



Revista de
Derecho
Privado

**LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL
INTERNACIONAL: UNA APROXIMACIÓN METODOLÓGICA
FRENTE A SU PROCEDENCIA**

JUAN FELIPE RIACHI SANABRIA

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.14>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Rev. derecho priv. No. 56

julio - diciembre de 2016. e-ISSN 1909-7794

La acción de tutela en el arbitraje comercial internacional: una aproximación metodológica frente a su procedencia

Resumen

Artículo de investigación cuyo propósito es presentar una aproximación metodológica que responda al interrogante sobre la viabilidad de interponer una acción de tutela como mecanismo para controvertir las decisiones adoptadas por un tribunal de arbitramento comercial internacional. Para dar respuesta a este problema desarrolla un análisis sobre las diferencias existentes entre el arbitraje internacional, el arbitraje nacional y el proceso judicial. Por lo anterior, el objetivo central es la determinación de las diferencias existentes entre dichas figuras en cuanto al efecto de cosa juzgada, los poderes de los árbitros, el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y la facultad de administración de justicia dentro del marco de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional colombiana. Como metodología utiliza el método deductivo, en donde prima el análisis dogmático, a partir de la interrelación de las normas, jurisprudencia y doctrina más destacadas en la materia.

Palabras clave: arbitraje comercial internacional, acción de tutela contra providencias judiciales, cosa juzgada, administración de justicia, reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, prerrogativas procesales de jueces y árbitros, función pública de administración de justicia.

The “acción de tutela” in international commercial arbitration: a methodological approach with regard to its viability

Abstract

This research paper pretends to expose a methodological approximation that responds to the viability of filing an “*acción de tutela*” as a mechanism to challenge the decisions made by an International Commercial Arbitration Tribunal. To answer this question, this paper develops an analysis of the existing differences between the international commercial arbitration, the national commercial arbitration and the judicial procedure. Hence, it is a main goal of the paper to establish the differences existing between the abovementioned figures with regard to the *res judicata* effect, powers of the arbitrators, recognition and enforcement of awards and the public function to administrate justice, taking as a basis the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court. This paper will use a dogmatic method in order to propose a solution to the issue on which it focuses, based on an interrelated analysis of the norms, jurisprudence and doctrine.

Keywords: international commercial arbitration, “*acción de tutela*” against judgements, *res judicata*, recognition and execution of international arbitration awards, powers of judges and arbitrators to direct proceedings.

La acción de tutela en el arbitraje comercial internacional: una aproximación metodológica frente a su procedencia*

JUAN FELIPE RIACHI SANABRIA**

SUMARIO

Introducción – I. LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES Y LAUDOS ARBITRALES – II. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LA LEY 1563 DE 2012 – A. *Teorías sobre la naturaleza del arbitraje comercial internacional* – B. *La regulación dualista del arbitraje comercial de la Ley 1563 de 2012* – C. *Los poderes de los árbitros internacionales en la Ley 1563 de 2012* – D. *La prohibición de intervención judicial en la Ley 1563 de 2012* – III. NATURALEZA DEL LAUDO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: ¿ES EQUIPARABLE A UNA PROVIDENCIA JUDICIAL? – A. *La cosa juzgada en laudos arbitrales internacionales* – B. *Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales* – IV. PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES – A. *Diferencias entre el proceso judicial y el arbitraje internacional en el marco de la jurisprudencia constitucional* – B. *El arbitraje internacional y la facultad pública de administrar justicia* – C. *Inconveniencia económica de la tutela contra laudos arbitrales internacionales* – V. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA SU-500 DE 2015 – A. *Antecedentes* – B. *Consideraciones de la Corte frente a la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales internacionales* – C. *Consideraciones de la Corte en el caso concreto* – D. *Crítica a la sentencia* – VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTA – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Riachi Sanabria, J. F. (Diciembre, 2016). La acción de tutela en el arbitraje comercial internacional: una aproximación metodológica frente a su procedencia. *Revista de Derecho Privado*, (56). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.14>

** Abogado *Cum Laude* de la Universidad de los Andes. Correo: jf.riachi1788@uniandes.edu.co.

Introducción

La procedencia de la tutela frente a las providencias judiciales proferidas por los operadores jurisdiccionales ha sido un tema de álgido debate en el país, dentro del cual se ha dicho que la tutela puede ser utilizada para alargar discusiones jurídicas que deberían ser solucionadas permanentemente por el sistema judicial. Lo anterior, trasladado al arbitraje internacional, adquiere un carácter aún más problemático, pues dicha forma de solución de controversias presenta diferencias sustanciales frente a la actividad de jueces y árbitros nacionales. Ello sin perder de vista que el artículo 67 de la Ley 1563 de 2012 establece una prohibición general de intervención judicial en el trámite arbitral de carácter internacional. En este escrito planteo el interrogante referente a la posibilidad de utilizar la tutela como mecanismo para controvertir las decisiones proferidas por un tribunal de arbitraje internacional.

Con la expedición de la Ley 1563 de 2012 no se cierra plenamente la compuerta para la interposición de acciones de tutela contra laudos proferidos por este tipo de tribunales. En opinión de Fernando Mantilla Serrano (2012), en principio, el único recurso que atacaría la decisión arbitral es el de anulación, sin descartar la acción de tutela, cuya procedencia no puede negarse simplemente con base en la redacción del artículo 67 de la normativa en comento, pues al ser una norma de menor jerarquía que la Constitución no es posible proscribir de tajo el uso de la acción de tutela frente a laudos arbitrales internacionales.

El hecho de que no exista certeza sobre la posibilidad de utilizar la tutela en el marco del arbitraje internacional puede tener serias implicaciones de cara a la seguridad jurídica en el trámite arbitral y la eficiencia de este. En efecto, permitirle al juez constitucional analizar los asuntos especiales que se someten a un tribunal de arbitraje internacional podría deteriorar esta institución, pues se incrementarían los costos de transacción (Miranda Contreras, 2013, p. 90). Otro problema supone que el juez constitucional se inmiscuya en el fondo del asunto resuelto por el tribunal, por la generalidad de ciertos conceptos en sede del amparo constitucional, como el debido proceso (Gaviria Gil, 2013, p. 278). De allí que la conveniencia se traduzca en brindar una respuesta a un punto de gran controversia en el país, pues para algunos es suficiente la prohibición contemplada en el artículo 67 de la Ley 1563 de 2012 (Mantilla Serrano, 2012). Lo anterior se aterrizará al análisis de la Sentencia SU-500 de 2015 de la Corte Constitucional, por ser la única que se refiere a una tutela frente a un laudo arbitral internacional. A pesar de que en esta sentencia la Corte aduce que la tutela puede ser utilizada para atacar una decisión arbitral internacional, en el presente escrito pretendo sustentar las razones por las cuales dicha posición es errada. Es necesario resaltar que el énfasis se hace sobre el arbitraje internacional, en la medida que este presenta tales particularidades que hacen necesario tratarlo de forma independiente al arbitraje nacional.

En ese sentido, el objetivo general del presente escrito es argumentar por qué es improceden-

te la acción de tutela contra un laudo arbitral dictado por un tribunal de arbitraje internacional, a partir de una aproximación metodológica que se concentra en las diferencias existentes entre esta institución, el arbitraje nacional y el proceso judicial, mediante la utilización de un método dogmático. Lo anterior, a la luz de la jurisprudencia constitucional y la normativa relacionada con el asunto debatido.

En primer lugar, se aborda el asunto relativo a la acción de tutela contra providencias judiciales y laudos arbitrales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; seguidamente, se realiza un análisis sobre la naturaleza y características del arbitraje internacional en el marco de la Ley 1563 de 2012, en relación con la prohibición de intervención judicial contemplada en la ley; en tercer lugar, se analiza la naturaleza del laudo arbitral internacional, para luego argumentar el por qué la decisión arbitral no es susceptible de acción de tutela; posteriormente, se realiza un análisis de la Sentencia SU-500 de 2015 y, finalmente, se presentan las conclusiones.

I. LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES Y LAUDOS ARBITRALES

La jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede de manera excepcional contra las decisiones judiciales que se funden en violaciones de derechos fundamentales, en donde no es viable, en teoría, ventilar nuevamente aspectos proba-

torios y de interpretación normativa (CConst., T-094/2013, J. Pretelt).

En desarrollo de lo anterior, la Corte Constitucional ha consagrado una serie de causales genéricas para fundamentar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, a saber: (i) relevancia constitucional del asunto debatido, (ii) subsidiariedad, (iii) inmediatez, (iv) identificación razonable de los hechos que rodearon la vulneración de derechos, (v) frente a una irregularidad procesal esta debe tener un efecto determinante en la decisión y (vi) que no se trate de tutela contra tutela (CConst., T-131/2010, M. Calle).

Por otro lado, la jurisprudencia ha creado una serie de causales específicas que se refieren a graves falencias de carácter constitucional, en las que puede incurrir una providencia para que proceda la acción de tutela. Dichas causales son: (i) defecto sustantivo, (ii) orgánico o procedimental; (iii) defecto fáctico; (iv) error inducido; (v) decisión sin motivación; (vi) desconocimiento del precedente y (vii) violación directa de la Constitución (CConst., T-774/2004, M. Cepeda).

En materia arbitral, la jurisprudencia ha exigido el cumplimiento de las mismas causales cuando se reputa la vulneración de derechos fundamentales por la decisión de los árbitros, independientemente de que se trate de un mecanismo alternativo de solución de controversias, o que sea necesaria la habilitación de las partes, por medio del contrato arbitral, para desatar la facultad de los árbitros para dirimir

una controversia (CConst., T-058 de 2009, J. Araújo). Lo anterior tiene sentido si se parte del hecho de que para la Corte, en principio, los laudos arbitrales equivalen a una providencia judicial (CConst., T-466/2011, J. Palacio).

Sin embargo, la jurisprudencia también ha afirmado que dicha equivalencia no es completa material y formalmente, sino que se encuentra matizada por la naturaleza del arbitraje, pues no sería adecuado que el juez de tutela interviniera en la decisión de los árbitros, cuando las partes han decidido voluntariamente no acudir a la jurisdicción ordinaria para resolver una disputa. Además, la tutela se torna aún más extraordinaria, pues por disposición legislativa el único recurso que procede contra el laudo arbitral es el de anulación (CConst., SU-174/2007, M. Cepeda). Con base en esto, se han establecido una serie de criterios que debe tener en cuenta el juez de tutela a la hora de fallar una acción de tutela contra laudos arbitrales, a saber:

(i) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; (ii) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; (iii) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales y (iv) el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela y le impide a este, pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento. (CConst., SU-174/2007, M. Cepeda).

Es importante destacar que, además de que los criterios son gaseosos, lo cierto es que el grado de equivalencia entre laudos internacionales y sentencias no se fija en las reales diferencias que existen entre estos, situación que se acentúa aún más en los laudos arbitrales internacionales. Es más, la Corte generaliza la procedencia de la tutela frente a todos los laudos, como si el arbitraje nacional e internacional fueran figuras completamente equiparables, cuando comparten diferencias importantes, por ejemplo, la confluencia de distintos cuerpos normativos. En efecto, en el arbitraje internacional existe una normatividad diferente para regular asuntos del asiento del tribunal, el derecho aplicable a la controversia —escogido voluntariamente por las partes—, el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y el proceso en sí mismo (Zappalá, 2012, p. 123). En este punto existe una trascendental diferencia entre el arbitraje internacional y el proceso judicial, consistente en que este no imparte justicia en nombre de un Estado en particular ni puede aislarse territorialmente, como sucedería en el caso del proceso judicial o el arbitraje nacional, hecho que ha reconocido la jurisprudencia (CConst., C-800/2005, A. Beltrán).

El análisis sobre las diferencias existentes entre una y otra figura es crucial, en la medida que la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales se ha basado en una equiparación relativa de las providencias judiciales con el laudo arbitral. De esta forma, para que sea jurídicamente plausible que la tutela proceda contra las decisiones tomadas por los árbitros

es necesario que existan argumentos suficientes que permitan equiparar la decisión tomada por el tribunal arbitral internacional a las providencias judiciales.

II. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LA LEY 1563 DE 2012

A. Teorías sobre la naturaleza del arbitraje comercial internacional

La doctrina se ha empeñado en explicar la naturaleza jurídica del arbitraje internacional, para lo cual ha propuesto una serie de teorías que se centran en el fundamento que habilita a los árbitros para decidir una controversia, a saber: (i) la teoría jurisdiccional, (ii) la teoría contractualista, (iii) la teoría ecléctica o mixta y (iv) la teoría de la autonomía. La primera establece que el arbitraje comercial es una concesión del Estado, por lo que este puede ejercer un control sobre la actividad arbitral (Talero Rueda, 2010, p. 12), convirtiéndolo en una cuestión de orden público. Por su parte, la *teoría contractualista* establece 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 (Talero Rueda, 2010, p. 14). La *teoría mixta* reconoce que es el acuerdo de voluntades el que habilita a los árbitros para dirimir una controversia, pero rescata algunos aspectos de la teoría jurisdiccional que le imprimen vinculatoriedad y eficacia a las decisiones de los árbitros (Talero

Rueda, 2010, p. 16). Finalmente, la *teoría de la autonomía* destaca que el arbitraje es un fenómeno económico y debería estar determinado por su finalidad y características (Rey Vallejo, 2013, pp. 207-208).

El análisis sobre la naturaleza del arbitraje internacional es clave para establecer si los árbitros gozan del *imperium* propio de los jueces estatales y, en ese sentido, determinar si es posible equiparar las dos figuras. Así, dependiendo de la teoría en la que se enmarque al arbitraje internacional, este será más o menos equiparable al proceso judicial en cuanto a su finalidad, funciones y determinaciones.

B. La regulación dualista del arbitraje comercial de la Ley 1563 de 2012

La Ley 1563 de 2012 reguló de forma dual el arbitraje, consagrando una sección para el arbitraje nacional y otra independiente para el arbitraje internacional, lo cual permite intuir que se trata de dos institutos relacionados, pero con diferencias y particularidades propias. En relación con esto, cabe destacar que existen ordenamientos que regulan el arbitraje de manera única (monistas) o dual (dualistas). La forma de reglamentación dependerá de la visión que el legislador tenga del arbitraje, para generar un cuerpo único de normas que rija tanto el trámite doméstico como el internacional, o disposiciones particulares para cada uno, como acontece en el caso colombiano (Rey Vallejo, 2013, pp. 211-212; L. 1563/2012, Secs. I y III).

Las regulaciones monistas se caracterizan por su adaptación a parámetros internacionales y su flexibilidad en lo relativo al proceso arbitral (Rey Vallejo, 2013, p. 210). En contraste, los sistemas dualistas se diferencian por el grado de libertades que tiene un tribunal dependiendo de su carácter nacional o internacional. Por lo general, en el primer escenario el marco normativo tiende a ser menos flexible que en el arbitraje internacional, “pues se procura proteger al consumidor de justicia” (Rey Vallejo, 2013, p. 212). En ese sentido, es dable argumentar que la regulación dual establecida en la Ley 1563 de 2012 da cuenta de las diferencias que consideró el legislador existen a la hora de hablar de arbitraje nacional o internacional, en un intento de poner a tono la regulación del arbitraje foráneo con los desarrollos internacionales, copiando casi integralmente la Ley Modelo de la CNUDMI¹ sobre Arbitraje Comercial Internacional (Muriel-Ciceri, 2012, p. 803).

Lo primero que debe mencionarse es que, tal y como lo ha reconocido la doctrina, la característica primordial del arbitraje internacional es que en este concurre por lo menos un elemento extranjero (Botero Sanclemente y Correa Henao, 2002, p. 13). Este elemento que trasciende las barreras de un país es el que determina que un arbitraje sea internacional, razón por la cual tanto la Ley Modelo de la CNUDMI como la Ley 1563 de 2012, señalan una serie de crite-

rios a fin de realizar un test de internacionalidad para establecer si un arbitraje es internacional (L. 1563/2012, art. 62).²

Este elemento de internacionalidad 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. De allí que, en materia de arbitraje internacional, el tribunal y las partes mismas no estén sometidas en su totalidad al imperio de la ley de un Estado concreto por mandato jurisdiccional, sino porque las partes voluntariamente deciden utilizar un cuerpo normativo específico para resolver el conflicto (Gamboa Serrano, 2005, p. 61). Por tanto, una primera diferencia crucial entre el arbitraje nacional, el proceso judicial y el arbitraje internacional se refiere a la libertad que existe para determinar la ley que regirá la controversia en su aspecto sustancial, por no encontrarse sometidas las partes y los árbitros en el ámbito internacional a un cuerpo normativo predeterminado, sino en principio a aquel que consideren las partes se ajusta mejor al conflicto suscitado.

C. Los poderes de los árbitros internacionales en la Ley 1563 de 2012

Los poderes de los árbitros son aquellos conferidos por las partes, dentro de los límites de la

1. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

2. La Ley 1563 de 2012 contempla tres supuestos en los cuales un arbitraje se entiende internacional: (i) Cuando las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes al momento de la celebración del acuerdo. (ii) Cuando el cumplimiento de una parte de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más cercana se encuentre en otro Estado. (iii) Cuando se afecten los intereses del comercio internacional.

sede del tribunal y de la ley, para que cumplan con su misión de forma efectiva (Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter, 2009, p. 314). Es así como, por ejemplo, la ley contempla la posibilidad de que los árbitros internacionales decreten medidas cautelares y celebren audiencias para la práctica de pruebas.

Frente a las primeras, el artículo 80 de la Ley 1563 de 2012 reconoce que los árbitros a nivel internacional cuentan con la posibilidad de decretar medidas cautelares, salvo acuerdo contrario de las partes. Estas medidas serán vinculantes *per se*, pero en todo caso requerirán de la intervención de un juez de apoyo para su perfeccionamiento, de acuerdo con el artículo 88 de la misma ley. Por otro lado, los árbitros pueden celebrar audiencias para la práctica de pruebas, a menos que las partes dispongan lo contrario (L. 1563/2012, art. 97). Además, al igual que en el caso de las medidas cautelares, la práctica de pruebas requiere de la intervención de un juez de apoyo (L. 1563/2012, art. 100).

La forma en la que se regulan las dos facultades mencionadas da cuenta de diferencias importantes entre los poderes existentes en el arbitraje internacional, el nacional y el proceso judicial. En efecto, es llamativo que el acuerdo de las partes pueda excluir la potestad que tienen los árbitros para decretar medidas cautelares, lo cual resulta extraño de cara al procedimiento arbitral nacional y al proceso judicial. En materia de arbitraje nacional, el artículo 32 de la Ley 1563 de 2012 prevé la facultad de los árbitros para decretar medidas cautelares,

la cual no se encuentra limitada de ninguna forma por la autonomía de la voluntad. Lo mismo acontece en el caso del proceso judicial (Código General del Proceso [CGP], arts. 588 y ss.).

Adicionalmente, llama la atención que el árbitro internacional requiera el apoyo de autoridades distintas al tribunal para ejecutar medidas cautelares y practicar audiencias (L. 1563/2012, art. 68). Ciertamente, esto no acontece en el proceso judicial, con excepción de la práctica de pruebas mediante comisionado, que es en todo caso excepcional (CGP, art. 37).

Estas diferencias ofrecen pautas sobre el entendimiento que debe dársele a los poderes de los árbitros en el marco de la ley vigente, para establecer si en efecto se trata de personalidades dotadas del *imperium* propio de los jueces nacionales. Para algunos autores, aunque los árbitros cuenten con ciertas facultades para la solución del conflicto, ello no implica que deban asemejarse a la figura de los jueces, pues se trata de facultades *sui generis* delineadas por el acuerdo de las partes (Dalhuisen, 2015, p. 22). Adicionalmente, estas diferencias, producto de la regulación dual del arbitraje en Colombia, dan cuenta de que el arbitraje internacional tiene un arraigo mucho mayor en la voluntad de las partes, contrario a lo que sucede en el proceso judicial y en el arbitraje nacional, pues no de otra forma se explica que el mismo acuerdo de voluntades pueda privar a los árbitros internacionales de una facultad que de ninguna forma puede arrebatarle a los jueces. Además, no debe perderse de vista

que, en el arbitraje internacional, el árbitro es un decisor que requiere de un juez de apoyo dentro del proceso.

D. La prohibición de intervención judicial en la Ley 1563 de 2012

Finalmente, es menester analizar la prohibición de intervención judicial contemplada en el artículo 67 de la Ley 1563 de 2012, el cual establece que las autoridades de la jurisdicción permanente solo podrán intervenir en el procedimiento arbitral cuando exista previsión normativa que avale dicha intromisión, con lo cual, para algunos, la posibilidad de que proceda una acción de tutela contra el laudo de carácter internacional queda totalmente proscrita (Benavides Galvis, 2015), lo cual parece insuficiente por el rol primordial que juegan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. No se quiere decir que la prohibición no tenga un efecto importante en la determinación de la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales de carácter internacional, sino que debe ser interpretada de conformidad con las demás disposiciones de la Ley 1563 de 2012 y con el espíritu mismo del arbitraje internacional.

La *ratio* de la prohibición contemplada en el artículo 67 de la Ley 1563 de 2012 tiene su fundamento en la naturaleza misma del arbitraje internacional, el cual, por las cuestiones que se tratan, escapa al sometimiento de las partes y el tribunal a una jurisdicción determinada, esto es, a la ley de un Estado en particular. Por otra parte, a nivel internacional el legislador da un

mayor rango de acción a las partes para definir el proceso, por las características propias que presenta el arbitraje internacional frente al comercio internacional, pues no de otra forma se explica que las partes puedan privar de ciertas facultades a los árbitros, que en principio son reconocidas por la misma ley. Por tanto, pareciera difícil realizar la equiparación plena de los árbitros internacionales a los jueces ordinarios, pues el fundamento de la institución demanda un tratamiento diferenciado, evidente en la legislación en vigor, en la cual existe una concepción mucho más ajustada al arbitraje internacional como fenómeno económico autónomo, y en la voluntad de las partes, dado que estas cuentan con amplias posibilidades de definir el trámite.

Antes de resolver la cuestión central del presente estudio se analizará la naturaleza del laudo arbitral internacional y sus características, para determinar si es posible asemejarlo a una providencia judicial, como lo entiende la Corte Constitucional para efectos del arbitraje.

III. NATURALEZA DEL LAUDO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: ¿ES EQUIPARABLE A UNA PROVIDENCIA JUDICIAL?

Todo tribunal arbitral, por regla general, finaliza con la expedición de un laudo arbitral, en el cual se expresa la decisión adoptada y las razones por las cuales se ha arribado a dicha determinación, la cual se espera sea obligatoria y definitiva (Blackaby et al., 2009, p. 513).

A nivel internacional no existe una definición completamente aceptada de lo que se entiende por laudo arbitral. Sin embargo, en las discusiones de la Ley Modelo de la CNUDMI se procuró definirlo como una decisión final en la que se determinan todas las controversias sometidas al tribunal, así como cualquier otra situación que pudiera afectar el fondo del conflicto o la competencia del tribunal (Blackaby et al., 2009, p. 513). Otros autores han ofrecido definiciones similares, en las que se resalta la definición de la controversia de forma obligatoria (Gaillard y Savage, 1999, p. 737). De lo anterior se desprenden dos elementos que deben analizarse de cara al arbitraje internacional: (i) la definición de la controversia (cosa juzgada) y (ii) su obligatoriedad para las partes (reconocimiento y ejecución).

A. La cosa juzgada en laudos arbitrales internacionales

La cosa juzgada impide que una controversia sea discutida nuevamente, una vez en firme una decisión proveniente del órgano jurisdiccional competente para tomarla, lo cual, de cara al arbitraje internacional, implica que la determinación es concluyente, siendo esta su principal consecuencia (Talero Rueda, 2010, p. 365). Por tanto, la cosa juzgada implica la existencia de una decisión vinculante y la imposibilidad de debatir la misma controversia por las mismas partes.

Sin embargo, el tratamiento diferenciado que esta recibe entre las familias del *common law*

y el *civil law* ha dificultado enormemente la adopción de un criterio uniforme en el arbitraje internacional. En los países de corriente anglosajona, la cosa juzgada comprende dos categorías: (i) la imposibilidad de ventilar nuevamente la misma controversia por las mismas partes (*action estoppel*); y (ii) la imposibilidad para las partes de cuestionar o negar una situación decidida en un proceso anterior (*issue estoppel*). En contraste, los países de corriente civilista conciben la *res iudicata* como *action estoppel* (Blackaby et al., 2009, p. 561). Debido a lo anterior, el Comité de Arbitraje Comercial Internacional adujo que, en el arbitraje comercial internacional, la cosa juzgada no debía entenderse de la misma forma en la que se entiende para sentencias proferidas por los jueces nacionales (De Ly & Sheppard, 2009, párr. 72).

Lo anterior implica que el efecto de cosa juzgada que surten los laudos arbitrales de carácter internacional es diferente al de las sentencias proferidas por los jueces. Sin embargo, ello no significa que la decisión no sea vinculante y definitiva para las partes, pues sería absurdo pensar en un arbitraje en el cual no se desea que el resultado ponga fin terminantemente a la controversia ventilada. Pareciera existir consenso en que los laudos arbitrales, al igual que los veredictos de los jueces nacionales, surten efecto de cosa juzgada, a pesar de la variación conceptual que pueda existir, y por tanto del alcance que dicho efecto pueda tener en uno y otro escenario (Radicati di Brozolo, 2011, p. 2).

Por un lado, la discusión sobre la cosa juzgada, en su dimensión negativa y positiva, ha te-

nido implicaciones prácticas importantes. La primera se refiere a la imposibilidad de litigar nuevamente una cuestión decidida por un laudo arbitral anterior (efecto preclusivo). Por su parte, según Radicati di Brozolo (2011, p. 3), el efecto positivo de la cosa juzgada se refiere al impacto que el laudo arbitral tiene en otros procesos, sean o no entre las mismas partes (efecto conclusivo). La definición de estos aspectos tiene consecuencias importantes sobre el momento desde el cual se entiende que el laudo surte efectos de cosa juzgada. Esto es atribuible al hecho de que la competencia para decidir una controversia en arbitraje comercial internacional emane de la voluntad de las partes (Radicati di Brozolo, 2011, p. 5) y de caracteres propios de la institución, más que de una habilitación estatal (Botero Sanclemente y Correa Henao, 2002, p. 16), por lo que no puede pregonarse un alcance homogéneo de la cosa juzgada para arbitraje comercial internacional, de la misma forma en que se hace para las providencias judiciales.

Ahora, para definir el alcance de la cosa juzgada, los tribunales arbitrales han acuñado diversos criterios. Una primera aproximación es la utilización de un cuerpo normativo doméstico. En ese sentido, cobran especial importancia la *lex arbitri* del laudo cuyos efectos se invocan; la ley del lugar; y la ley sustancial aplicable a la controversia. Sin embargo, estos criterios pueden parecer inapropiados a efectos de establecer una solución al tema analizado. Frente al uso de la *lex arbitri*, se puede objetar que esta solo es relevante para determinar ciertos aspectos del funcionamiento del tribunal (Radicati di Brozolo, 2011, p. 6), como las medidas cautelares. En cuanto al uso de la ley sustancial es difícil encontrar un cuerpo normativo que defina el funcionamiento de la *res judicata* de cara al arbitraje internacional. En efecto, no existe ninguna norma hasta el momento que solucione el debate planteado frente al alcance de la cosa juzgada.

En otras ocasiones se ha utilizado la aproximación de las Cortes nacionales al tema. Se ha preceptuado, en general, que las Cortes adoptarán un criterio similar al que opera dentro de la ley que las rige (Radicati di Brozolo, 2011, p. 7). Sin embargo, esto puede suponer dificultades a la hora de aplicar el criterio de cosa juzgada de un sistema jurídico en particular, precisamente porque en el arbitraje comercial internacional la competencia del tribunal emana de la voluntad de las partes y no de la ley misma, con lo cual podría ponerse en tela de juicio el querer de aquellas y de la misión del tribunal.

Finalmente, los tribunales han utilizado cierto margen de discrecionalidad para determinar el alcance de la cosa juzgada (*Res arbitrae*) utilizando criterios más o menos formalistas —v. gr. buena fe, voluntad de las partes, economía procesal, *effet utile*, etc.— (Radicati di Brozolo, 2011, p. 12), con lo cual puede variar de tribunal a tribunal.

A continuación se listan una serie de casos debatidos ante la Cámara de Comercio Internacional, y la aproximación utilizada para definir el efecto de cosa juzgada en cada uno de ellos.

Con esto se muestra la dificultad que supone dar respuesta al alcance que tiene la cosa juzgada en el arbitraje comercial internacional.

En el caso 13808 de 2008 el tribunal determinó que el alcance de la cosa juzgada era el mismo del sistema jurídico francés, en la medida en que ese había sido el asiento del tribunal que profirió el laudo, por considerar que este hacía parte del orden público francés (Hascher, 2004, p. 17).

En el caso 13254 de 2011, la cuestión central para el tribunal fue determinar si existía fuente alguna de la cual emanara la obligación para ambas partes, de realizar todo alegato posible con fundamento en un mismo supuesto fáctico (*obligation of concentration*). El tribunal sostuvo que bajo los principios de eficiencia y economía procesal, no se podía expandir o limitar el alcance de la cosa juzgada, de manera que esta no se pregonaba sobre reclamaciones no realizadas con anterioridad por alguna de las partes (Radicati di Brozolo, 2011, p. 15).

En el caso 13509 de 2006, la parte convocante solicitaba la extensión de ciertos efectos sobre un laudo en el que esta no figuraba como parte. El tribunal definió el alcance de la cosa juzgada sobre la base de los principios generales del derecho francés, indicando que el laudo no cubría la petición de la parte.

Finalmente, en el caso 2308 de 2009 el tribunal declaró su competencia para conocer determinado asunto, a pesar de que sobre la

misma cuestión existía un pronunciamiento previo de otro tribunal negando la competencia al amparo de la cláusula.

Por lo anterior, es claro que no existe un criterio uniforme frente al alcance de la cosa juzgada en el arbitraje comercial internacional, a pesar de que el laudo proferido sea, en principio, definitivo y obligatorio para las partes. La ley 1563 de 2012 no es la excepción a esta problemática, pues no existe previsión alguna que establezca el alcance de la *res judicata* en materia de arbitraje internacional, aunque se entiende que es vinculante y definitivo para las partes, por remisión expresa al artículo III de la Convención de Nueva York (L. 1563/2012, art. 114).

Vale la pena aclarar que la Ley 1563 de 2012, en su artículo 64, establece que las cuestiones de arbitraje comercial internacional deben interpretarse tomando en cuenta su carácter internacional y los principios que lo inspiran, con lo cual, en caso de querer darle un alcance uniforme a la cosa juzgada, no deben perderse de vista las particularidades que caracterizan al arbitraje internacional y la preponderancia de la autonomía de la voluntad en este escenario.

En ese sentido, no sería prudente trasladar el efecto de cosa juzgada al arbitraje internacional, tal y como se tiene en el sistema jurídico colombiano, sino que ello variará dependiendo de cada caso, de la voluntad de las partes y de los demás principios que se utilicen para la interpretación de dicho instituto en el arbitraje internacional.

B. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales

Las partes esperan que el laudo sea vinculante y definitivo de cara a la controversia ventilada y, por tanto, que la contraparte vencida proceda a cumplir con lo ordenado en la parte resolutive de este, de manera voluntaria. Sin embargo, cuando ello no ocurre se podrá solicitar la ejecución del laudo, sin perjuicio de las medidas extrajudiciales que se puedan ejercitar, por ejemplo, la ruptura de futuras negociaciones entre las partes (Talero Rueda, 2010, p. 406).

Existe una diferencia importante entre los conceptos de reconocimiento y ejecución. El reconocimiento es el paso que antecede a la ejecución, referido a la declaración de validez del laudo, en el sistema jurídico en el que se pretende su ejecución. Por su parte, la ejecución se refiere a la materialización de las órdenes contenidas en el laudo, previo el respectivo trámite de reconocimiento (Blackaby et al., 2009, pp. 626-627). Por tanto, se tiene que un laudo arbitral de carácter internacional no cuenta con la virtualidad de generar efectos en determinado sistema jurídico, a no ser que sea reconocido por la autoridad judicial competente, tal y como se colige del artículo 111 de la Ley 1563 de 2012. El reconocimiento, con fundamento en la norma mencionada, solo será necesario en los casos en los que la sede del arbitraje sea diferente a Colombia, salvo que se haya renunciado al recurso de anulación.

El hecho de que existan laudos que no son *per se* ejecutables supone una diferencia adicional entre estos y las providencias judiciales, pues estas últimas gozan de validez para ser ejecutadas desde su ejecutoria, tal y como se deduce de los artículos 305 y 422 del Código General del Proceso.

En todo caso, las decisiones provenientes de tribunales arbitrales no podrán ser ejecutadas por sí mismos, sino que se deberá acudir a la jurisdicción ordinaria a efectos de lograr la materialización del laudo (L. 1563/2012, arts. 68 y 116). Esto supone una diferencia adicional, independientemente de que el laudo internacional sea proferido en Colombia o no, pues los jueces nacionales sí tienen la potestad de ejecutar sus decisiones con posterioridad a un proceso declarativo (CGP, art. 305).

IV. PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

A. Diferencias entre el proceso judicial y el arbitraje internacional examinadas en el marco de la jurisprudencia constitucional

El propósito del presente escrito es tratar de dar una respuesta al interrogante sobre la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales internacionales. En criterio de la Corte Constitucional este mecanismo tiene plena cabida en el arbitraje nacional, en la medida en que existe una equiparación relativa entre este y el proceso judicial.

En Sentencia C-378 de 2008, la Corte Constitucional adujo que si bien la habilitación para impartir justicia por parte de los árbitros, como facultad transitoria, surge de la voluntad de las partes mediante el pacto arbitral, es el reconocimiento que realiza el artículo 116 de la Constitución Política el que implica que los árbitros ejerzan la función pública de administrar justicia (H. Sierra). Además, ha establecido la jurisprudencia que los árbitros gozan de los mismos poderes que los jueces, pues: (i) pueden definir la controversia de forma definitiva y vinculante; (ii) tienen poder de coerción para hacer cumplir su decisión; (iii) pueden valorar y practicar pruebas y (iv) pueden adoptar todas las medidas necesarias para la solución de la controversia (CConst., T-225/2010, M. González). Sin embargo, considero que este razonamiento no se puede hacer extensivo al arbitraje internacional por las siguientes razones:

(i) Si bien es cierto que los árbitros gozan del poder de decisión sobre la controversia, dicha decisión cuenta con ciertos obstáculos a fin de establecer el alcance de *res judicata*. El alcance de cosa juzgada, predicado de las sentencias judiciales en el ámbito nacional, no puede ser el mismo para el arbitraje comercial internacional (ver *supra* IIIA). Si bien es cierto que el laudo arbitral internacional tiene efecto de cosa juzgada, en cuanto resuelve la controversia con una decisión obligatoria y vinculante, es discutible su alcance de cara a los efectos positivos y negativos que la doctrina ha concebido para esta institución.

(ii) Los árbitros de controversias internacionales no cuentan con el poder de coerción, *per se*, para ejecutar lo ordenado en el laudo arbitral. En primera medida, porque para los casos en los que el arbitraje internacional tiene sede foránea es necesario que haya una declaración judicial que dote al laudo de validez, y en segunda medida, porque aun cuando el laudo internacional se haya producido en Colombia será necesario acudir al juez ordinario para lograr su materialización (L. 1563/2012, art. 116).

Es claro que, en este punto, hay un distanciamiento entre el arbitraje internacional y el proceso judicial, pues los árbitros no cuentan con los poderes para ejecutar sus decisiones, contrario a lo que sucede con los jueces ordinarios (CGP, art. 305). Además, dependiendo del lugar de expedición del laudo, este podrá no contar con validez jurídica, a diferencia de lo que sucede con las providencias judiciales desde su ejecutoria.

(iii) Es cierto que los árbitros nacionales gozan de la facultad para practicar y valorar pruebas a efectos de adoptar su decisión. Sin embargo, en materia de arbitraje internacional dicha prerrogativa ha sido matizada por la ley misma, en el sentido de permitir que el acuerdo de voluntades impida que los árbitros celebren audiencias para llevar a cabo la práctica de pruebas, precisamente por ser aquel el fundamento del arbitraje internacional, en conjunto con las particulares que lo hacen *sui generis*.

(iv) Las medidas cautelares pueden considerarse como determinaciones judiciales encaminadas a resolver la controversia. Frente a estas, los árbitros y jueces nacionales gozan del poder irrestricto para decretarlas y ordenar su perfeccionamiento, facultad que se confiere, en principio, a los árbitros internacionales, salvo que las partes acuerden lo contrario. Así las cosas, no es del todo cierto que los árbitros internacionales gocen de manera absoluta de la posibilidad de adoptar todas las medidas necesarias para dar solución a la controversia, pues es el acuerdo de las partes mismo el que puede restringir ciertas facultades, como el decreto de medidas cautelares.

En lo tocante a los puntos (iii) y (iv) es paradójico que la Corte Constitucional haya afirmado que las partes no pueden privar al tribunal arbitral de las facultades necesarias para decidir la controversia, dentro de lo cual resultarían fundamentales la práctica de pruebas y la adopción de medidas cautelares (SU-174/2007, M. Cepeda). Es claro que esta aseveración no puede hacerse de cara a la nueva regulación del arbitraje internacional, dado que las partes sí pueden retirarle ciertas facultades al tribunal arbitral.

B. El arbitraje internacional y la facultad pública de administrar justicia

En este punto, contrario a lo dicho por la Corte Constitucional, considero que en el arbitraje comercial internacional el árbitro no ejerce la

función pública de administrar justicia, pues el fundamento del arbitraje no es la habilitación estatal para decidir una controversia, sino el carácter *sui generis* de este y la voluntad de las partes. Este debate se relaciona profundamente con el fenómeno de constitucionalización del arbitraje, como sucede en Colombia a partir del reconocimiento que la Constitución de 1991 hizo de este (art. 116). Comparativamente hablando, en ningún país europeo, asiático, africano o de corriente anglosajona se concibe constitucionalmente el arbitraje internacional, lo cual en ninguna forma ha impactado el desarrollo de dicho instituto en aquellos países (Santiestevan de Noriega, 2010, p. 45).

Dentro de este debate, algunos autores consideran que el fundamento del arbitraje internacional se explica por su naturaleza jurídica, en particular por su carácter voluntarista y por hacer parte del orden jurídico transnacional, y no por el reconocimiento que de él haga la Constitución (De Jesús, 2008, p. 11).

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 (De Jesús, 2008, p. 11). Por esta razón, la doctrina ha mencionado que el arbitraje internacional no debería estar sometido al entramado normativo constitucional de ningún país (Rey Vallejo, 2013, p. 224).

Es la sociedad del comercio, producto de las relaciones comerciales internacionales, la que dota de contenido al arbitraje internacional, por lo que este no puede estar sometido a un ordenamiento jurídico en específico, lo cual hace aún más patente el hecho de que escape al brazo del Estado, y por tanto, a los esfuerzos de diferir a la Constitución su fundamento primigenio. Por esta razón, De Jesús ha mencionado:

La *societas mercatorum*, comunidad de operadores del comercio internacional, uno de los elementos institucionales de la *lex mercatoria*, detalladamente descrita en los trabajos de la célebre Escuela de Dijon, se encuentra al origen de la actividad normativa transnacional del comercio internacional. Una actividad normativa enriquecida permanentemente por las prácticas contractuales (...) por el derecho comparado (...) y por la jurisprudencia arbitral, con aspiraciones de uniformización del derecho del comercio internacional. Esa *societas mercatorum*, encuentra toda su unidad y su razón de ser, en el deseo de responder a las necesidades y los intereses del comercio internacional, de ahí su profunda estabilidad, su permanencia y su coherencia. La *societas mercatorum*, regida por sus propias normas, de carácter esencialmente transnacional, es controlada por el órgano jurisdiccional creado por ella: el arbitraje comercial internacional. (2008, p. 15).

Es la *lex mercatoria* el cimiento sobre el cual se alza el comercio internacional, y por ello la regulación jurídica de este trasciende las barreras de los Estados para asentarse en una suerte de “voluntad” del comercio que responde a los rápidos cambios que en él se generan. Es por esto que en un arbitraje internacional siempre converge un elemento extranjero, como causal determinante para que el trámite sea considerado internacional, razón por la cual no es posible imponer un régimen jurídico determinado, sino el que escojan las partes a fin de dirimir la controversia que les concierne. En definitiva, el carácter “anacional” del arbitraje internacional, en consonancia con su dimensión voluntarista, es lo que explica que sea autónomo frente al orden jurídico constitucional, y que el árbitro internacional sea una figura del comercio global y no de una Constitución en particular, por lo que su función nace de un acuerdo de voluntades y no del reconocimiento de un Estado (De Jesús, 2008, p. 16). En últimas, no es posible someter un trámite arbitral internacional a un régimen jurídico particular por mandato legal, sino por la habilitación misma que hacen las partes, de conformidad con su voluntad y las características *sui generis* del arbitraje internacional.

La autonomía del arbitraje internacional y su carácter eminentemente voluntarista, tal y como lo conciben la Ley 1563 de 2012 y la doctrina, hacen contraintuitivo pensar que las decisiones de los árbitros constituyen una manifestación de la función pública de administrar justicia, como extensión de la habilita-

ción constitucional para tal efecto. Es apenas obvio que los árbitros internacionales no están obligados por el derecho de un Estado en razón a su soberanía, sino porque las partes deciden acogerse voluntariamente a determinadas directrices jurídicas que consideran se ajustan de mejor forma a la controversia que en algún punto de la relación comercial pueda presentarse (De Jesús, 2008, pp. 21-22), y por tal motivo no se encuentran en la obligación de preservar ningún orden jurídico, sino solucionar una controversia de conformidad con lo dispuesto por las partes en el pacto arbitral.

El artículo 1° de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) define la administración de justicia como “la parte de la función pública que cumple el Estado *encargada por la Constitución Política y la ley* de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades *consagrados en ellas*” [énfasis propio]. Es decir, la administración de justicia se circunscribe a la decisión que sobre la titularidad de determinado derecho se haga en razón a una consagración en el ordenamiento positivo vigente, por lo cual puede inferirse razonablemente que la función pública en comento se encuentra limitada por las directrices de la Constitución Política y la ley colombiana, tal y como lo ha reconocido la Corte Constitucional (C-242/1997, H. Herrera).

De conformidad con lo anterior, sería absurdo pensar que el árbitro internacional administra justicia en los términos a los que se refiere esta función pública, pues por la convergencia de patrones internacionales no se encuentra

prima facie sometido al ordenamiento jurídico colombiano, de manera que no puede definir sobre la titularidad de ningún derecho consagrado en este. Ahora, el hecho de que las partes puedan acogerse a las normas de derecho colombiano no implica que el árbitro internacional entre a funcionar como operador jurisdiccional, pues no sería una habilitación del poder soberano del Estado lo que justificaría su capacidad decisoria conforme a determinado conjunto de normas, sino la voluntad misma de las partes que consideran conveniente la aplicación de dicho marco regulatorio. Si el arbitraje internacional no se encuentra sometido a ningún orden jurídico en particular, salvo por habilitación de las partes, ¿cómo podría afirmarse que los árbitros internacionales ejercen una función pública cuyo fundamento es, precisamente, un imperativo producto de un ordenamiento jurídico?

Al ser el arbitraje internacional un fenómeno *sui generis* y voluntarista que trasciende las barreras de cualquier Estado, es apenas claro que sería errado considerar que estos ejercen función pública de administrar justicia, por el mero reconocimiento que la Constitución misma pueda hacer al respecto, pues sus decisiones parten de la premisa de la autonomía de la voluntad, como desarrollo del comercio internacional en un mundo globalizado, y no de un deber impuesto por un Estado que requiere que la administración de justicia se realice en salvaguarda del orden jurídico vigente.

Ahora, de cara a la amigable composición, dentro de la cual no se ejerce función pública

de administrar justicia, la Corte Constitucional ha avalado la procedencia de las acciones de tutela. Para la Corte, a pesar de que este sea un mecanismo eminentemente contractual, y por ende no sujeto a los parámetros del debido proceso, se deben observar unos mínimos fijados por los principios de igualdad y buena fe en la conducción del trámite. De esa forma, para dicha Corporación es necesario que los amigables compondores realicen, como mínimo, una audiencia de apertura, una etapa de investigación y una etapa de decisión (CConst., T-017/2005, R. Escobar). En caso de omitirse estos mínimos sería procedente una acción de tutela por desconocer la buena fe y la igualdad. Es decir, la tutela en los casos de amigable composición, análoga al arbitraje en cuanto a que no se administra justicia, procede por omitir unos mínimos de etapas con sujeción a principios constitucionales.

En el arbitraje internacional existe un procedimiento fijado, bien por las partes mismas de acuerdo con un reglamento que estas escojan, bien por los árbitros mismos. En consecuencia, por desconocerse unos mínimos en un mecanismo eminentemente contractual como el arbitraje internacional, procedería la acción de tutela por las mismas razones esgrimidas por la Corte para la amigable composición. Sin embargo, cuando estos mínimos sean desconocidos, la Ley 1563 de 2012 prevé expresamente un mecanismo para controvertir las decisiones tomadas al margen del procedimiento fijado por las partes: el recurso extraordinario de anulación (art. 107). En ese sentido, y para este escenario en específico, no se cumpliría

con el requisito de subsidiariedad de la tutela, pues se cuenta con otro recurso a la mano para la protección de los derechos que se reputan vulnerados (D. 2592/1991, art. 6), y por lo tanto este argumento, para avalar la procedencia de la tutela en arbitraje internacional, deviene inane.

C. Inconveniencia económica de la tutela contra laudos arbitrales internacionales

No sobra hacer mención del impacto que sobre el arbitraje internacional podría tener la procedencia de la tutela. Es un contrasentido pensar en un mecanismo especializado que solucione controversias de carácter internacional, de manera ágil y eficiente, que sea susceptible de acción de tutela, ampliando la discusión sobre la situación problemática y poniendo en tela de juicio la seguridad jurídica por la que este tipo de mecanismos debería propugnar. El hecho de que sea posible impetrar una acción de tutela contra laudos arbitrales genera una serie de desincentivos desde el punto de vista económico, que impactan los cimientos propios del arbitraje internacional.

En primera medida, se generan mayores costos de transacción, pues el tiempo en el que se puede resolver determinado asunto se incrementaría con un proceso constitucional en primera instancia, segunda instancia y una eventual revisión (Miranda Contreras, 2013, p. 92). Si lo que se pretende con un proceso arbitral es poner fin a un conflicto de manera rápida, la acción de tutela tendría el efecto contrario

al extender el tiempo en el cual dicho conflicto sería finalmente dirimido.

Por otro lado, se genera incertidumbre en cuanto al resultado del proceso, precisamente por existir la posibilidad de que un asunto de comercio internacional pueda ventilarse ante un juez constitucional, quien no es el agente con los conocimientos especializados para dirimir un asunto de dicha naturaleza (Miranda Contreras, 2013, p. 93).

Finalmente, la competitividad de un país en materia de inversiones se encuentra influida por la estabilidad de los sistemas de resolución de controversias que establezca, en la medida en que las partes de un negocio no cuentan con un marco jurídico que les permita tener certeza de que la decisión adoptada por el tribunal será la última palabra (Miranda Contreras, 2013, p. 94).

V. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA SU-500 DE 2015

El análisis de esta sentencia es fundamental, en la medida en que la Corte Constitucional resolvió sobre una acción de tutela interpuesta contra el laudo arbitral emitido por la Cámara de Comercio Internacional y la sentencia que resolvió sobre el recurso de anulación interpuesto dentro de dicho proceso. De esa forma, constituye una aproximación directa a la forma como la jurisprudencia trata el tema de la procedencia de la acción de tutela frente al arbitraje comercial internacional.

A. Antecedentes

La empresa ISAGEN S.A. presentó acción de tutela contra el laudo proferido por la Cámara de Comercio Internacional con sede en Bogotá, el 2 de julio de 2010, y contra la sentencia de la sección tercera del Consejo de Estado que decidió sobre el recurso de anulación.

La controversia, que fue ventilada ante la Cámara de Comercio Internacional, versaba sobre un contrato de obra celebrado entre ISAGEN S.A. y el Consorcio Miel (Contrato MI-100), el cual estaba integrado por varias empresas domiciliadas en diferentes países.

Una vez se firmó el acta de terminación de las obras, el Consorcio Miel presentó a ISAGEN S.A. una solicitud de reconocimiento del proyecto y de gastos adicionales, a lo cual no accedió, razón por la que el Consorcio convocó al tribunal de arbitramento. En la demanda se solicitó el reconocimiento de una serie de pretensiones de contenido económico. ISAGEN S.A. presentó demanda de reconvención dentro del trámite arbitral, solicitando el reconocimiento de perjuicios, entre otras cosas, por el cumplimiento tardío de las obligaciones contenidas en el contrato frente al Consorcio Miel. El 2 de julio de 2010 el tribunal de arbitramento internacional profirió laudo acogiendo las pretensiones económicas de la demanda, y desestimando tanto las excepciones como la demanda de reconvención de ISAGEN S.A.

Por lo anterior, ISAGEN S.A. interpuso recurso extraordinario de anulación, invocando para

el efecto las causales 1, 2, 4, 5, 6 y 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. En la resolución del recurso, el Consejo de Estado acogió parcialmente los pronunciamientos del recurso de anulación, teniendo como resultado la reducción de la condena contenida en la parte resolutoria del laudo arbitral. Los demás cargos formulados contra el laudo fueron desestimados en su integridad. Habiendo ocurrido lo anterior, ISAGEN S.A. solicitó la aclaración y adición de la sentencia que decidió sobre la anulación, siendo negado dicho pedimento. Finalmente, el 12 de julio de 2013 ISAGEN S.A. interpuso acción de tutela, alegando la violación del derecho fundamental al debido proceso por defectos sustantivo, fáctico, procedimental y orgánico.

En primera medida, argumenta que el tribunal no era competente para conocer de las controversias surgidas con ocasión al contrato de obra, pues las partes que firmaron el pacto arbitral no eran las mismas que resultaron vinculadas al proceso arbitral. En segundo lugar, afirma que existe un defecto sustantivo, pues el Tribunal omitió justificar plenamente su competencia con base en el derecho aplicable. En tercera medida, el accionante considera que el Tribunal vulneró el derecho de contradicción de ISAGEN S.A., pues desconoció una serie de órdenes impartidas por él mismo. Finalmente, el tutelante pregona la existencia de un defecto fáctico en la medida en que tanto el Tribunal, como el Consejo de Estado justificaron la condena pecuniaria en un análisis aislado del material probatorio.

B. Consideraciones de la Corte frente a la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales internacionales

La Corte inicia el análisis afirmando que los laudos arbitrales son decisiones eminentemente jurisdiccionales y, por tanto, es posible pregonar una relación de equivalencia, al menos material, entre las decisiones de los jueces y los árbitros, sin hacer distinción alguna entre arbitraje nacional e internacional. Por ello la Corporación afirma:

Esta equivalencia material explica que, así como sucede con las sentencias judiciales, también tenga cabida la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales que puedan verse afectados por las decisiones emanadas de los tribunales de arbitramento. (CConst, SU-500/2015, L. Pérez).

Es esta equiparación, es decir, el carácter jurisdiccional atribuido al arbitraje, el argumento que ha utilizado la Corte Constitucional para avalar la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales (CConst, T-790/2010, J. Pretelt).

Sin embargo, y con fundamento en la Sentencia SU-174 de 2007, la Corte considera que dicha equivalencia entre laudos y sentencias no opera de forma automática, pues los sujetos han decidido voluntariamente no ventilar determinado conflicto ante la jurisdicción ordinaria. Por tal motivo, el análisis de la proce-

dencia de la tutela contra laudos arbitrales es más estricta, máxime si se parte del carácter extraordinario de los recursos que proceden contra las decisiones de los árbitros (CConst., SU-500/2015, L. Pérez). Al respecto, la jurisprudencia ha establecido una serie de criterios que guían la labor interpretativa del juez constitucional a la hora de conocer sobre una tutela contra laudos arbitrales. En ese sentido ha considerado que en sede de tutela el operador jurisdiccional debe tener en cuenta:

(i) la estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; (ii) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; (iii) el respeto por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales y (iv) el respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela y le impide a este, pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento. (CConst., SU-174/2007, M. Cepeda).

De igual forma, la Corte realiza una serie de consideraciones en torno al requisito de subsidiariedad en los eventos en los que se utilice la acción de tutela para ventilar una supuesta vulneración de derechos fundamentales por parte de la determinación adoptada en sede arbitral. Al respecto, ha afirmado que teniendo el actor la posibilidad de impetrar el recurso de anulación, este debe ser agotado para que sea procedente la acción de tutela. Sin embargo, la

mencionada Corporación también ha considerado que cuando ninguna de las causales taxativas previstas en el recurso de anulación se encuadre dentro de determinado escenario, en el que pueda existir una violación de derechos fundamentales, el requisito de subsidiariedad se relativiza, haciéndose inexigible el agotamiento del recurso de anulación para que sea procedente la acción de tutela. Al respecto ha afirmado lo siguiente:

Dicho de otra manera, la acción de tutela se puede plantear en dos escenarios, dependiendo de si es preciso, o no, el agotamiento del recurso de anulación. Esta situación determina que la aproximación del juez de tutela, en uno y otro caso, sea distinta. Si bien se parte siempre del respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros que no debe ser invadido por el juez de amparo, a quien no le corresponde pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento, también es cierto que en los casos en que no resulta exigible agotar el recurso de anulación, la acción de amparo hace un primer acercamiento al laudo arbitral, y en este sentido la valoración sobre la violación directa de derechos fundamentales habrá de ser más estricta. Mientras que en los casos en que se ha agotado el requisito de anulación (hablando en términos generales), el laudo ya ha sido sometido a un primer examen, el juez de tutela cumple una función más distante, y pasa a controlar si, al examinarse las causales en el recurso, no se advirtió al-

guna vulneración de tipo iusfundamental. (CConst., SU-174/2007, M. Cepeda).

Una vez realizadas las anteriores consideraciones, la Corte se refiere a los requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, y de manera expresa a los defectos sustantivo,³ procedimental, orgánico⁴ y fáctico.

C. Consideraciones de la Corte en el caso concreto

En primera medida la Corte aborda los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, refiriéndose a la relevancia constitucional del asunto sometido a consideración dentro del caso concreto. Al respecto, considera la Corporación que en efecto se están debatiendo cuestiones que tienen incidencia directa sobre el debido proceso, como garantía fundamental, en tanto que se cuestiona la competencia del tribunal y la actividad jurídica y probatoria de este.

Encuentra de igual forma satisfecho el requisito de subsidiariedad, por cuanto la tutelante

—ISAGEN— interpuso en tiempo el recurso de anulación. Frente a esta circunstancia específica, considera la Corte que es necesario tomar en cuenta que las cuestiones *in procedendo* que puedan constituir violaciones al debido proceso ya han sido ventiladas ante el juez de la anulación y que, por tanto, el examen debe limitarse a determinar si la actuación del juez de anulación fue violatoria del debido proceso. De igual forma, consideró que se encontraba satisfecho el requisito de inmediatez.

Finalmente, arguye la Corporación que se encuentran satisfechos los requisitos de enunciación de los hechos y derechos que hacen parte del amparo y que no se trata de una tutela contra tutela.

Frente al defecto procedimental, argumenta la Corte que este no está llamado a prosperar en la medida que no se demostró cómo los reproches formulados hubiesen cambiado la decisión del tribunal y del juez de anulación. Las irregularidades mencionadas en la tutela se referían a la extensión que se hizo a favor de la demandante para aportar una serie de pruebas, y al manejo de un expediente paralelo que no fue puesto en consideración de la tutelante.

3. Para la Corte el defecto sustantivo en los escenarios de tutela contra laudos arbitrales no puede desconocer el principio de voluntariedad. En efecto, dado que las partes han acordado voluntariamente someterse a la decisión de los árbitros, no puede utilizarse la acción de tutela como un mecanismo para controvertir las interpretaciones que estos hagan de las normas aplicables, lo cual se acentúa aún más teniendo en cuenta que en el arbitraje internacional la ley de fondo puede ser libremente acogida por las partes. No se puede tratar, pues, de un mero desacuerdo de una de las partes con la interpretación y decisión adoptada por el tribunal, sino de una violación protuberante y directa de derechos fundamentales, lo cual no se diferencia en forma alguna de la configuración del defecto sustantivo frente a providencias judiciales.

4. En la providencia analizada, la Corte Constitucional hace una serie de consideraciones de carácter especial, tomando en cuenta el defecto orgánico en sede arbitral. Al respecto mencionó la Corporación que el análisis de este defecto debe hacerse teniendo en cuenta el principio de voluntariedad del arbitraje y el principio *kompetenz kompetenz*.

En lo que se refiere a los defectos sustantivo, orgánico y fáctico, la Corte entra a analizar la garantía del debido proceso dentro del proceso arbitral y el trámite de anulación, en particular frente a la competencia del tribunal y su labor probatoria, hechos que fueron ventilados en sede de anulación.

Frente al defecto orgánico endilgado al tribunal, considera la Corte que este no está llamado a prosperar. La Corporación adujo que, en el asunto sometido a su consideración, el tribunal justificó plenamente su competencia y que todos los puntos materia de reproche en este aspecto fueron resueltos por el Consejo de Estado, juez natural de la anulación. Afirma la Corte que, si bien es posible presentar interpretaciones distintas frente a lo argumentado por el tribunal y el juez de la anulación, en el presente asunto no se evidencia violación alguna del debido proceso.

Por otra parte, la tutelante argumenta la existencia de un defecto sustantivo en la labor del tribunal arbitral y del Consejo de Estado, pues el primero falló en justificar plenamente su competencia y el segundo no tuvo en cuenta todos los argumentos que se expusieron para fundamentar el reproche realizado a la competencia del tribunal. En este punto, la Corte concluyó:

En todo caso, un análisis de este calibre, realizado adecuadamente por el Consejo de Estado, desborda la competencia del juez de amparo en los procesos de tutela contra providencias judiciales, y en concreto cuando se trata de laudos arbitrales

que se caracterizan por una autonomía reforzada en sus decisiones. De modo que no se configura un defecto sustantivo, toda vez que como se indicó antes, y lo constató el juez natural en el recurso de anulación, no se observa una omisión en la argumentación en lo que respecta a la competencia del Tribunal, quien abordó distintos argumentos, además de los que ISAGEN considera omitidos, solo que no fueron acogidos en los términos y en el sentido que la tutelante pretendía. (CConst., SU-500/2015, L. Pérez).

En lo que se refiere al defecto fáctico, la tutelante argumentó que el tribunal omitió la valoración de ciertas pruebas a efectos de tomar su decisión. Frente a esto, considera la Corte que, si bien pudieron existir ciertas irregularidades de cara a la actividad probatoria, falló la tutelante en acreditar de qué manera dichas omisiones endilgadas a la apreciación del acervo probatorio por parte del tribunal, hubieran sido determinantes para modificar el fallo de manera sustancial.

Por lo anterior, la Corte Constitucional decidió denegar el amparo solicitado por ISAGEN S.A., en tanto que no halló probados los defectos de los cuales eran acusados el laudo y la sentencia que resolvió el recurso de anulación.

D. Crítica a la sentencia

Lo primero que debe decirse es que a pesar de que la decisión de la Corte denegó la protec-

ción solicitada, ello no implica que la Corporación haya adoptado una posición en la que se niegue la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para atacar las decisiones de un tribunal de arbitramento internacional, por una presunta violación de derechos fundamentales. Es más, en las consideraciones de la Corte se hace patente el aval que le otorga a la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para controvertir las decisiones adoptadas en el arbitraje comercial internacional. Ello se desprende claramente de las afirmaciones que hace la jurisprudencia de cara a la “equivalencia” material existente entre los laudos arbitrales y las providencias judiciales, por tratarse de decisiones que ponen fin de manera determinante y obligatoria a una controversia.

Si bien es importante que la Corte haya variado su jurisprudencia en cuanto a la equivalencia absoluta entre laudos arbitrales y providencias judiciales, ello de ninguna manera hace gala de la autonomía que tiene el arbitraje internacional frente al aparato estatal y a la pretensión de administración de justicia sobre el cual se fundamenta la procedencia de la acción de tutela en el arbitraje internacional. Es más, resulta preocupante que la jurisprudencia desde el 2007 haya desarrollado una serie de criterios interpretativos para examinar la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales, pero que estos no hayan sido utilizados dentro de la sentencia que se analiza en este apartado. La única afirmación que se refiere a alguno de estos criterios parte de la premisa de un juicio adecuado, realizado por la autoridad de anula-

ción, aduciendo que por ello “desborda la competencia del juez de amparo en los procesos de tutela contra providencias judiciales, y en concreto cuando se trata de laudos arbitrales que se caracterizan por una autonomía reforzada en sus decisiones.” [Énfasis mío]. Sin embargo, esta afirmación indica que el defecto al que se refirió la Corte en dicho considerando fue descartado, no por la estabilidad reforzada de la que goza el arbitraje internacional, sino porque el Consejo de Estado no incurrió en el defecto; de haberlo hecho, seguramente se hubiera tutelado el derecho fundamental sin importar que se tratase de una decisión al interior de un proceso arbitral internacional. En últimas, no se aterriza de forma concreta la premisa de estabilidad reforzada a escenarios particulares en los que podría operar, en caso de que el juicio del tribunal o del juez de anulación no hubiese sido acertado.

En este aspecto resulta paradójico que la Corte diga que la tutela se torna más excepcional por el carácter voluntario del arbitraje, pero use jurisprudencia que alude al carácter jurisdiccional de este para avalar la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales. En efecto, por un lado asevera la Corte:

En tales términos, resulta evidente que la equivalencia entre las providencias judiciales y los laudos arbitrales, *no es automática, pues tratándose de estos últimos, la excepcionalidad de la tutela se ve reforzada por el hecho de que las partes han decidido apartarse del actuar de la justicia convencional*, y han dotado

a la decisión del tribunal de arbitramento de una autonomía y firmeza que escapa de la actuación de los mecanismos de controversia convencional. (CConst., SU-500/2007, L. Pérez). [Énfasis mío].

Sin embargo, en otras secciones de la sentencia afirma:

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, pues como se indicó en la Sentencia C-242 de 1997 tales laudos son, también, *decisiones eminentemente jurisdiccionales*. (CConst., SU-500/2007, L. Pérez). [Énfasis mío].

Esta afirmación explicaría la naturaleza del arbitraje nacional, a partir de una teoría ecléctica de este, pero de ninguna forma toma en cuenta las características propias del arbitraje internacional.

La Corte termina por utilizar el carácter voluntario del arbitraje para afirmar que la tutela se torna “aún más excepcional” en este escenario, sin que esto tenga efectos concretos en la argumentación de la sentencia. Es más, pareciera que el análisis que hace en el caso concreto es el mismo que haría frente a una providencia judicial, pues, como se adujo anteriormente, no utiliza de ninguna forma los criterios establecidos jurisprudencialmente para “morigerar” la procedencia de la tutela en el caso analizado por la Corporación. En últimas,

la tutela fue denegada no porque no fuera procedente, sino porque la tutelante falló en demostrar los defectos endilgados, lo cual ya es indicativo de la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales internacionales.

Pero lo que resulta más preocupante aún, es que la Corte Constitucional no haga diferenciación alguna entre el arbitraje internacional y el nacional. Es más, en su decisión no existe ninguna consideración específica sobre el arbitraje internacional individualmente considerado, lo cual lleva a pensar que, para la Corte, las dos figuras son afines, cuando se ha demostrado que ello no es así. Incluso, en algunos escenarios concretos la Corte ha dicho que entre el arbitraje nacional y el internacional existen diferencias puntuales. Esta fue la consideración que realizó la Corporación al resolver sobre una demanda de constitucionalidad presentada contra el trámite de reconocimiento que debían surtir los laudos arbitrales internacionales, en la que el demandante alegó la violación al principio de igualdad frente al arbitraje nacional (CConst., C-800/2005, A. Beltrán).

Como primera medida, y partiendo de lo argumentado en la sentencia analizada (SU-500/2015), si la equivalencia entre laudos y sentencias no es automática por el carácter voluntario del arbitraje, esto debería acentuarse aún más en tratándose de arbitraje internacional, teniendo en cuenta el hecho de que las partes puedan retirarle ciertas facultades a los árbitros, como sucede en materia de pruebas y medidas cautelares. Esto se refuerza con las diferencias que existen entre los efectos de cosa

juzgada, y la validez y ejecución de laudos internacionales, según lo considerado líneas atrás.

En segundo lugar, ha sido reiterativa, por parte de la Corte, la utilización del artículo 116 de la Constitución Política de manera exegética para fundamentar la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, pues es esta la norma de rango constitucional que afirma que los árbitros cuentan con la facultad para administrar justicia, sin hacer distinción alguna de si se trata de árbitros nacionales o internacionales. Si bien es cierto que la norma en comento no hace ninguna diferencia entre las dos figuras, ello no es óbice para que se haga una interpretación de ella que se compagine con la regulación y naturaleza del arbitraje internacional. En este aspecto es relevante destacar que los árbitros internacionales no ejercen la función pública de administrar justicia, según lo considerado precedentemente, pues las decisiones que adoptan en derecho no se hacen en nombre de un Estado en particular, ni por una adjudicación que el aparato estatal les haya hecho. Los árbitros deciden por su trascendental función en el comercio internacional y por la voluntad que se deriva de quienes actúan dentro de ese comercio. En este punto sería prudente que la Corte utilizara una interpretación sistemática y teleológica para abordar el problema puesto de presente en este texto, pues resulta bastante problemático que haya hecho un análisis de la procedencia de la acción de tutela contra un laudo arbitral internacional, sin tomar en consideración las características propias de este instituto frente al arbitraje nacional y al proceso judicial.

VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTA

La procedencia de la tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales ha sido un tema controversial en el arbitraje. La doctrina de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido desarrollada y extendida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional a los laudos arbitrales internacionales. El presente escrito se propuso dar argumentos y una respuesta a la posibilidad de que dicha acción pueda impeirse contra laudos arbitrales internacionales, llegando a la conclusión de que ello no debe permitirse por los siguientes motivos:

PRIMERO: el traslado que ha efectuado la Corte Constitucional de la doctrina de la tutela contra providencias judiciales a laudos arbitrales se ha fundamentado en que los árbitros, por mandato del artículo 116 de la Constitución Política, ejercen la función pública de administrar justicia. Esta consideración no puede acogerse a efectos del arbitraje internacional, pues los árbitros no se encuentran sometidos a un régimen jurídico particular por mandato soberano, sino por decisión voluntaria de las partes conflictuales. Es por esto que el elemento extranjero presente en el arbitraje internacional cobra relevancia, de acuerdo con lo contemplado en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y la doctrina.

Además, es necesario destacar que la regulación vigente del arbitraje internacional da cuenta de la preponderancia del carácter voluntarista de este instituto, y que este no se

explica por la habilitación que de él haga el Estado, sino por el querer de las partes en el marco del comercio internacional. Ello se evidencia en la posibilidad que tienen las partes para restringir ciertas prerrogativas al tribunal, como la facultad para decretar medidas cautelares o celebrar audiencias para la práctica de pruebas, posibilidad que se encuentra totalmente vedada en el plano de la jurisdicción permanente. Esto, en relación con el asunto debatido en este documento, da cuenta de diferencias sustanciales de cara a los poderes de los árbitros en el ámbito internacional, en contraste con aquellos con los que cuentan los jueces y, por tanto, suponen una traba para que el árbitro internacional sea equiparable a la figura de los jueces de la República, argumento que ha utilizado la Corte Constitucional para avalar la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales.

Por otra parte, el arbitraje internacional encuentra su fundamento jurídico en el carácter voluntario y transnacional del mismo, lo cual tiene como efecto que la fuente de la que dimana el poder del tribunal arbitral sea la voluntad de las partes, plasmada en el pacto arbitral y el orden jurídico transnacional moldeado por las necesidades del comercio, esto es, como fenómeno jurídico que responde a una realidad económica en particular. Por tal motivo, se entiende que los árbitros no actúan en nombre de ningún Estado soberano, sino en nombre de las partes, para dirimir una controversia de conformidad con un conjunto normativo que ellas escogen libremente. En ese sentido, no puede afirmarse que los árbitros internaciona-

les ejerzan la función pública de administrar justicia, pues sus decisiones no se toman de conformidad con un imperativo producto de una autoridad soberana, sino de la voluntad de las partes.

A esto se suma la prohibición contenida en el artículo 67 de la Ley 1563 de 2012, en el entendido que la autoridad judicial no debe entrometerse en el trámite arbitral internacional, en razón a su naturaleza propia y a la preponderancia de la voluntad de las partes. Esta disposición debe ser interpretada de manera armónica con todo el articulado de la ley y las características propias del arbitraje internacional como fenómeno jurídico y económico *sui generis*, en el sentido de impedir el uso de la tutela contra laudos arbitrales internacionales, máxime cuando el recurso que procede contra estos es excepcional (anulación).

SEGUNDO: en contraste con las facultades procesales de los jueces y sus sentencias judiciales, los árbitros internacionales y sus laudos arbitrales cuentan con notas características que no permiten su equiparación desde un punto de vista material.

Es claro que los árbitros deben contar con la facultad para decidir de forma obligatoria y vinculante una controversia, pues esta es la esencia misma del arbitraje internacional, intención sin la cual no podría existir. Por tal motivo, se acepta que los laudos arbitrales internacionales tienen efecto de cosa juzgada. Sin embargo, existe un debate álgido sobre el alcance que tiene dicho principio en materia de arbitra-

je internacional, pues la disparidad que tiene el concepto en los diferentes ordenamientos jurídicos hace difícil establecer un único parámetro de aplicación del principio *res judicata*, tanto en su dimensión positiva como negativa, debido a las particularidades propias del arbitraje internacional y su carácter eminentemente voluntario. Por ello las recomendaciones de los expertos en la materia apuntan a dar un tratamiento diferenciado entre los laudos arbitrales y las sentencias judiciales, pues sus efectos varían en punto de la cosa juzgada.

Además, en los casos en que el laudo es proferido en el exterior, no es posible llevar a cabo su ejecución hasta tanto no se agote el trámite del reconocimiento, lo cual no acontece con las providencias judiciales, las cuales desde su ejecutoria cuentan con dicho atributo y la posibilidad de ser materializadas. En todo caso, aun cuando el laudo internacional sea proferido en sede colombiana, deberá acudir a la jurisdicción ordinaria para lograr su ejecución, atributo con el que cuentan los jueces una vez definida una controversia de carácter declarativo (art. 305 CGP).

Finalmente, los árbitros internacionales no cuentan con las mismas prerrogativas que de manera absoluta se confieren a los jueces. Ello se evidencia, nuevamente, en que la facultad de decretar medidas cautelares y practicar pruebas no es irrestricta, sino que puede ser limitada por el acuerdo de las partes, necesitando en todo caso la colaboración del aparato estatal, o lo que se conoce en la doctrina como juez de apoyo.

Con lo anterior no se quiere decir que el arbitraje internacional pueda obrar de manera arbitraria en contra de ciertas garantías elementales, sino que su naturaleza propia, junto con su regulación, ya permiten tratar dichas cuestiones al interior del arbitraje mismo sin necesidad de que el juez de tutela intervenga. Tal es el caso del recurso extraordinario de anulación, en el que se permite atacar la decisión del tribunal arbitral, en la medida en que desconozca aspectos propios del proceso fijado para la resolución del conflicto, conforme al querer de las partes.

Estas diferencias dan muestra de la imposibilidad de hacer una equiparación entre el arbitraje internacional, el arbitraje nacional y el proceso judicial, como, de una u otra forma, pretende hacer la jurisprudencia constitucional, por lo que no es posible trasladar la doctrina de la acción de tutela contra providencias judiciales al arbitraje comercial internacional.

TERCERO: se señalaron también algunos aspectos que desde el punto de vista económico podrían minar la funcionalidad del arbitraje, pues la posibilidad de impetrar una acción de tutela incrementa los costos de transacción, desincentiva la inversión y genera incertidumbre, en contravía de los postulados de seguridad jurídica, agilidad y eficiencia que deben regir el arbitraje comercial internacional. Si esto se analiza de cara a la naturaleza de este instituto, es plausible concluir que la tutela obra en contravía del andamiaje mismo del arbitraje comercial internacional.

CUARTO: la problemática expuesta en el presente escrito se acentúa aún más si se toma en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional trata de igual forma al arbitraje nacional y al arbitraje internacional. De ninguna manera la jurisprudencia analiza las trascendentales diferencias que existen entre uno y otro instituto, salvo en lo referido al trámite de reconocimiento en la Sentencia C-800 de 2005, pero sin que haya un análisis juicioso de los elementos que distancian al arbitraje internacional del nacional y del proceso judicial.

Es necesario que la Corte tome en cuenta las diferencias aquí plasmadas para reformular la jurisprudencia en un sentido que acuñe las características propias del arbitraje internacional como fenómeno voluntarista y *sui generis*, a efectos de que la tutela no se convierta en un mecanismo de irrupción en el trámite arbitral, en contra de la finalidad misma del arbitraje y de la prohibición que expresamente consagra el artículo 67 de la Ley 1563 de 2012.

Referencias

1. Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A. y Hunter, M. (2009). *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration*. New York: Oxford University Press.
2. Benavides Galvis, C. (10 de marzo de 2015). Breves consideraciones sobre las acciones constitucionales en el arbitraje internacional. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/breves-consideraciones-sobre-las-acciones-constitucionales-en-el-arbitraje-internacional>
3. Botero Sanclemente, A. M. y Correa Henao, N. R. (2002). *Arbitramento Internacional*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
4. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [UNCITRAL]. (10 de junio de 1958). *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York*. Recuperado de http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html
5. Congreso de la República de Colombia. Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO N° 48.489. Obtenido de secretariassenado: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html
6. Congreso de la República de Colombia. Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
7. Congreso de la República de Colombia. Ley 270 de 1996. Por medio de la cual se expide la ley estatutaria de administración de justicia. Marzo 7 de 1996. DO N° 42.745.

- Obtenido de secretariassenado: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html
8. Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Obtenido de secretariassenado: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
 9. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-247 de 1997 (M. P.: Hernando Herrera Vergara; mayo 20 de 1997). Obtenido de corteconstitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-242-97.htm>
 10. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-774 de 2004 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; agosto 13 de 2004). Obtenido de corteconstitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/T-774-04.htm>
 11. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-017 de 2005 (M. P.: Rodrigo Escobar Gil; enero 20 de 2005). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-017-05.htm>
 12. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-800 de 2005 (M. P.: Alfredo Beltrán Sierra; agosto 2 de 2005). Obtenido de corteconstitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-800-05.htm>
 13. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-174 de 2007 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; marzo 14 de 2007). Obtenido de corteconstitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/SU174-07.htm>
 14. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-378 de 2008 (M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto; abril 23 de 2008). Obtenido de corteconstitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-378-08.htm>
 15. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-058 de 2009 (M. P.: Jaime Araújo Rentería; febrero 2 de 2009). Obtenido de corteconstitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-058-09.htm>
 16. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-225 de 2010 (M. P.: Mauricio González Cuervo; marzo 23 de 2010). Obtenido de corteconstitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-225-10.htm>
 17. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-131 de 2010 (M. P.: María Victoria Calle Correa; febrero 23 de 2010). Obtenido de corteconstitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-131-10.htm>
 18. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-790 de 2010 (M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; octubre 1 de 2010). Obtenido de corteconstitucional:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-790-10.htm>

19. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-466 de 2011 (M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio; junio 9 de 2011). Obtenido de corteconstitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-466-11.htm>
20. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-094 de 2013 (M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; febrero 26 de 2013). Obtenido de corteconstitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-094-13.htm>
21. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-500 de 2015 (M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez; agosto 6 de 2015). Obtenido de corteconstitucional: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU500-15.htm>
22. Dalhuisen, J. (2015). *Legal reasoning and powers of international arbitrators*. London: King's College London.
23. De Jesús, A. (2008). La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina. En F. Mantilla y C. Pizarro, *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*. Bogotá: Universidad del Rosario.
24. Gaillard, E. y Savage, J. (Eds.) (1999). *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Hague: Kluwer Law International.
25. Gamboa Serrano, R. (2005). Arbitramento, ubicación y recursos. *Vniversitas*, 54(110), 543-557.
26. Gaviria Gil, J. A. (2013). Comentarios sobre las nuevas normas colombianas en materia de arbitraje internacional. *Revista de Derecho Privado*, (24), 259-281.
27. Hascher, D. (2004). *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales* (Travaux du Comité Français de Droit International privé). Paris.
28. De Ly, P. (Chairman), Sheppard, A. (Rapporteur). (2009). ILA Final Report on Res Judicata and Arbitration. *Arbitration International*, 25(1), 35-66.
29. Mantilla Serrano, F. (2012). *Colombia, ¿sede de un arbitraje internacional?* Obtenido de ambitojuridico: <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Mercantil-Propiedad-Intelectual-y-Arbitraje/noti-120724-06-colombia-sede-de-arbitraje-internacional>
30. Miranda Contreras, C. (2013). Análisis económico de la acción de tutela contra laudos arbitrales en Colombia. *CON-TEXTO. Revista de Derecho y Economía*, (40), 87-94.

31. Muriel-Ciceri, J. (2012). Aspectos de la Nueva Ley de Arbitraje en Colombia. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, V(3), 803-816.
32. Presidente de la República de Colombia. Decreto 1818 de 1998. Por medio del cual se expide el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. Septiembre 7 de 1998. DO N° 43.380. Obtenido de alcaldiabogota: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6668>
33. Radicati di Brozolo, L. (2011). Res Judicata and International Arbitral Awards. *ASA Special Series*, 1-23.
34. Rey Vallejo, P. (2013). El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización. *Vniversitas*, (126), 299-237.
35. Santiestevan de Noriega, J. (2010). La habilitación constitucional para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en Perú. *Arbitraje*, 3(1), 43-84.
36. Talero Rueda, S. (2010). *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*. Bogotá: Temis.
37. Zappalá, F. (2012). Normatividad procesal aplicable en el arbitraje internacional. *Criterio Jurídico*, 13(1),121-140.