el laudo proferido por un tribunal del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que resolvió una disputa entre Gecelca S.A. E.S.P. y Gecelca 3 S.A.S. E.S.P. con el Consorcio CUC-DTC con ocasión de la construcción de una central térmica.

La Corte realizó un examen específico sobre *“procedencia excepcionalísima de la acción de tutela contra laudos internacionales”*, para lo cual se centró en tres aspectos: (i) la prohibición expresa de intervención judicial; (ii) la libertad de escogencia de las normas de derecho aplicables; y (iii) las causales de anulación internacionales.

(i) En cuanto a la prohibición expresa de intervención judicial (artículo 67 de la Ley 1563 de 2012), la Corte señaló que debe interpretarse en el sentido de que *“no se ha vedado la intervención de los jueces constitucionales ni tampoco se han excluido los laudos internacionales del ámbito objetivo de la acción de tutela”*, pues de lo contrario se admitiría que una ley ordinaria restringió el alcance del artículo 86 constitucional.

(ii) En cuanto a la libertad de escogencia de las normas de derecho aplicables, la Sala estimó que no es posible seguir las causales específicas de procedibilidad cuando se cuestiona un laudo internacional dictado con fundamento en el derecho sustancial extranjero. Determinó que *“el juez únicamente puede aplicar los requisitos específicos de procedibilidad en acciones de tutela formuladas contra laudos que estén gobernados, al menos parcialmente, por la ley colombiana”*. Sin embargo, no explica cuál es la base de esta distinción en razón de la ley sustancial aplicable.

(iii) Finalmente, respecto de las causales de anulación internacionales, la Sala advirtió que la causal de *“violación al orden público internacional de Colombia”* sobrepasa errores *in procedendo* e incluso permitiría plantear nuevos hechos y pruebas. Consideró que *“esta causal limita las posibilidades de acudir directamente a la acción de tutela contra laudos internacionales por no satisfacer el requisito de subsidiariedad”*.

Pese a que la sentencia T-354 de 2019 abordó con algún detenimiento el asunto analizado en este artículo, ello no significa que constituya precedente por al menos tres motivos.

En primer lugar, aun cuando se realizaron una serie de reflexiones en torno a la procedencia de la tutela contra laudos internacionales, ninguna de ellas fue la *ratio decidendi*. El argumento que sirvió como fundamento a la Sala Quinta de Revisión para declarar la improcedencia de la tutela fue que la sociedad accionante *“no logró probar que las mismas [las alegadas trasgresiones a sus derechos fundamentales] fueran*

ajenas a las causales de anulación y tampoco demostró que derivaran en un perjuicio irremediable". En ese sentido, la decisión de la Sala se sustentó en la falta de acreditación del requisito de subsidiariedad, el cual no es una exigencia especial cuando se trata de acción de tutela contra laudos internacionales.

En segundo lugar, no se puede concluir que estamos frente a un precedente si se examinan las aclaraciones de voto de dos de los tres magistrados que integraron la Sala de Revisión. El magistrado Antonio Lizarazo, quien fungió como ponente, aclaró el voto para apartarse de la tesis según la cual procede tutela contra laudos internacionales porque los árbitros internacionales administran justicia de manera transitoria. Por su parte, la magistrada Gloria Ortiz se separó del análisis sobre la relevancia constitucional y la subsidiariedad por considerar que el estudio fue deficiente. Los dos pronunciamientos reflejan serias discrepancias sobre la fundamentación de la decisión y, en especial, respecto del aspecto central de la discusión: la procedencia de la tutela contra laudos internacionales. Ante las falencias identificadas, no es posible considerar que la sentencia T-354 de 2019 sea precedente. Menos aún que lo sea de forma pacífica, reiterada o uniforme al interior de la Corte Constitucional. Es más bien una decisión insular rodeada por un extenso mar de cuestionamientos jurídicos.

En tercer lugar, el fallo fue dictado por una Sala de Revisión en lugar de la Sala Plena de la Corte Constitucional. Con esto no se quiere afirmar que una Sala de Revisión no pueda sentar precedente, sino que -dada la relevancia del asunto objeto de discusión- ha debido ser la Sala Plena quien sentara posición al respecto. Esta perspectiva es apoyada por situaciones históricas y legales.

La procedencia de la tutela contra providencias judiciales y laudos arbitrales es un asunto que ha sido definido por la Sala Plena de la Corporación. En efecto, en la sentencia C-543 de 1993 la Corte Constitucional determinó que el amparo procede contra "*vías de hecho*" que se encubren como providencias judiciales; tesis que luego fue precisada en la sentencia C-590 de 2005, cuando se acogió la noción de "*causales genéricas y específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales*"; ambos pronunciamientos son de la Sala Plena. En el caso de la tutela contra laudos nacionales, fue en la sentencia SU-174 de 2007 donde la Corte en pleno unificó la reglas sobre su procedencia excepcional. En ese orden de ideas, debería ser la Sala Plena quien determine, con fuerza vinculante -a través de una sentencia de constitucionalidad o de unificación de jurisprudencia-, si procede o no la tutela contra laudos internacionales.

Adicionalmente, el artículo 61 del Acuerdo 02 de 2015 (reglamento interno de la Corte Constitucional) dispone que "*los fallos sobre acciones de tutela instauradas contra providencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado deberán ser*

llevados por el magistrado a quien le corresponda en reparto a la Sala Plena”, para que esta última defina si avoca o no conocimiento del caso. Tal exigencia se debe a que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado son los órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, respectivamente, de modo que debe haber una especial deferencia hacia sus decisiones y el análisis de una acción de tutela contra sus providencias judiciales ha de ser más riguroso.

Algo similar sucede con el laudo de un arbitraje internacional. En efecto, de acuerdo con el estatuto arbitral (artículo 68), el recurso de anulación contra un laudo internacional debe ser resuelto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia o por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, según haga parte o no una entidad pública. Por lo tanto, si la sentencia de tutela llega a ser revisada por la Corte Constitucional, de acuerdo con el reglamento interno de la propia Corte, la tutela necesariamente debe ser presentada a consideración de la Sala Plena para que defina si avoca o no el estudio del caso.

En definitiva, hay dos antecedentes, pero ningún precedente constitucional sobre la tutela contra laudos internacionales.

Con todo, no puede desconocerse que en estas dos decisiones (SU-500 de 2015 y T-354 de 2019) la Corte Constitucional se declaró apta para adelantar y decidir solicitudes de amparo adoptadas por un tribunal arbitral internacional, aun cuando finalmente se abstuvo de emitir un pronunciamiento de fondo. En esa medida, podría sostenerse que las 2 decisiones sí constituyen precedente respecto de ese único punto: la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales internacionales, sustentadas específicamente en la tesis de la equivalencia jurisdiccional entre sentencias y laudos arbitrales a partir del artículo 116 de la Constitución.

La anterior es una afirmación razonable. Sin embargo, al respecto podrían hacerse dos observaciones que dificultan su aceptación. De un lado, no estamos ante una posición sólida, pacífica y reiterada en la jurisprudencia constitucional, sino ante las primeras aproximaciones en el análisis de una compleja problemática jurídica con múltiples aristas. De otro lado -como se verá más adelante-, la premisa de la cual parten estas decisiones acerca de la equivalencia jurisdiccional entre sentencias judiciales y laudos internacionales presenta graves deficiencias en su construcción. De manera que, si en gracia de discusión se aceptara que estamos ante decisiones que son precedente desde el punto de vista de la procedibilidad de la tutela contra laudos, en todo caso nada impediría revisar esa postura si se demuestra que el punto de partida sobre el cual está construida resulta equivocado. A eso se dedican las siguientes reflexiones.

Una prueba adicional que demuestra que la discusión sobre su alcance en el arbitraje comercial internacional con sede en Colombia sigue abierta es la relativamente

reciente decisión el Consejo de Estado, donde se abstuvo de dar trámite a una acción de tutela contra dos órdenes procesales proferidas por el Tribunal de Arbitraje del Centro Internacional para la Resolución de Disputas en el caso de GUINOVART contra METROPLÚS S.A. (rad. 2022-02205).

Al pronunciarse sobre la admisión la magistrada sustanciadora declaró la falta de jurisdicción del Consejo de Estado para tramitar y decidir la tutela y en consecuencia se abstuvo de darle trámite. Para ello invocó dos (2) argumentos: (i) que el artículo 67 de la Ley 1563 de 2012 prohíbe la intervención de los jueces nacionales en los asuntos sometidos a arbitraje internacional; y (ii) que en la sentencia T-354 de 2019 la Corte Constitucional señaló que la acción de tutela procede, “de manera excepcionalísima, para cuestionar laudos arbitrales internacionales, y no otras decisiones adoptadas durante el trámite del proceso arbitral internacional, como ocurre en el presente caso, en el que, como se vio, Metroplús S.A. ataca las órdenes procesales 35 y 38 de 2022”.

Esta última afirmación es sumamente problemática porque, aun cuando sirve de base para negar la procedencia de la tutela contra órdenes procesales en el arbitraje internacional, en el fondo también parece aceptar la tesis de la procedencia de la tutela contra laudos internacionales, asunto que por sus implicaciones merecería una reflexión más profunda. Aquí se advierte, al menos en principio, una contradicción, entre los dos (2) argumentos que sirven de base a la providencia: o no se permite la intervención de los jueces de tutela en el arbitraje internacional, precisamente con base en el artículo 67 de la ley 1563 de 2012, o sí se autoriza con independencia del *nomen iuris* de los actos examinados.

La decisión fue confirmada en apelación y el expediente, de acuerdo con los registros disponibles, no ha sido remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

De modo que el estado actual de cosas es incierto. Tenemos solo dos pronunciamientos que admiten la tutela contra laudos arbitrales internacionales bajo la premisa de que son, de uno u otro modo, materialmente equivalentes a las sentencias judiciales y de que el artículo 86 de la Carta Política así lo permite. No obstante, son decisiones judiciales que por sus particularidades no pueden considerarse como precedente judicial y, en ese sentido, la discusión sigue abierta. Además, contamos con una decisión del Consejo de Estado que precisamente evidencia la falta de claridad sobre el alcance de la acción de tutela en el marco del arbitraje comercial internacional. Es a partir de este contexto jurisprudencial que se realizan las siguientes reflexiones.

III. IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA LAUDOS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

La tesis según la cual la acción de tutela es procedente contra laudos en el arbitraje comercial internacional con sede en Colombia plantea serias dificultades desde el punto de vista jurídico. A continuación se exponen diez (10) razones sobre el particular, con el único propósito de invitar a una discusión más profunda, de manera que las decisiones en uno u otro sentido -a favor o en contra de la tutela- tengan fundamentos teóricos y prácticos más estructurados.

1. LAS BASES DE LA TUTELA CONTRA LAUDOS INTERNACIONALES NO SON SÓLIDAS

Las sentencias SU-500 de 2015 y T-354 de 2019 parten de dos premisas principales: (i) el arbitraje internacional es una manifestación de la función jurisdiccional y (ii) el arbitraje internacional se sustenta en el artículo 116 de la Carta Política. No obstante, ambas son erradas y de ahí que las bases de la tutela contra laudos internacionales no sean sólidas.

Para explicar por qué el arbitraje comercial internacional no pretende el ejercicio de funciones jurisdiccionales, que es la primera premisa a refutar, es preciso recordar las tesis sobre la naturaleza jurídica de este mecanismo alternativo, sin que con ello se busque señalar a alguna como correcta.

La primera es la teoría jurisdiccional del arbitraje, que lo considera como *“una concesión del Estado, lo cual implica que este último está facultado para ejercer un control sobre todos los procesos arbitrales llevados a cabo dentro de su territorio”* (Talero, 2022). Los árbitros imparten justicia y sus decisiones son equivalentes a las de un juez. El problema con esta tesis, explica la doctrina autorizada, es que *“ignora el surgimiento del mecanismo arbitral como un fenómeno económico de carácter privado, el cual, lejos de emanar de una concesión del Estado, se ha originado y desarrollado en el ámbito del comercio internacional”* (Talero, 2022).

La segunda teoría, llamada contractualista, sugiere que son *“las partes, y no la ley del Estado, las que confieren competencia a los árbitros para dirimir una controversia, por lo que el laudo encarna el querer de las partes frente a una solución definitiva”* (Riachi, 2016). A diferencia de la teoría jurisdiccional, aquí los árbitros no ejercen jurisdicción sino que son mandatarios o agentes de las partes. Además, conforme a la versión más ortodoxa de esta postura, cualquier intervención o asistencia judicial resulta inconveniente e innecesaria (Talero, 2022).

La tercera teoría, denominada mixta, es una conjunción de las dos anteriores. Pregonan que los árbitros deben equipararse a los jueces nacionales a efectos de dotar a sus decisiones de obligatoriedad y eficacia, y pugna por el acatamiento de normas imperativas del Estado respecto de cómo debe llevarse a cabo el arbitraje (Talero, 2022). A la par, aduce que el proceso arbitral solo puede ponerse en marcha si esa es la voluntad de las partes en conflicto, quienes además definen el tipo de arbitraje y las reglas a seguir.

Por último, encontramos la teoría autónoma o supranacional, para la cual *“el arbitraje es un fenómeno económico cuya naturaleza no se puede enmarcar dentro de las teorías ya existentes”* (Talero, 2022), sino que debería estar determinado por su finalidad y características, especialmente de naturaleza económica y global.

Más allá de la tesis que se acoja, existe una verdad irrefutable: por el contexto en el que se desarrolla, el arbitraje comercial internacional se enmarca dentro de una lógica de globalización y es un mecanismo para solucionar de manera ágil las controversias suscitadas en los negocios internacionales: *“el carácter voluntarista del arbitraje internacional y su naturaleza propia, como elementos esenciales de este, se fundamentan en el fenómeno globalizador que el comercio ha tenido en los últimos años, razón por la cual son los comerciantes, quienes al requerir una solución ágil, eficiente y segura, moldean la naturaleza jurídica del arbitraje actualmente”* (Riachi, 2016).

Desde esta perspectiva, el arbitraje comercial internacional se asimila más a un mecanismo contractual de resolución célere de controversias, que a una forma de ejercer jurisdicción o impartir justicia. Lo que importa a las partes en pugna es que un tercero dirima de manera ágil y definitiva una controversia concreta -claro está, con respeto a unas pautas básicas que garanticen las reglas por ellas fijadas- antes que *“obtener justicia”* en sentido estricto. Así, pierde fuerza la tesis que defiende la procedencia de la tutela contra laudos internacionales porque son la manifestación de una función jurisdiccional.

El segundo punto a refutar es la postura de la Corte Constitucional según la cual el sustento del arbitraje comercial internacional es el artículo 116 de la Carta Política (SU-500 de 2015 y T-354 de 2019). Siendo así, por ejemplo, si el Congreso llegase a eliminar la expresión *“árbitros”* de dicha disposición, ¿el arbitraje comercial internacional quedaría sin sustento en Colombia? Existen buenas razones para sostener que no, porque hay otros artículos de la Constitución que respaldan el arbitraje comercial internacional.

De un lado, el artículo 226 de la Carta Política reza que *“el Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre*

bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional". Esta disposición avala que el Estado colombiano participe activamente del fenómeno de la globalización y sirve de fundamento para los tratados de libre comercio y los tratados bilaterales de inversión ratificados por Colombia, en los que generalmente se acuerda acudir al arbitraje (tanto comercial internacional como de inversión) para dirimir eventuales controversias.

Si a lo anterior se suma que, de acuerdo con el artículo 9 de la Constitución, las relaciones exteriores se cimentan en *"el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia"*, entre los cuales se encuentran los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*, suprimir la expresión *"árbitros"* del artículo 116 Superior no bastaría para eliminar el arbitraje comercial internacional.

Adicionalmente, el artículo 333 de la Constitución reconoce las libertades económicas. De acuerdo con la Corte Constitucional (Sentencia C-029 de 2022), uno de los aspectos esenciales de las libertades económicas es la libertad de configuración contractual, la cual supone que las partes definan *"cómo se estructura el contrato y cuál es su contenido, derechos y obligaciones"*. Dentro de esta concepción, íntimamente ligada con la autonomía de la voluntad -cuyo fundamento constitucional también puede encontrarse en el artículo 16 Superior-, debe comprenderse la facultad de las personas de determinar los mecanismos de resolución de controversias contractuales, que perfectamente puede incluir el arbitraje comercial internacional, aun si se llegara a eliminar el artículo 116 de la Carta Política.

Aquí es preciso recordar que, conforme al principio de legalidad, *"los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes"* (artículo 4 CP). En ese sentido, si la ley no prohíbe expresamente acudir al arbitraje comercial internacional, esta posibilidad no se puede restringir aún si desaparece el artículo 116 Superior. Tesis confirmada por el ya referido artículo 333 de la Carta Política, el cual prevé que las libertades económicas solo encuentran restricción en la Constitución y la ley. Luego, el hecho de que el arbitraje dejara de mencionarse en la Constitución no sería un argumento válido para sostener que el pacto arbitral pierde eficacia. Solo una prohibición expresa conduciría a esa conclusión.

Lo explicado también refuerza la postura de que el arbitraje comercial internacional encuentra sustento en el fenómeno de la globalización y la voluntad de las partes en ejercicio de su libertad económica. De ahí que no deba ser visto como un mecanismo a través del cual se imparte justicia, sino como un método de resolución de controversias. Por ello no es viable sostener que la acción de tutela procede contra laudos internacionales sobre la premisa de que estos son una manifestación del ejercicio de jurisdicción; antes bien, son decisiones que trascienden esa categorización.

En síntesis, independientemente de la tesis que se acoja sobre la naturaleza jurídica del arbitraje comercial internacional, lo cierto es que este se ha concebido como una alternativa contractual de solución de conflictos, mas no como un mecanismo judicial propiamente dicho.

Lo anterior se refuerza al constatar que el sustento constitucional del arbitraje comercial internacional no es el artículo 116 de la Carta Política, sino sus disposiciones sobre internacionalización y libertad económica. De ahí que la similitud que las sentencias SU-500 de 2015 y T-354 de 2019 plantean entre este y la función jurisdiccional, semejanza en la cual justificaron la tutela contra laudos internacionales, carezca de bases sólidas.

2. LOS MIEMBROS DE TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES CON SEDE EN COLOMBIA NO SON AUTORIDADES PÚBLICAS

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es posible interponer una acción de tutela en contra de un laudo arbitral internacional dado que este último es materialmente igual a una sentencia judicial. Dicha tesis solo tiene sentido bajo la siguiente premisa: los árbitros de un arbitraje comercial internacional son particulares que ejercen función jurisdiccional de manera transitoria, en los términos del artículo 116 de la Carta Política de Colombia, lo que a su vez implica que son servidores públicos transitorios (esto es, mientras ostentan la calidad de árbitros).

De antaño, la Corte Constitucional ha sostenido que los árbitros son “autoridad pública”. Así lo hizo en la sentencia C-451 de 1995, que estudió algunas normas del Decreto Legislativo 2279 de 1989 sobre pérdida de honorarios de los árbitros a título de sanción por incumplir sus deberes, en la cual señaló que *“los árbitros, como autoridades públicas, deben ceñir su conducta a los postulados de la buena fe (...) los árbitros, al igual que las restantes autoridades judiciales, deben, garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución”* (Sentencia C-451 de 1995).

Lo anterior fue reiterado en la sentencia T-069 de 2022, que dejó sin efecto dos sentencias judiciales que ordenaron a dos árbitros a responder civilmente por supuestos errores judiciales. Además, cuando en la sentencia T-354 de 2019 se examinó la legitimación por pasiva, la Corte Constitucional señaló que el Tribunal de Arbitraje era *“la autoridad que presuntamente vulneró los derechos fundamentales de las accionantes*. Empero, este argumento no puede tener cabida por varios motivos.

Los *“árbitros”* a los que se refiere el artículo 116 de la Constitución son los que actúan en un arbitraje nacional; no los que hacen parte de un tribunal internacional. La explicación de esta afirmación es histórica: Colombia es un país signatario de la

Convención de Nueva York de 1958 (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras), la cual fue ratificada por el Estado mediante la Ley 39 de 1990. También de la Convención de Panamá de 1975 (Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional), ratificada a través de la Ley 44 de 1986. El arbitraje comercial internacional no estaba desarrollado en Colombia al momento de redactarse la Carta Política de 1991, al punto de que no existía regulación nacional sobre la materia. De ahí que fuera poco probable que el Constituyente de 1991 asumiera que dentro de la categoría de “árbitros” se encontraban los que fungían como tales en el arbitraje comercial internacional con sede en Colombia.

En ese sentido, Salazar Parra (2020) ha explicado que si bien el arbitraje comercial internacional estaba regulado en la Ley 2ª de 1938, esta fue derogada por el Código de Procedimiento Civil de 1970, que no estableció nada al respecto. También ha señalado que, ante la ausencia de regulación del arbitraje comercial internacional en la legislación colombiana, el Consejo de Estado anuló al menos un laudo internacional bajo la premisa de que en el país no eran válidas las cláusulas en las cuales una entidad pública acordaba convocar tribunales de arbitraje internacional porque su pacto no estaba autorizado por el ordenamiento jurídico, ni tenía la potestad de fijar un procedimiento diferente al legalmente establecido (es el caso del laudo de Corelca contra Westinghouse International Corporation, anulado por el Consejo de Estado mediante sentencia del 4 de noviembre de 1982, expediente 2721). Es decir, aunque para 1991 Colombia era parte de tratados internacionales relativos al reconocimiento y ejecución de laudos internacionales, el desarrollo del arbitraje comercial internacional era precario -casi inexistente- para la época, de modo que no existe razón para pensar que la Asamblea Nacional Constituyente hacía alusión a esta modalidad cuando diseñó el artículo 116 de la Carta Política.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que a diferencia de los árbitros que participan de tribunales nacionales, los árbitros de un tribunal de arbitraje comercial internacional con sede en Colombia no deben cumplir con requisitos que son necesarios para poderlos considerar como funcionarios judiciales. Para sustentar este argumento basta revisar el artículo 7º de la Ley 1563 de 2012, el cual establece los requisitos que debe cumplir una persona para poder ser designada como árbitro en un tribunal nacional; el artículo 16 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (artículo 16), que establece las reglas de sometimiento y de recusación de tales administradores de justicia; y el artículo 19 de la Ley 1563 de 2012, el cual prevé que “*en los términos de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el control disciplinario de los árbitros (...) se regirá por las normas disciplinarias de los servidores judiciales y auxiliares de la justicia*”.

Las anteriores exigencias explican por qué sí es jurídicamente válido considerar que los árbitros de tribunales nacionales son servidores públicos de manera transitoria. No solo administran justicia, que es una función eminentemente estatal, sino que también (i) se les exige reunir los mismos requisitos que los magistrados de Tribunal Superior, (ii) están sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y conflictos de interés aplicable a los funcionarios del Estado; y (iii) son objeto de control disciplinario por parte de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Nada de lo anterior sucede en el caso de los árbitros de un tribunal comercial internacional con sede en Colombia. La Ley 1563 de 2012 no exige que ellos cumplan los requisitos señalados en el artículo 7°. Es más, su artículo 73 prevé que los árbitros de un arbitraje internacional con sede en Colombia no necesitan ser nacionales colombianos, ni ser abogados, ni tener habilitación para practicar el derecho en el país. La norma tampoco establece que quienes han sido condenados por sentencia judicial a pena privativa de la libertad están vedados del ejercicio del arbitraje, ni que ellos están sometidos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y conflictos de interés de los servidores públicos colombianos; mucho menos que son objeto de control disciplinario. Así pues, lo único que comparten los árbitros de un tribunal nacional y los árbitros de un tribunal comercial internacional es que ambos resuelven controversias jurídicas que las partes someten a su conocimiento de mutuo acuerdo.

La marcada diferencia de trato entre los árbitros del arbitraje nacional y los del arbitraje internacional permite concluir que estos últimos no ejercen función jurisdiccional. Deciden asuntos jurídicos por voluntad de las partes en conflicto, pero sin tener una calidad o naturaleza equiparable a la de nuestras autoridades judiciales. Si así lo fuera, el ordenamiento jurídico colombiano les exigiría los mismos o similares requisitos -como en el caso de los árbitros que actúan en casos nacionales-; pero no lo hace, por lo que sus funciones no pueden ser equiparables.

Existe un argumento adicional. El artículo 55 de la Ley 270 de 1996 dispone que la parte resolutive de todas sentencias judiciales debe estar precedida de la siguiente fórmula: *“Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley”*. De acuerdo con la Corte Constitucional (Sentencia C-037 de 1996), el empleo de tales palabras antes de adoptar una decisión no es un simple formalismo, sino que implica que quien está dirimiendo el conflicto ejerce su función en representación de todos los asociados del Estado y en virtud de un mandato que ellos le han conferido. En otras palabras, ejerce una verdadera función pública.

Lo interesante de esto es que la parte resolutive de los laudos nacionales está precedida por la fórmula contenida en el artículo 55 de la Ley 270 de 1996. Para

comprobarlo, basta verificar cualquiera de las decisiones que reposan en la biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá (<https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/24362>).

Por el contrario, los laudos internacionales no utilizan la expresión “*Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley*” antes de adoptar la decisión que corresponda. A manera de ejemplo, el laudo arbitral dictado por un tribunal de la Cámara de Comercio de Bogotá en el caso de China United Engineering y Donfang Turbine Co. Ltda. (Consortium CUC-DTC) contra Generadora y Comercializadora de Energía del Caribe – GECELCA S.A. E.S.P. y GECELCA 3 S.A.S. E.S.P. señala, como preámbulo de la decisión, “*En vista de todas las consideraciones de la parte motiva del presente Laudo, el Tribunal decide*”.

El hecho de que los árbitros nacionales, antes de emitir su dictamen, utilicen la expresión “*Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley*” reafirma su condición de autoridad judicial transitoria. Entre tanto, el hecho de que los árbitros internacionales no lo hagan refuerza la postura de que ellos dirimen conflictos jurídicos sin ser autoridad judicial.

Vale la pena resaltar que la tesis de la equivalencia de los árbitros de tribunales internacionales con las autoridades judiciales ha sido cuestionada al interior de la propia Corte Constitucional. Es el caso del Magistrado Antonio José Lizarazo, quien en su aclaración de voto a la sentencia T-354 de 2019 afirmó que admitir que los árbitros internacionales ejercen función jurisdiccional “*implica dar cabida a que extranjeros, aplicando ley foránea, puedan ejercer transitoria y temporalmente una función pública*”. Igualmente, el fallo de tutela que fue revisado en la sentencia T-354 de 2019 también tiene una aclaración de voto del entonces Magistrado Alberto Yepes Barreiro, en la cual sostuvo que “*los tribunales arbitrales internacionales no pueden ser considerados como autoridades públicas colombianas a la luz del artículo 86 superior*”.

Una precisión final: la ley estatutaria de administración de justicia señala que los particulares, actuando como árbitros habilitados por las partes, ejercen una función “jurisdiccional” (artículo 13). Desde esta perspectiva, los árbitros nacionales podrían ser considerados autoridades públicas, o si se quiere autoridades jurisdiccionales (por supuesto transitoriamente). Sin embargo, los árbitros no tienen la condición “autoridades” o “servidores” judiciales, pues la ley estatutaria es clara en señalar que la calidad de “funcionarios” está reservada a los Magistrados de las Corporaciones Judiciales, los Jueces de la República y los Fiscales (artículo 125). Luego, menos aún lo podrían ser los árbitros internacionales.

3. LOS LAUDOS PROFERIDOS POR TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES NO SON MATERIALMENTE EQUIVALENTES A LAS SENTENCIAS JUDICIALES

Existe consenso en que los laudos proferidos por tribunales arbitrales nacionales son materialmente equivalentes a las sentencias judiciales; pero no sucede lo mismo con los laudos dictados por tribunales arbitrales internacionales. En el presente artículo se adhiere a la tesis de que estos últimos no pueden ser equiparados a providencias judiciales por tres razones. La primera está fundamentada en cómo la Ley 1563 de 2012 define a los laudos arbitrales nacionales; la segunda, en las diferencias en la fórmula que antecede la parte resolutive de uno y otro tipo de laudo; y la tercera, en las razones que la Corte Constitucional ha utilizado para admitir la acción de tutela en contra de dichas decisiones.

Para empezar, es necesario remontarse al artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, el cual dispone que “el laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje”. Es decir, desde la misma Ley se asimila el laudo arbitral a una providencia judicial. Pero no equipara a cualquier laudo con una sentencia, sino exclusivamente el dictado por un tribunal arbitral nacional. El sustento de tal premisa es simple: el artículo 1° se encuentra dentro del capítulo I de la Sección Primera de la Ley 1563 de 2012, denominado “*Normas generales del arbitraje nacional*”, de modo que lo allí contemplado aplica únicamente a esta modalidad. Adicionalmente, al remitirse a la regulación del arbitraje internacional (artículos 62 y siguientes de la Ley 1563 de 2012) no se encuentra una disposición similar, lo cual quiere decir que el Legislador no quiso equiparar los laudos dictados por tribunales arbitrales internacionales con las decisiones judiciales.

La Ley 270 de 1996 es otro cuerpo normativo que reafirma la falta de equivalencia legal entre los laudos internacionales y las sentencias judiciales. Tal como se explicó previamente, su artículo 55 exige que la parte resolutive de los fallos esté precedida de la fórmula “*Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley*”. Los laudos nacionales la utilizan, lo que denota su carácter de una verdadera providencia judicial; entre tanto, los laudos internacionales no recurren a ella antes de referirse al dictamen, lo que confirma que no son providencias judiciales. De serlo, necesariamente deberían cumplir con la exigencia de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Es entonces claro que los laudos internacionales no son materialmente equivalentes a los fallos judiciales desde una concepción legal. Este tesis se refuerza cuando analizamos las características que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, habilitan la interposición de la acción de tutela contra laudos nacionales. En efecto, la Corte Constitucional (Sentencia T-131 de 2021) ha sostenido que las decisiones de los

árbitros nacionales se equiparan a la de los jueces en tanto (i) los primeros están investidos transitoriamente de la función de administrar justicia y (ii) sus resoluciones son vinculantes para las partes y tienen efectos de cosa juzgada. En sus palabras, “*en relación con los laudos arbitrales, esta Corte ha considerado que, dado que éstos son producto del ejercicio de una función jurisdiccional y tienen efectos de cosa juzgada, deben ser equiparados materialmente con las providencias judiciales a efectos de analizar la procedencia de la acción de tutela contra aquellos*”. (Sentencia SU-103 de 2022).

La característica o efecto de hacer tránsito o tener efecto de cosa juzgada no es exclusiva de los laudos nacionales. De hecho, las decisiones adoptadas a través de otros mecanismos alternativos de solución de conflictos también ponen fin a los conflictos con fuerza de cosa juzgada, sin que sean por ello decisiones jurisdiccionales. Por ejemplo, en el caso de la transacción, el efecto de cosa juzgada se lo otorga el artículo 2483 del Código Civil al disponer que “la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia”. Por su parte, el artículo 64 de la Ley 2220 de 2022 confiere al acta de conciliación el carácter de cosa juzgada al señalar que “el acta de conciliación contentiva del acuerdo prestará mérito ejecutivo y tendrá carácter de cosa juzgada”. Finalmente, el artículo 60 de la Ley 1563 de 2012 prevé que “la decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción” y estos últimos son los dispuestos en el artículo 2483 del Código Civil, antes citado.

En ese sentido, la característica de cosa juzgada no es la determinante para considerar que una decisión que pone fin a un conflicto es de naturaleza jurisdiccional o no. Lo que en el fondo importa para determinar el carácter judicial de una decisión es quién la dicta: si una autoridad judicial (permanente o transitoria) o un particular. Los árbitros nacionales son autoridades judiciales transitorias, pero los árbitros internacionales no lo son. Luego, aunque los laudos internacionales hacen tránsito a cosa juzgada, estos no son proferidos por una autoridad judicial y por tanto no son materialmente equivalentes a las sentencias.

Ahora bien, es cierto que la Convención de Nueva York de 1958, se titula expresamente “Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras”. Ello en principio sugiere una suerte de asimilación al referirse a los laudos como “sentencias arbitrales”. Sin embargo, el hecho de que en el ámbito internacional la Convención utilice esa denominación formal no significa que forzosamente haya un fenómeno “material” o consustancial o de identificación esencial entre sentencias y laudos internacionales que tenga, ni que el mismo pueda transpolarse automáticamente al derecho interno.

La asimilación que hace la Convención se debe entender en tanto decisiones heterocompositivas a cargo de un tercero imparcial -juez o árbitro-, con el propósito

de que puedan ser ejecutadas como sentencias judiciales, mas no por ser materialmente sentencias judiciales. Lo que permite su ejecutabilidad, de acuerdo con la propia Convención, es el hecho de que los laudos sean asimilables a decisiones definitivas y por lo tanto obligatorias para las partes.

De esta manera, las sentencias son actos públicos proferidos en ejercicio del poder jurisdiccional estatal, mientras que los laudos son actos particulares dictados en desarrollo del poder dispositivo de las partes sobre los derechos transables en conflicto. Solo que por disposición del derecho internacional y nacional gozan de la protección y los efectos que los legisladores suelen otorgar a ciertas actuaciones de los particulares, como las transacciones, las amigables composiciones o las actas de conciliación; y aunque algunos de estos mismos actos puedan tener el efecto de cosa juzgada y prestar mérito ejecutivo, como ocurre con las sentencias, no por ello pierden su condición de actos entre particulares con efectos vinculantes.

4. EL PRINCIPIO DE HABILITACIÓN COMO EXPRESIÓN DE LA CONVENCIONALIDAD DE LAS PARTES

Si en gracia de discusión se acepta que el artículo 116 Superior es el fundamento del arbitraje comercial internacional, la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales sigue siendo discutible. En efecto, la Corte Constitucional (Sentencia C-330 de 2012) ha señalado que dicha disposición consagra el principio de voluntariedad o de libre habilitación, el cual reconoce la facultad de los contratantes de sustraer un asunto del conocimiento de la justicia estatal para entregárselo a la justicia arbitral.

En rigor jurídico, sería más preciso hacer referencia al principio de convencionalidad y no de voluntariedad, puesto que la habilitación de los árbitros emana no de una decisión unilateral de alguna de las partes (su voluntad), sino del acuerdo o convención surgido entre ellas, de su común acuerdo (convencionalidad), para someter la solución de una controversia a la decisión de un tercero y sustraerla de la jurisdicción estatal.

En el caso colombiano, la propia ley autoriza que se desplace la justicia estatal (el artículo 107 del estatuto arbitral permite que, cuando ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en Colombia, excluyan el recurso de anulación o lo limiten a una o varias de las causales allí contempladas). Si en virtud del principio de convencionalidad se puede desplazar la justicia estatal para excluir el recurso de anulación, aún más podría excluirse la acción de tutela, mecanismo por demás extraño a la justicia arbitral internacional. Ello por cuanto el principio de libre habilitación implica que, *“como consecuencia del acuerdo de voluntades reflejado en el pacto*

arbitral, las partes aceptan por anticipado que se sujetarán a lo decidido por el tribunal de arbitramento” (Corte Constitucional, C-330 de 2012).

Las características del principio de convencionalidad o libre habilitación podrían resumirse de la siguiente manera: (i) se sustenta en la existencia de un mutuo acuerdo entre las partes; (ii) la consecuencia de su aplicación es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión de las partes de excluir a los jueces estatales del conocimiento de determinado asunto para, en su lugar, someterlo a consideración de la justicia arbitral; (iii) las partes, en ejercicio de este principio, permiten una única excepción a la exclusión de la justicia estatal del conocimiento del caso: la resolución del recurso de anulación; y (iv) las partes aceptan por anticipado que se sujetarán a lo decidido por el tribunal de arbitraje.

Admitir la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales contraría el principio constitucional de voluntariedad o libre habilitación en materia de arbitraje por varias razones:

De un lado, la presentación de una acción de tutela rompe elementos esenciales que integran el principio de libre habilitación, en particular porque con ello se activa la justicia estatal, que las partes decidieron habían decidido excluir del conocimiento de la controversia.

De otro, en caso de que se conceda la acción de tutela, la autoridad judicial que la resuelva dictaría -implícita o explícitamente- pautas sobre cómo se debió haber resuelto la controversia. Bien sea porque fija la interpretación de una disposición, señala el sentido en el que se debió valorar una prueba, determina el procedimiento que el tribunal de arbitraje debió haber seguido o desarrolla cualquier otro lineamiento que necesariamente impactará en el nuevo dictamen. No importa si en el nuevo laudo se mantiene la misma decisión o se varía, lo que resulta relevante es la intromisión del juez de tutela en las consideraciones que habrá de tener en cuenta el tribunal. En efecto, *“una tutela que anule un laudo sí condiciona indirectamente una decisión en un futuro proceso arbitral entre las mismas partes y por los mismos hechos”* Gaviria y Londoño (2019), de modo que el tribunal de arbitraje ha de ceñirse a las consideraciones realizadas por el juez constitucional para evitar que otra vez deje sin efecto el laudo (no necesariamente tiene que ser mediante otra acción de tutela; bastaría con iniciar un incidente de desacato en el que el juez de primera instancia determine que el nuevo laudo no se ajusta al fallo de tutela y ordene rehacerlo).

Los dos problemas planteados persisten incluso en caso de que la Corte Constitucional deje de fundamentar la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales en la tesis que ha venido sosteniendo: que los árbitros y sus decisiones son materialmente equiparables a las autoridades y las providencias judiciales,

respectivamente. Por eso hay que revisar la procedencia del amparo contra laudos internacionales en su integridad; no solo en cuanto a su justificación actual.

A la parte vencida aún le queda una opción unilateral pero avalada de mutuo acuerdo: el recurso de anulación. Mecanismo procesal mediante el cual, en todo caso, podrá alegar la vulneración de sus derechos fundamentales, adaptando su reclamo a alguna de las causales taxativamente señaladas en la ley. Si la jurisprudencia se decanta por defender la teoría de la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales, no existe manera de hacerla compatible con el principio de voluntariedad o libre habilitación, porque no habría forma de eliminar los dos graves riesgos que fueron explicados. Por eso, probablemente sería mejor dejar atrás dicha tesis.

En suma, es necesario cambiar la perspectiva sobre el arbitraje comercial internacional y entender que no estamos ante un verdadero ejercicio de función jurisdiccional (premisa que será reforzada en argumentos posteriores), sino frente a un mecanismo privado de resolución de controversias contractuales. Su fundamento no se encuentra en el artículo 116 de la Carta Política, que señala quiénes detentan jurisdicción en Colombia, sino en otras disposiciones como los artículos 226 y 333 de la Constitución.

Teniendo en cuenta ese contexto, no es posible apoyar la tesis de que la acción de tutela contra laudos internacionales porque estos últimos son producto del ejercicio de jurisdicción. De llegar a aceptarse que la fuente normativa del arbitraje comercial internacional es el artículo 116 Superior, lo cierto es que admitir la procedencia del amparo contra decisiones arbitrales internacional terminaría por anular el principio de convencionalidad que dicho artículo reconoce.

5. EN LA TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL ES ALTAMENTE CUESTIONABLE

Desde la sentencia C-590 de 2005, la Corte Constitucional determinó que el primer requisito general de procedencia de acciones de tutela en contra de providencias judiciales es la relevancia constitucional. Esto porque *“el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones”*. Las únicas dos sentencias que han abordado la acción de tutela contra laudos arbitrales internacionales -sobre la base de que se trata de un amparo contra providencias judiciales- han reiterado dicha exigencia. No obstante, la forma como analizaron la relevancia constitucional es problemática por lo siguiente.

En la sentencia SU-500 de 2015, la Corte Constitucional señaló de manera vaga que cuando estamos frente a acciones de tutela contra laudos arbitrales, *“el*

cuestionamiento en sede constitucional tiene como fundamento principal la pretensión en torno a afectaciones del derecho al debido proceso por parte del operador de la administración de justicia". La sentencia T-354 de 2019 intenta desarrollar un poco más lo dicho en la sentencia SU-500 de 2015 y en ella se afirma que, en este tipo de casos, la relevancia constitucional depende de demostrar un "quebrantamiento [del derecho al debido proceso] en su dimensión in procedendo y no sobre razonamientos que recaigan en aspectos meramente legales y contractuales de la controversia sometida al juicio arbitral in iudicando", pues la tutela no es el escenario para reabrir el fondo de la controversia definida por los árbitros.

La precisión que intentó realizar la Corte Constitucional en el año 2019 es uno de los puntos más débiles de sus tesis. Esto porque la violación al derecho al debido proceso por errores *in procedendo*, que es lo que ella exige acreditar para dar por satisfecho el requisito de relevancia constitucional, es algo que se puede alegar vía recurso de anulación. Así lo ha reconocido la propia Corte Constitucional (Sentencia SU-033 de 2018) al asegurar que aquel "es el medio idóneo para que el juez verifique la adecuación del laudo a los parámetros constitucionales respecto a las causales que están enfocadas en la valoración del derecho al debido proceso por posibles errores in procedendo". Luego, no tiene ningún sentido que la relevancia constitucional de la acción de tutela dependa de demostrar errores que en realidad deben ser alegados mediante otro mecanismo judicial (el recurso de anulación), lo que además plantea un problema de subsidiariedad.

Ahora, la jurisprudencia constitucional también ha justificado la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por "la imperiosa necesidad de que exista una interpretación unificada sobre el alcance y límites de los derechos fundamentales" (Corte Constitucional, Sentencia SU-917 de 2010). Este razonamiento no puede ser extendido a la acción de tutela contra laudos internacionales por varias razones.

Primera, según la propia jurisprudencia constitucional, el derecho fundamental que resulta relevante para el amparo contra laudos internacionales es el debido proceso. Empero, esta garantía es susceptible de ser protegida a través del recurso de anulación. Se trata entonces de autoridades judiciales obligadas a hacer efectiva la Carta Política, incluyendo su interpretación por parte de la Corte Constitucional. Así pues, existe una protección indirecta, por llamarlo de algún modo, que no torna necesaria la intervención del juez de tutela.

Segunda, la interpretación unificada que realiza la Corte Constitucional no se limita a explicar en qué consiste determinado derecho fundamental, sino cómo este debe ser aplicado en determinados casos. Por eso, en sus pronunciamientos establece cómo debe ser interpretada una norma de derecho sustantivo o cómo debe ser valorada

cierta prueba por parte de las autoridades judiciales y tienen como fin último sentar un precedente de obligatoria observancia para los demás jueces del país, lo cual permite a los ciudadanos tener seguridad jurídica y anticiparse a una posible decisión. Sin embargo, lo anterior es ajeno al arbitraje comercial internacional e incompatible con esta figura, en la cual cada tribunal arbitral es autónomo para decidir, no existe la figura del “precedente” y, por su misma naturaleza, los Estados no están llamados a garantizar la previsibilidad de las decisiones que los árbitros adopten. Lo anterior se refuerza cuando se tiene en cuenta que la justicia arbitral está diseñada para resolver un conflicto que solo interesa a las partes, sin generar efectos vinculantes para terceros (Cano *et al*, 2019).

Por último, es del caso traer a colación las sentencias C-252 y 254 de 2019, en las que la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de los Acuerdos para la Promoción y Protección de Inversiones suscritos con Francia e Israel, respectivamente. Dichas sentencias aplicaron un estándar más riguroso que el que se venía utilizando para estudiar ese tipo de tratados internacionales, el cual consistió en recurrir a un test de razonabilidad (cuyos fundamentos y pasos no es del caso estudiar aquí). Pese a haber elevado el estándar de análisis, ni siquiera en tales oportunidades la Corte Constitucional condicionó los artículos sobre mecanismos de solución de controversias en el entendido de que contra las decisiones allí adoptadas (particularmente cuando se recurriera a tribunales arbitrales internacionales) procede la acción de tutela. La falta de condicionamiento denota que el amparo no es relevante -ni necesario- para estos casos y tampoco para el arbitraje comercial internacional.

6. EL ESTADO NO PUEDE SER RESPONSABLE POR LA CONDUCTA DE LOS TRIBUNALES DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL CON SEDE EN COLOMBIA

La tesis de la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales se sustenta en una premisa: los árbitros internacionales ejercen función jurisdiccional de manera transitoria, lo que de suyo implica asimilarlos a servidores públicos transitorios. Apoyar esta teoría y su fundamento impulsa una peligrosa postura: que el Estado puede ser responsable por el error judicial atribuible a un tribunal de arbitraje internacional e incluso puede responder internacionalmente con ocasión de conductas de este. El análisis de la posible responsabilidad nacional o internacional del Estado es amplio y merece ser abordado en un documento separado, de modo que aquí solo se dejan plasmadas algunas ideas.

En el ámbito nacional tenemos al artículo 90 de la Carta Política, el cual señala que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, fórmula conocida como la cláusula general de responsabilidad del Estado. La Ley 270 de 1996

desarrolla la responsabilidad del Estado por cuenta de sus funcionarios judiciales e incluye dos normas que son de especial relevancia para el presente artículo. La primera es el artículo 66, que define el error jurisdiccional como *“aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley”*. La segunda es el artículo 74, según el cual las reglas de responsabilidad aplican a los particulares que ejercen función judicial transitoria, como lo son los árbitros.

En atención a ambas normas, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han considerado que es posible declarar la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por acciones y omisiones de los árbitros. Lo han hecho bajo la premisa de que los árbitros son *“agentes del Estado”*, es decir, servidores públicos.

El Consejo de Estado (rad. 39.798, 2021) ha explicado que el concepto de *“agente estatal”* previsto la Ley 270 de 1996 incluye a los árbitros en tanto la función de impartir justicia es propia y exclusiva del Estado. Ha argumentado que no admitir que los árbitros son agentes del Estado sería igual a afirmar que ellos administran justicia de manera privada, lo que resultaría incompatible con el Estado de Derecho en el que nos encontramos y con la concepción de la justicia como una función pública. Así las cosas, para el Consejo de Estado es imposible concebir a los árbitros como personas que administran justicia de manera privada, so pena de admitir que dentro del Estado existen sistemas de justicia paralelos y por fuera del control de lo público. De ahí que, según su criterio, lo correcto es asimilarlos a agentes del Estado o servidores públicos, que es lo mismo.

La postura del Consejo de Estado parece ser respaldada por la Corte Constitucional, particularmente en la sentencia T-069 de 2022. En ella, la Corte estudió el régimen de responsabilidad de los árbitros y adujo que *“los artículos 65 y 74 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia establecen la responsabilidad del Estado por error jurisdiccional en los casos en que de forma excepcional y transitoria los particulares ejerzan la función de administrar justicia”*. Pese a que no desarrolló esta afirmación, es posible concluir que su análisis es similar al realizado por el Consejo de Estado debido a las normas invocadas.

Las consideraciones realizadas por ambas Altas Cortes han surgido en el marco de casos que involucran a tribunales de arbitraje de carácter nacional, pero podrían ser aplicables a los tribunales de arbitraje comercial internacional con sede en Colombia porque, al final de cuentas, el núcleo del razonamiento es idéntico: los árbitros -nacionales o internacionales- administran justicia de manera transitoria, función que se supone es competencia exclusiva y excluyente del Estado.

La tesis de la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales reforzaría la idea de que ese último razonamiento es aplicable para tribunales arbitrales internacionales. Esto por una simple razón: el Estado colombiano no puede sostener que procede el amparo contra laudos arbitrales porque los árbitros internacionales ejercen función jurisdiccional (lo que implicaría que son servidores públicos transitorios), pero negar que los tribunales de arbitraje internacional son autoridad pública en Colombia para efectos de determinar la responsabilidad del Estado. Si la justicia va a asumir que los árbitros internacionales ejercen jurisdicción transitoria, y en consecuencia se comportan materialmente como jueces, debe hacerlo para todos los efectos.

De modo que la simple base teórica sobre la que se funda la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales trasciende la esfera de la protección de los derechos fundamentales de las personas hasta llegar a comprometer la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado. En otras palabras, estimar que un árbitro internacional (que no debe ser colombiano, ni abogado, ni está sujeto al estricto régimen disciplinario colombiano) es una autoridad pública para así justificar la posibilidad de solicitar un amparo con ocasión del laudo que él dicte, también tiene (un fuerte) impacto en otras esferas del Derecho.

Una situación similar ocurre con la responsabilidad internacional del Estado. De acuerdo con Rojas (2009), uno de los requisitos para que esta se configure es que debe existir un hecho o acto ilícito internacional imputable al Estado presuntamente responsable. Y según la doctrina, *“el único comportamiento atribuido al Estado en el plano internacional es el de sus órganos de gobierno o de otros que hayan actuado bajo su dirección o control o por instigación de esos órganos, es decir, como agentes del Estado”* (Meza, 2010).

En la esfera internacional se ha entendido que una persona que no sea parte del Estado funge como agente de este cuando el derecho del Estado la faculta para ejercer atribuciones de poder público y ella obra en ejercicio de esas competencias (Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, 2001). Si aplicamos el fundamento teórico de la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales, ese sería el caso de los tribunales arbitrales internacionales con sede en Colombia comoquiera que la jurisprudencia constitucional considera que son autoridades públicas que ejercen jurisdicción de manera transitoria.

Siguiendo ese razonamiento, si un tribunal de arbitraje internacional desconoce derechos humanos previstos en convenios multilaterales suscritos por Colombia, sería el Estado quien debería responder a nivel internacional. Lo mismo podría pasar por el desconocimiento de tratados de libre comercio y de inversión.

Dos comentarios generales. El primero es que las repercusiones de adoptar una teoría mixta, en la que los árbitros internacionales se consideren autoridad para la procedencia de la tutela pero no para efectos de la responsabilidad nacional e internacional del Estado, serían nefastos. No solo porque habría un grave problema de incoherencia, sino porque además se corre el riesgo de ser un Estado que defiende la naturaleza de autoridad pública de los árbitros internacionales para cuestionar sus decisiones, pero no cuando las actuaciones de estos puedan comprometer su responsabilidad o la del Estado.

La segunda reflexión es que permitir que el Estado responda, nacional o internacionalmente, por los errores, acciones y omisiones de tribunales de arbitraje internacional carece de sentido. No es posible que el Estado pueda ver comprometida su responsabilidad por cuenta de decisiones que adopten extranjeros que ni siquiera deben reunir las calidades de nuestros jueces, y que además pueden estar justificadas en un derecho sustancial diferente al colombiano. Las razones jurídicas y de conveniencia para evitar que esto suceda se quedan sin fundamento si desde la contraparte se replica que en Colombia los árbitros internacionales son autoridad pública porque así se deriva de la teoría de la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales. En ese contexto, apoyar dicha tesis expone al Estado a un riesgo innecesario.

En la aclaración de voto a la sentencia T-069 de 2022 el Magistrado Alejandro Linares Cantillo advierte que no se debería considerar a los árbitros nacionales como agentes del Estado a efecto de determinar su responsabilidad patrimonial. Lo justifica en la misma premisa que se ha defendido en este trabajo: los árbitros no son agentes del Estado, lo que de suyo implica sostener que bajo ninguna circunstancia se les puede considerar como una autoridad pública en el arbitraje comercial internacional.

7. ADMITIR LA PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA LAUDOS INTERNACIONALES DESCONOCE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1969

El artículo 9° de la Constitución Política establece que las relaciones exteriores de Colombia se fundan, entre otros aspectos, en el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por el país. El artículo 226, a su vez, ordena al Estado promover la internacionalización de sus relaciones económicas.

Colombia ha suscrito dos importantes tratados internacionales: la Convención de Nueva York de 1958 (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras), ratificada mediante la Ley 39 de 1990; y la Convención de Panamá de 1975 (Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional), ratificada a través de la Ley 44 de 1986.

En lo referente a los principios de derecho internacional aceptados por el Estado, e incorporados a nuestro ordenamiento en atención al artículo 9° de la Constitución, es preciso traer a colación los dos principios de la Convención de Viena de 1969, tratado aprobado en Colombia mediante la Ley 32 de 1985, sobre derecho de los tratados en cuanto a la observancia de estos últimos. El primer principio es el de *pacta sunt servanda*, según el cual “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (Organización de Naciones Unidas, 1969). El segundo es el previsto en el artículo 27 de la Convención de Viena, en virtud del cual “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (Organización de Naciones Unidas, 1969).

Teniendo este panorama claro, es preciso detenernos en lo siguiente: el artículo 5° de la Convención de Nueva York de 1958 trae las causales taxativas por las cuales un Estado puede negarse al reconocimiento y ejecución de un laudo internacional. Lo mismo hace el artículo 5° de la Convención de Panamá de 1975.

Admitir la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales puede conducir a que este mecanismo sea utilizado como una forma de negar el reconocimiento y ejecución de una decisión arbitral por fuera de las causales taxativas contenidas en la normatividad internacional, dado que en la tutela se podrían alegar vicios o errores diferentes a los expresamente estipulados en los tratados. Lo anterior derivaría en que el Estado, a partir de la invocación de disposiciones internas, desconozca las obligaciones que contrajo al ratificar dichas convenciones, hecho que implicaría una trasgresión del derecho internacional y de los artículos 9° y 226 de la Constitución.

Es posible que haya quien argumente, desde una posición de monismo interno, que el Estado colombiano no puede inaplicar su propia Carta Política para favorecer tratados internacionales y menos cuando se trata de una figura tan importante como la acción de tutela. La respuesta a este cuestionamiento es sencilla: aquí no se trata de privilegiar el derecho internacional sobre el interno o viceversa, sino de encontrar un equilibrio: garantizarles a las partes sus derechos mientras que a la par se respetan las características propias del arbitraje comercial internacional. Es aquí donde entra en juego el recurso extraordinario de anulación, el cual permite discutir violaciones al debido proceso por errores *in procedendo* (según la sentencia T-354 de 2019, la tutela debe restringirse a esa clase de vicios) recogiendo las causales contenidas en los artículos 5° de la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975.

En ese sentido, considerar el recurso de anulación como el sustituto efectivo e idóneo de la acción de tutela evita que el Estado colombiano desconozca sus obligaciones internacionales, comoquiera que las causales de anulación contempladas en el artículo

108 de la Ley 1563 de 2012 respetan lo pactado en los tratados antes enunciados. Dicho de otro modo, es la forma adecuada para acatar los principios de *pacta sunt servanda* y no invocación del derecho interno. Así, además, se logra la mejor interpretación sistemática posible de los artículos 9° y 226 de la Constitución, que ordenan internacionalizar las relaciones del Estado y lo obligan a comportarse según los principios del derecho internacional, con el artículo 86 Superior, que si bien se refiere a la acción de tutela, a la postre busca que el Estado garantice a las personas un mecanismo efectivo e idóneo de protección de sus derechos.

8. LOS EFECTOS DE CONCEDER UN AMPARO CONTRA UN LAUDO INTERNACIONAL SON INTRASCENDENTES A NIVEL INTERNACIONAL

En el acápite anterior se señaló que los artículos 5° de la Convención de Nueva York de 1958 y de la Convención de Panamá de 1975 prevén las causales taxativas por las cuales un Estado puede negarse al reconocimiento y ejecución de un laudo internacional. De estas es importante destacar la contenida en el literal e) del numeral 1°, que dispone lo siguiente: “que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia”. Así, la normatividad internacional autoriza a los Estado a negar el reconocimiento de un laudo si este ha sido anulado por una autoridad competente de la sede en la que se profirió. Es decir, cuando luego de surtido un proceso de revisión de la validez de la decisión arbitral, que se adelanta por medio del recurso de anulación (Talero, 2022), esta es dejada sin efecto.

En el caso colombiano, conforme al estado actual de cosas, sería posible que un laudo internacional también sea revocado vía acción de tutela. Empero, este último mecanismo no es reconocido a nivel internacional, de modo que cualquier efecto que él genere es indiferente para los demás Estados. Ello significa que aun cuando la parte vencida interponga una acción de tutela contra una decisión arbitral y el amparo prospere, en todo caso la parte vencedora puede acudir ante las autoridades de otro Estado para que reconozcan y ejecuten el laudo. En esa hipótesis no habría lugar a negar el reconocimiento y la ejecución con base en la Convención de Nueva York de 1958 (artículo V.1.e) toda vez que, en estricto sentido, la invalidez del dictamen del tribunal arbitral no fue consecuencia de un juicio de anulación.

Lo anterior pone de presente que, por más importante que sea la tutela a nivel local, su trascendencia en el ámbito internacional es discutible. En esas condiciones, el Estado colombiano no gana nada con defender la tesis de la procedencia del amparo contra laudos internacionales, pues la supuesta protección de derechos fundamentales solo tendría aplicación a nivel nacional. Antes bien, apoyar esta tesis genera críticas (razonables) en contra de Colombia. Por ejemplo, se le podría acusar

de permitir a sus autoridades judiciales pronunciarse sobre el fondo de la controversia sometida a arbitraje -en tanto la acción de tutela no tiene una restricción tan clara como sí la tiene el recurso de anulación- y de convertir los procesos arbitrales en trámites de varias instancias (considerando que la acción de tutela tiene doble instancia y puede ser revisada por la Corte Constitucional, donde también puede formularse incidente de nulidad). Tales reproches, que están relacionados con la seguridad jurídica y con el plazo de resolución del conflicto, podrían desincentivar la utilización del país como sede de arbitrajes comerciales internacionales.

Lo anterior no significa que las autoridades judiciales colombianas deban renunciar a su labor de proteger los derechos fundamentales. Lo que evidencia es que esa función la deben ejercer a través de mecanismos que no generen dudas sobre la conveniencia de pactar al Estado colombiano como sede del arbitraje y que además tengan incidencia a nivel internacional, pues de lo contrario la protección de los derechos sería inane. El mecanismo que cumple con ambas características es el recurso extraordinario de anulación, por lo cual es necesario que la jurisdicción constitucional tenga un debate profundo (y enmarcado en la realidad del comercio internacional) sobre la eficacia y la idoneidad de este para desplazar a la acción de tutela como el medio judicial para garantizar derechos fundamentales cuando de laudos internacionales se trate.

Finalmente, llama la atención de un fenómeno conocido como la “*deslocalización*”. De acuerdo con Talero (2022), sus partidarios sostienen que “el único escenario real de control sobre el laudo arbitral, es el trámite previsto por la Convención de Nueva York para el reconocimiento y ejecución de dicho laudo arbitral por parte de las cortes de las jurisdicciones a las cuales se acuda para tales efectos”. Esto significa que pueden incluso desconocer las decisiones que adopten los jueces del Estado sede frente al recurso de anulación. Y si ello es así con un mecanismo internacionalmente conocido, no cabe duda de que el mismo tratamiento recibiría la acción de tutela.

9. LAS CAUSALES ESPECÍFICAS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES SON DE IMPOSIBLE O DIFÍCIL APLICACIÓN EN CONTROVERSIAS RESUELTAS CONFORME AL DERECHO DE OTRO ESTADO

Riachi (2016) ha explicado que el elemento de “*internacionalidad*” en el arbitraje internacional es “determinante en la medida en que les permite a las partes, *inter alia*, solucionar la controversia mediante una ley sustancial diferente a la de la sede del arbitraje”. Es decir, aunque el arbitraje se adelante con sede en Colombia, el conflicto puede dirimirse con base en el ordenamiento jurídico de cualquier otro Estado a voluntad de las partes, potestad ratificada en el artículo 101 de la Ley 1563 de 2012 al disponer que “el tribunal arbitral decidirá de conformidad con las normas de derecho

elegidas por las partes”. Es justo ahí donde entra otra dificultad de la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales.

Desde la sentencia C-590 de 2005 la Corte Constitucional ha desarrollado los conceptos de causales genéricas y específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Estas últimas son las siguientes: (i) defecto sustantivo, (ii) defecto fáctico, (iii) defecto procedimental, (iv) defecto orgánico, (v) desconocimiento del precedente, (vi) error inducido, (vii) violación directa de la Constitución y (viii) decisión sin motivación. Partiendo de la -cuestionable- tesis de que los laudos internacionales son materialmente equivalentes a las providencias judiciales, esas causales serían las que podrían utilizarse para cuestionarlos vía acción de tutela. Sin embargo, lo cierto es que su aplicación es problemática cuando estamos frente a una controversia que debe solucionarse según el Derecho de otro Estado.

Para empezar, hay que descartar la posibilidad de la procedencia de la acción de tutela por los defectos orgánico y procedimental. Esto por cuanto los literales c) y d) del numeral 1° del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012 establecen que el recurso de anulación procede cuando el laudo se refiere a asuntos no contemplados en el acuerdo de arbitraje (problema de competencia del tribunal de arbitraje) y cuando se desconoce el procedimiento arbitral acordado por las partes o fijado por la ley, respectivamente. Incluso podría descartarse la causal de decisión sin motivación, pues el numeral 2° del artículo 104 de la Ley 1562 de 2012 exige que el laudo esté motivado salvo convenio de las partes y al ser esta una regla de procedimiento, habría lugar a solicitar la anulación de la decisión arbitral si llegase a desconocerse.

Adicionalmente, surgen dudas sobre la posibilidad de invocar la causal de violación directa de la Constitución. Digamos que en atención a las normas constitucionales, existe algún asunto que no era susceptible de arbitraje -por ejemplo, derechos laborales ciertos e indiscutibles-. En ese caso procede el recurso de anulación en atención al literal a) del numeral 2° del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012. Además, habría que verificarse si la presunta violación de la Constitución se encuadra o no dentro del concepto de “*orden público internacional de Colombia*”, evento el cual el laudo podría ser anulado de oficio conforme al literal b) del numeral 2° del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012. De cualquier modo, es necesario comprender que los jueces constitucionales no pueden pretender, vía acción de tutela, acoplar el ordenamiento jurídico de otro Estado a nuestra Carta Política. Por tales razones, es dudosa la aplicabilidad de la causal de violación directa de la Constitución.

Retomando la parte final, tampoco hay lugar a cuestionar un laudo internacional bajo el argumento del desconocimiento del precedente constitucional porque es de imposible aplicación. En efecto, los pronunciamientos de la Corte Constitucional recaen sobre normas nacionales o internacionales que han sido incorporadas al

ordenamiento jurídico colombiano, pero la controversia se ha de resolver con base en disposiciones extranjeras sobre las que no existe precedente constitucional. Luego, es imposible desconocer o apartarse de una *ratio decidendi* inexistente.

Dicho lo anterior, tenemos la primera aplicación controversial: el defecto sustantivo, que, en términos generales, se presenta cuando existen problemas de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Si estamos ante un conflicto que debe resolverse conforme a la ley de otro Estado, el llamado para interpretar ese ordenamiento jurídico es el tribunal de arbitraje, autorizado por las partes para el efecto. Pero el juez de tutela carece de habilitación para interpretar y aplicar la legislación foránea y no tiene conocimiento de ella, de modo que determinar si el laudo adolece o no de un error hermenéutico excede sus competencias.

El defecto fáctico plantea un problema similar. Esta causal específica de procedibilidad se utiliza para cuestionar la valoración probatoria realizada por las autoridades judiciales y cómo eso tuvo incidencia en la decisión final. De por sí, verificar si el tribunal arbitral erró o no en su análisis probatorio es una seria intromisión en sus funciones, ya que se trata de una facultad que ni siquiera tiene el juez de la anulación -quien sí es internacionalmente reconocido para revisar un laudo-. Además de ello, para declarar acreditado el defecto fáctico el juez de tutela necesita entender el contexto y determinar si la valoración o no de un medio de convicción cambiaba la forma de aplicar cierta norma. Empero, otra vez nos enfrentamos al inconveniente de que el juez constitucional desconoce las disposiciones sobre el fondo del litigio, por lo que adelantar ese tipo de análisis no le es posible.

10. EL ESTADO COLOMBIANO NO DEBERÍA SER AJENO A LA PRÁCTICA INTERNACIONAL SOBRE LA IMPROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA LAUDOS INTERNACIONALES

Colombia no es el único país que tiene un mecanismo de protección de derechos fundamentales. México, Costa Rica, Perú, España, Venezuela, entre muchos otros, también tienen instrumentos similares a la acción de tutela (generalmente denominados amparo) y, al igual que nosotros, sus jueces han discutido ampliamente la procedencia de dichos mecanismos de protección de derechos fundamentales en contra de laudos arbitrales. Cristhian Miguel Salcedo Franco (2020) explica cómo funciona el amparo contra estas decisiones arbitrales en los países inicialmente mencionados.

En lo que respecta al Perú, anota que en un principio el Tribunal Constitucional admitió la procedencia del amparo contra laudos arbitrales, pero en el año 2011 se vio obligado a revisar esta tesis porque *“la acción de amparo se había convertido en un recurso ordinario dentro de los procesos arbitrales”*. El cambio adoptado por la Alta Corte fue entender que el recurso de anulación es integral y, en consecuencia, por

regla general puede sustituir al amparo como mecanismo para proteger derechos fundamentales (sentencia del 21 de septiembre de 2011, expediente 00142-2011-PA/TC).

En el caso de Costa Rica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se ha decantado por la misma línea asumida por el Tribunal Constitucional del Perú después del año 2011, esto es, considerar que el recurso de anulación es el mecanismo adecuado para pretender la protección de derechos fundamentales presuntamente desconocidos por un laudo arbitral. Prueba de ello es un pronunciamiento en el que la Sala Constitucional dictaminó que *“si el recurrente estima que con lo actuado por el tribunal recurrido, se violenta el derecho al debido proceso y a la defensa amparada, podrá plantear (...) ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, el recurso de nulidad contra el laudo arbitral, por ser dicha Sala el órgano competente [...] que determinará si existen o no las violaciones alegadas por el recurrente”*.

La jurisprudencia mexicana no ha tenido que debatir si el recurso de amparo procede o no contra laudos arbitrales porque su legislación es clara. En efecto, la Ley de Amparo, que reglamenta los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos de México, dispone en su artículo 1° que el recurso de amparo procede contra “normas generales, actos u omisiones de autoridad”, y el artículo 5° prevé que la autoridad responsable es la que “dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas”. Según el mismo artículo, el concepto de autoridad responsable incluye a los particulares cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad.

Ya de tiempo atrás, hace casi 80 años, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (1949) abordó la discusión sobre si los árbitros caben o no dentro de la categoría de “*autoridad*” de cara al recurso de amparo y concluyó que no. Lo hizo sobre la base de que la función de los árbitros es privada y sus decisiones también lo son, comoquiera que ni su competencia ni sus laudos emanan por voluntad del Estado, sino por el querer de las partes en conflicto.

Ese razonamiento sigue teniendo vigencia en la actualidad, pues el concepto de autoridad no ha variado. Y con base en esos mismos argumentos, tampoco puede entenderse que en México los árbitros son particulares que pueden fungir como “*autoridad responsable*” en los términos de la ley de amparo, pues la naturaleza de sus actuaciones es privada pese a que por medio de ellas impartan justicia. Lo que sí es claro es que el mecanismo de amparo sí procede en contra de la decisión del juez nacional de ejecutar o no el laudo, por tratarse de una providencia judicial, aunque aún se debate si el amparo se tramita por la vía directa o por la indirecta (Ovalle Piedra, 2020).

El caso venezolano es la excepción a lo que se ha expuesto hasta el momento. Esto, debido a que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha estimado que el recurso de amparo sí procede contra laudos internacionales. Incluso ha llegado a sostener que para reconocer y ejecutar un laudo, este debe respetar y cumplir las normas y principios de la Constitución venezolana (Salcedo, 2020).

La jurisprudencia española es muy similar a la mexicana en esta materia. El Tribunal Constitucional considera que no procede el recurso de amparo contra laudos porque el arbitraje es un mecanismo de resolución de controversias que se funda en la autonomía de la voluntad. En sus palabras: “un medio heterónomo para el arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad [...] queda sustraído del propio proceso constitucional” (Tribunal Constitucional Español, 2005). La similitud también se encuentra en que, por el contrario, el amparo puede servir para cuestionar o impugnar la decisión de anulación o de reconocimiento y ejecución del laudo, toda vez que emanan del poder judicial.

Los países analizados, salvo Venezuela, consideran que el amparo no es procedente contra laudos y que el recurso de anulación es una vía procedente para formular reproches por supuesta vulneración de derechos fundamentales, lo que nos prueba una clara tendencia internacional. Salcedo (2020) asegura que en el derecho comparados los árbitros internacionales no son considerados como autoridad pública sino que ostentan una naturaleza *sui generis* que impide que sus decisiones sean cuestionadas mediante el amparo como si se tratase de una sentencia dictada por un juez nacional.

Colombia tal vez debería seguir esta senda, que incluso podría catalogarse como un “estándar”, no porque sea una “moda”, sino por las implicaciones que tiene que esta sea la tesis reiterada a nivel mundial. De un lado, la procedencia de la acción de tutela en contra de laudos arbitrales puede generar que litigios que fueron diseñados para durar un corto periodo de tiempo se prolonguen mucho más de lo debido, considerando que el proceso de amparo es de doble instancia y la acción de tutela puede ser seleccionada por la Corte Constitucional para revisión. Y es que ya tuvimos la experiencia: el laudo cuestionado vía tutela por ISAGEN, cuyo proceso culminó con la expedición de la sentencia SU-500 de 2015, fue proferido el 2 de julio de 2010 y la decisión de la Corte Constitución que puso fin a la controversia data del 6 de agosto de 2015. Si continuamos por esa senda mientras que otros países, debido a la tesis de la improcedencia del amparo, sí garantizan tiempos menores de resolución del conflicto, es altamente probable que Colombia deje de ser un país atractivo como sede de arbitrajes internacionales (o no se convierta en uno, según la visión que se tenga del estado actual del arbitraje internacional), resultado que sería indeseable y lamentable.

De otro lado, los jueces colombianos están “*sometidos al imperio de la ley*”, como lo dispone el artículo 230 de la Constitución. Pero la aplicación de la ley -o de la Carta Política- no se puede hacer de manera ciega sino que también debe consultar el contexto y los efectos que pueda producir. Por ello, si la Corte Constitucional puede encontrar una fórmula que garantice la protección de derechos fundamentales y seguridad jurídica en el comercio internacional (lo cual se puede lograr, por ejemplo, con una interpretación sobre las causales de procedencia del recurso de anulación contra laudos), debe preferirla sobre la tesis actual, tal como lo han hecho sus pares a nivel internacional. Así protege los intereses de todos los actores que intervienen en los procesos arbitrales comerciales internacionales con sede en Colombia y los del Estado mismo.

No sería adecuado que por cuenta de una tesis como la que aquí se cuestiona, que no es compartida al menos a nivel regional, Colombia pierda protagonismo en materia de arbitraje comercial internacional y lo ceda a países que garanticen de mejor manera la seguridad jurídica y la voluntad de las partes.

IV. ¿SOLUCIONES A LA VISTA?

En Colombia debemos aprender a “*cerrar el ciclo*”. Puede que un tribunal de arbitraje se equivoque; pero lo mismo puede suceder con el juez de anulación y el control propio juez de tutela. Dar “más instancias” no equivale a otorgar más garantías a las partes. En el escenario del comercio internacional lo que a la postre importa es que las controversias se resuelvan de manera definitiva lo más pronto posible, lo que no se logra si el sistema jurídico permite que las decisiones adoptadas por el tribunal de arbitraje sean cuestionadas una y otra vez. Hay que aprender a cerrar el ciclo.

La discusión sobre la procedencia de la acción de tutela contra laudos comerciales internacionales es amplia. El presente artículo no pretende darla por terminada ni ponerle un punto final a la misma, sino contribuir en ella a partir de algunas reflexiones sobre sus falencias conceptuales y jurídicas. Aquí se han identificado algunos problemas. Se ha tratado de cuestionar la premisa sobre la que se sustenta la tesis de la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales: que estos son manifestación de función jurisdiccional de administrar justicia.

En ese contexto, es importante avanzar en dos sentidos:

El primero es explorar cómo las causales del recurso de anulación pueden cumplir, por decirlo de algún modo, la función de la acción de tutela cuando se reclama la vulneración del debido proceso. Dicha opción es plenamente posible de considerar y aplicar, como lo demuestra la práctica internacional. De este modo, además de

ponernos a la vanguardia de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales a nivel regional, garantizamos la protección de los derechos de quienes intervienen en procesos arbitrales internacionales con sede en Colombia a la vez que protegemos la reputación internacional del país, pues enviaríamos un sano mensaje de estabilidad jurídica.

Lo segundo que valdría la pena explorar es una acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 109 de la Ley 1563 de 2012. Según esta norma, contra los laudos internacionales “*solamente procederá el recurso de anulación*”. Es importante, necesario si se quiere, plantear una discusión ante la Sala Plena de la Corte Constitucional para que defina si esa norma vulnera o no el artículo 86 de la Carta Política por excluir la posibilidad de hacer uso de la acción de tutela contra laudos en el arbitraje internacional. Un debate abierto, franco y directo en el que se exploren las diferentes visiones es saludable no solo desde el punto de vista académico, sino especialmente desde las perspectivas jurídica y práctica. El debate sigue abierto y las opciones están dadas, pero necesitamos una solución definitiva, ojalá de manera pronta.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. Cano, J.C. *et al.* (2019). El precedente en el arbitraje internacional. *UNA Revista de Derecho*, vol. 4. <https://una.uniandes.edu.co/images/Volumen4/Bernal-para-publicar.pdf>.
2. Gaviria, J.A. y Londoño, N.R. (2019). El conflicto entre la acción de tutela colombiana y la convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales. <https://repository.upb.edu.co/handle/20.500.11912/4528>.
3. Kirchmann, J.H. (1983). *La jurisprudencia no es ciencia*. Madrid. Editorial Civitas.
4. Meza, A.G. (2010). La Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: La atribución de un comportamiento al Estado y el rol de la Corte Internacional de Justicia. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*. http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0005A004_0005_investigacion.pdf.
5. Ovalle Piedra, Julieta (2020). Generalidades del juicio de amparo, *Revista ALARB, Asociación Latinoamericana de Arbitraje*, 2020. Disponible en: <https://www.alarb.org/wp-content/uploads/2021/09/Revista-ALArb-Arbitraje-y-Constitucion%CC%81n-Vol-I-2020-min.pdf>
6. Riachi, J.F. (2016). La acción de tutela en el arbitraje comercial internacional: una aproximación metodológica frente a su procedencia. *Revista de Derecho Privado*, 56. <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.14>.
7. Rojas, J.J. (2009). El Establecimiento de la Responsabilidad Internacional del Estado por Violación a Normas Contenidas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. *American University International Law Review*. <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=auilr>.
8. Salazar, B. (2020). Tutela contra laudos arbitrales en Colombia. *Revista ALARB – Asociación Latinoamericana de Arbitraje*, vol. 1, 131-159. <https://www.alarb.org/wp-content/uploads/2021/09/Revista-ALArb-Arbitraje-y-Constitucion%CC%81n-Vol-I-2020-min.pdf>.
9. Salcedo, C.M. (2020). El arbitraje internacional y la acción de tutela contra laudos internacionales. Editorial Temis.

10. Talero, S. (2021). Tutela contra laudos arbitrales: hacia una solución en el arbitraje local e internacional. *Anuario de Derecho Privado*, 9-55. <https://anuarioderechoprivado.uniandes.edu.co/images/pdfs/anuario3/01-AD3-Talero-3oago2021.pdf>.
11. Talero, S. (2022). *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable* (2ª edición). Tirant Lo Blanch.
12. Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). Constitución Política de la República de Colombia (julio 20). *Gaceta Constitucional* (116).
13. Congreso de Colombia. (1873, 26 de mayo). Ley 84 de 1873 (mayo 26) Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. *Diario Oficial* (2.867).
14. Congreso de Colombia. (1996, 15 de marzo). Ley 270 de 1996 (marzo 15) Estatutaria de la Administración de Justicia. *Diario Oficial* (42.745).
15. Congreso de Colombia. (2012, 12 de octubre). Ley 1563 de 2012 (octubre 12) por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* (48.489).
16. Congreso de Colombia. (2022, 30 de junio). Ley 2220 de 2022 (junio 30) por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* (52.081).
17. Corte Constitucional. (2015, 22 de julio). Acuerdo 02 de 2015 (julio 22) por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional.
18. Organización de Estados Americanos. (1975, 30 de enero). Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (enero 30).
19. Organización de Naciones Unidas. (1958, 10 de junio). Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (junio 10).
20. Organización de Naciones Unidas. (1969, 23 de mayo). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (mayo 23).
21. Organización de Naciones Unidas. (2001, 12 de diciembre). Resolución AG/56/83 sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (diciembre 12).

22. Consejo de Estado (11 de octubre de 2021). Sentencia del 11 de octubre de 2021, radicado 39.798 [MP. Fredy Ibarra Martínez].
23. Consejo de Estado (26 de abril de 2022). Auto del 26 de abril de 2022, radicado 2022-02205 [MP. María Adriana Marín].
24. Corte Constitucional (1° de octubre de 1992). Sentencia C-543 de 1992 [MP. José Gregorio Hernández Galindo].
25. Corte Constitucional (4 de octubre de 1995). Sentencia C-451 de 1995 [Eduardo Cifuentes Muñoz].
26. Corte Constitucional (5 de febrero de 1996). Sentencia C-037 de 1996 [MP. Vladimiro Naranjo Mesa].
27. Corte Constitucional (9 de octubre de 2002). Sentencia SU-837 de 2002 [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].
28. Corte Constitucional (30 de enero de 2003). Sentencia SU-058 de 2003 [MP. Eduardo Montealegre Lynnet].
29. Corte Constitucional (8 de junio de 2005). Sentencia C-590 de 2005 [MP. Jaime Córdoba Triviño].
30. Corte Constitucional (14 de marzo de 2007). Sentencia SU-174 de 2007 [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].
31. Corte Constitucional (15 de julio de 2008). Sentencia C-713 de 2008 [MP. Clara Inés Vargas Hernández].
32. Corte Constitucional (16 de noviembre de 2010). Sentencia SU-917 de 2010 [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].
33. Corte Constitucional (9 de mayo de 2012). Sentencia C-330 de 2012 [MP. Humberto Antonio Sierra Porto].
34. Corte Constitucional (6 de agosto de 2015). Sentencia SU-500 de 2015 [MP. Luis Guillermo Guerrero Guerrero].
35. Corte Constitucional (22 de agosto de 2016). Sentencia SU-449 de 2016 [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

36. Corte Constitucional (17 de octubre de 2017). Sentencia T-643 de 2017 [MP. Luis Guillermo Guerrero Guerrero].
37. Corte Constitucional (3 de mayo de 2018). SU-033 de 2018 [MP. Alberto Rojas Ríos].
38. Corte Constitucional (6 de junio de 2019). C-252 de 2019 [MP. Carlos Bernal Pulido].
39. Corte Constitucional (6 de junio de 2019). C-254 de 2019 [MP. José Fernando Reyes Cuartas].
40. Corte Constitucional (6 de agosto de 2019). Sentencia T-354 de 2019 [MP. Antonio José Lizarazo Ocampo].
41. Corte Constitucional (7 de mayo de 2021). Sentencia T-131 de 2021 [MP. Cristina Pardo Schlesinger].
42. Corte Constitucional (3 de febrero de 2022). Sentencia C-029 de 2022 [MP. Diana Fajardo Rivera].
43. Corte Constitucional (24 de febrero de 2022). Sentencia T-069 de 2022 [MP. Diana Fajardo Rivera].
44. Corte Constitucional (17 de marzo de 2022). Sentencia SU-103 de 2022 [MP. Alejandro Linares Cantillo].
45. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional (16 de septiembre de 2009). Sentencia del 16 de septiembre de 2009, expediente 2009-143331.
46. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Tercera Sala (17 de octubre de 1949). Sentencia del 17 de octubre de 1949, Semanario Judicial de la Federación, 5ª época, p. 424, Tomo CII.
47. Tribunal Constitucional de España (17 de enero de 2005). Sentencia del 17 de enero de 2005.
48. Tribunal Constitucional del Perú (21 de septiembre de 2011). Sentencia del 21 de septiembre de 2011, expediente 00142-2011-PA/TC.