

Tutela contra laudos arbitrales: crisis y pervivencia de un paradigma

Protection against binding judgment in arbitration: crisis and survival of a paradigm

Fabián López Guzmán¹
Yeison Mauricio Cruz²

Resumen

El presente artículo tiene como propósito realizar una crítica a la tutela contra laudos arbitrales desde el régimen dualista del arbitraje en Colombia y, por consiguiente, del modelo procesalista del arbitraje, que es la consecuencia lógica de ese paradigma. En primera instancia, se hace una descripción del régimen dualista del arbitraje en el ordenamiento jurídico colombiano y,

Cómo citar este artículo: López, G. F. & Cruz, Y. M. (2022). Tutela contra laudos arbitrales: crisis y pervivencia de un paradigma. *Revista Nueva Época*, (58), 81-142. <https://doi.org/10.18041/0124-0013/nuevaepoca.57.2021.9107>



- ¹ Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. *Master in Strategic Management* de la Universidad Internacional Iberoamericana de Puerto Rico (USA). Magíster en Resolución de Conflictos y Mediación de la Universidad Europea del Atlántico, España (actualmente). Magíster en Dirección Estratégica con Énfasis en Resolución de Conflictos y Mediación de la Universidad Internacional Iberoamericana de Puerto Rico, USA, (actualmente). Especialista en Derecho Comercial y Financiero de la Universidad Católica de Colombia. Diplomado en Derecho Internacional de los Negocios del ICDCE y la Universidad de la Cuenca del Plata de Argentina. Diplomado en Transporte Multimodal de ASDAÚN. Diplomado en Pedagogía e Investigación de la Universidad La Gran Colombia. Árbitro de las Cámaras de Comercio de Cartagena, Manizales, Ibagué, Villavicencio, entre otras. Profesor de la Maestría en Derecho Contractual Público y Privado de la Universidad Santo Tomás. Profesor de la Maestría en Derecho Privado y de los Negocios de la Universidad Libre. Profesor de la cátedra de Obligaciones de la Universidad Libre. Profesor y conferencista en Colombia, Argentina y Estados Unidos. Autor de diversas publicaciones (libros, artículos, capítulos de libros y ponencias). Correo electrónico: fabianlopez2097@yahoo.com
- ² Abogado de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Derecho Contractual Público y Privado de la Universidad Santo Tomás. Diplomado en Formación de Conciliadores de la Cámara de Comercio de Bogotá. Abogado litigante y asesor en derecho público y contratación estatal.

posteriormente, se profundiza en el estudio, análisis e interpretación de los efectos del procesalismo en el arbitraje, en virtud del modelo dualista, a saber: la preeminencia de la concepción procesalista sobre la contractual en Colombia y, como es lógico, la acción de tutela contra laudos arbitrales y la necesidad de introducir el modelo monista en el país.

Palabras clave: arbitraje, modelo dualista, procesal, acción de tutela, laudos arbitrales, sistema monista del arbitraje

Abstract

The purpose of this article is to critique the protection against binding judgement in arbitration from the dualist regime of arbitration in Colombia and, consequently, from the proceduralist model of arbitration, which is the logical consequence of that paradigm. First, a description is made of the dualist arbitration regime in the Colombian legal system and, subsequently, a deeper study, analysis, and interpretation of the effects of proceduralism in arbitration under the dualist model, namely: the preeminence of the proceduralist conception over the contractual in Colombia and, logically, the tutela action against binding judgement in arbitration and the need to introduce the monist model in the country.

Keywords: arbitration, dualist model, procedural, tutela action, binding judgement in arbitration, monist system of arbitration

1. Introducción

El arbitraje es un método de solución de disputas que emplean los comerciantes y los empresarios para resolver sus conflictos en forma más ágil y eficaz; es una justicia que actúa con celeridad, confiable y especializada en los conflictos que se ponen a su consideración; es, y ha sido la justicia mercantil por antonomasia de los hombres de negocios desde la Antigüedad hasta nuestros días

LÓPEZ GUZMÁN.

¿Cuáles son las implicaciones de la tutela contra laudos arbitrales desde la perspectiva del régimen dualista del arbitraje en Colombia?

Para responder a este interrogante o a esta problemática jurídica, se empleará el método iusfilosófico-analítico y dialéctico. Para ello, se ha dispuesto lo siguiente: 1) abordar la conceptualización general del arbitraje como método de solución de controversias; 2) analizar el auge del arbitraje en Colombia, a manera de preámbulo para la discusión o el debate central; 3) adentrarse en el ámbito del dualismo y del monismo en el arbitraje para dilucidar los dos conceptos y establecer sus implicaciones en el contexto del arbitraje y la acción de tutela; 4) evidenciar lo relativo al procesalismo y, como es lógico, sus consecuencias en el ámbito de la acción de tutela contra laudos arbitrales.

Por último, este estudio se adentra en la tutela contra laudos arbitrales desde el sistema dualista del arbitraje para poner de manifiesto las deficiencias o problemas subyacentes en este modelo; e intenta plantear soluciones prácticas a la pregunta central del trabajo de investigación, desde la perspectiva o el sistema monista, que, como es sabido, implica la supresión de la acción de tutela contra laudos arbitrales, especialmente los internacionales, o, en su defecto, la minimización de la tutela contra

laudos arbitrales en pro de la seguridad jurídica y del fortalecimiento de la inversión empresarial nacional e internacional; lo cual redundará en desarrollo empresarial. Instituciones ágiles y flexibles en el contexto jurídico se traducen en desarrollo, innovación e inversión.

El arbitraje es, sin duda, un mecanismo alternativo de solución de conflictos, mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice. El arbitraje se ha convertido no sólo en un método alternativo de resolución de disputas en los ámbitos contractual, societario e internacional, sino también en un sistema de justicia que permite descongestionar la justicia tradicional; y es conveniente que se amplíe su ámbito de aplicación y, por supuesto, que se difundan sus ventajas y bondades a nivel nacional.

En relación con el arbitraje, Lozada y Sánchez (2020) sostienen lo siguiente:

Se concibe como un proceso adversarial donde un tercero independiente llamado *árbitro*, luego de escuchar a cada una de las partes, toma una decisión vinculante para estas. Para tales efectos, esta institución procesal toma múltiples elementos de la justicia ordinaria, tales como principios, interroga-

torios, práctica de pruebas, entre otros. (pp. 257-258)

Hoy es un hecho cierto e indiscutible que el modelo de justicia está en crisis desde hace décadas, que tanto la justicia civil como la mercantil y la administrativa colapsaron, que no hay suficientes despachos judiciales para atender los requerimientos de la sociedad, de las empresas y de los ciudadanos y, sobre todo, que no se avizoran soluciones claras y contundentes para resolver esta problemática a corto o, en su defecto, a mediano plazo. El arbitraje fue concebido originalmente como un método alternativo de solución de controversias, como un apoyo a la jurisdicción ordinaria y a la administrativa, un modelo de justicia dedicado a la descongestión judicial, esto es, complementario, pero no sustituto de la justicia ordinaria o administrativa. Al respecto, Caivano (2012) expresa lo siguiente:

Si hubiéramos de subrayar sólo una de sus condiciones favorables, sin duda, anotaríamos la flexibilidad; pues permite a las partes implementar un sistema a la medida de cada caso. Las partes pueden construir el arbitraje que mejor atienda sus necesidades y las particularidades del caso, sin perder por ello efectividad. Al combinar adecuadamente un amplio campo de libertad para convenir todo lo

atinente a su funcionamiento, con la efectividad del laudo, revestido de la autoridad de la cosa juzgada, el arbitraje aparece como una de las fórmulas más idóneas para el comercio actual. (p. 8)

Por su parte, Etcheverry y Etcheverry (2010) afirman:

El arbitraje ha ganado prestigio entre las empresas y entre los profesionales asesores (...). El arbitraje y, en general, los medios alternativos de solución de conflictos seguirán avanzando en los próximos años, permitiendo así la resolución de las controversias entre personas y empresas, según la conveniencia en cada caso y las necesidades peculiares de las partes que participan en una disputa. (pp. 87-88)

Con el paso del tiempo, las cifras demuestran que el arbitraje empieza a tener un lugar privilegiado en la sociedad y la resolución de conflictos empresariales nacionales e internacionales, al igual que la solución de disputas entre el Estado y los particulares —según la Cartilla del CAC (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en 2017, se radicaron 450 demandas arbitrales; en 2018, 352 demandas; en 2019, 370 demandas; y, en 2020, 289. Más allá de estos eventos (*outliers*), el comportamiento de las radicaciones

puede considerarse estable con una leve y sostenida tendencia al incremento en el indicador—.

Sin embargo, el auge y crecimiento exponencial no representan una sustitución definitiva de la justicia tradicional y, de hecho, ninguna reforma a la justicia tiene dicha pretensión. Lo que ocurre es que, tal como lo experimenta el personaje Josef K, en la obra literaria *El proceso*, de Franz Kafka (1998), existe desconfianza y desgano ante el modelo de justicia, el ciudadano de a pie —semejante a lo que acontece con el personaje mencionado— debe acudir a dependencias judiciales decadentes, debe afrontar múltiples instancias que parece que no tienen fin.

Asimismo, el tan nombrado derecho a la igualdad ni siquiera se refleja en la defensa judicial que lo asiste; ya que quienes disponen de más recursos contratan importantes bufetes de abogados, mientras el ciudadano que carece de ellos debe conformarse con defensores de oficio que no tienen la experticia suficiente para ejercer una defensa adecuada, técnica y que le brinde resultados satisfactorios.

Por otra parte, se evidencian hechos de corrupción que afectan la imagen de la administración de justicia y su credibilidad. En estas condiciones, el proceso se percibe como un trá-

mite burocrático, atiborrado de ritos y términos incomprensibles para el ciudadano de a pie. No obstante, las dificultades que se viven en esta trama judicial no son exclusivas del ciudadano en mención, sino que, además, las empresas también deben padecer estas circunstancias y, ante la ineficiencia de la justicia, no hay distinciones personales, profesionales, económicas o jurídicas de ninguna índole. Los usuarios de la administración de justicia son, a su vez, víctimas de un sistema que brinda pocas o exiguas garantías, donde predomina la inseguridad jurídica y la incertidumbre jurisprudencial. Sin duda, como afirma Santos (1998), “hoy, el florecimiento internacional del arbitraje y de los mecanismos conocidos, en general, por *Alternative Dispute Resolution* (ADR) son la manifestación más concluyente de las transformaciones en curso en los procesos para la solución de conflictos” (pp. 213-214).

Tampoco se puede negar que se han efectuado reformas fragmentarias, que existe una preocupación generalizada; pero la problemática persiste. Por ello, el arbitraje gana prestigio, crece, va en aumento, y cada día adquiere más y más adeptos. Las nuevas generaciones de abogados, usufructuarios de las nuevas tecnologías, prefieren el arbitraje, observan que este tipo de justicia alternativa no se desarrolla en edificios agrietados, en salas de

audiencias pequeñas y asfixiantes, sin tecnología, donde los ascensores están suspendidos o donde están en riesgo de caerse y causar lesiones o la muerte a abogados, jueces y usuarios del sistema judicial.

Por el contrario, por lo común, los procesos arbitrales nacionales e internacionales se desenvuelven en amplias salas de audiencias que disponen de las últimas tecnologías, con instalaciones de lujo; los pleitos son resueltos por verdaderos especialistas en el asunto objeto de litigio y, mientras se suspenden las audiencias, los Centros de Arbitraje y Conciliación disponen de espacios cómodos donde se puede ver televisión, acceder a Internet o disfrutar de un delicioso café. ¿Quién no apetece este modelo de justicia? Además de que el término para emitir un laudo arbitral es breve, oscila entre seis meses y un año, aproximadamente (8 meses hoy, de acuerdo con el artículo 10, inciso 5.º del Decreto Legislativo 491 de 2020). *A contrario sensu*, los litigios ante la jurisdicción ordinaria o administrativa pueden tardar lustros y hasta décadas. La mora y el desgaste judicial perjudican a los usuarios de la administración de justicia. De ahí que el arbitraje no sólo esté en *crescendo*, sino también las materias que son arbitrables.

Al respecto, Rodríguez Roblero (2010) manifiesta lo siguiente:

En primer lugar, podría afirmarse que prácticamente todos los conflictos privados pueden ser sometidos a arbitraje; pero es el Estado quien, a través de sus leyes, establece una serie de materias o conflictos que requieren de una tutela especial por el ordenamiento y por el sistema en general, que sustraen del poder de disposición de las partes, ya que considera que, de ser posible su disposición, se podría afectar a los ciudadanos y, especialmente, al orden público. De acuerdo con este razonamiento, y por ser responsabilidad de cada ordenamiento jurídico determinar qué controversias deben ser resueltas de forma obligatoria por los jueces, el artículo 2.1 LA, al igual que lo hacía la anterior Ley de Arbitraje de 1988, se limita a determinar un marco legal para el intérprete, estableciendo únicamente que será arbitrable aquello que sea disponible conforme a *derecho*. Si bien es cierto que este marco legal deja muy amplios sus márgenes, no era posible hacerlo de forma diferente; ya que, en su momento, el legislador consideró innecesario que la Ley de Arbitraje contuviese una relación de las materias que se considerarían como de no libre disposición por los particulares, dado que se generaría una especie de enumeración infinita de posibilidades, sin llegar

efectivamente a abarcar todas las posibles situaciones que no serían arbitrables, permitiéndole de esta forma a la Ley de Arbitraje adaptarse a los cambios de la sociedad y al mercado, sin ser necesarias constantes reformas legales. (p. 37)

Todo ello ha generado un crecimiento exponencial del arbitraje en todos los ámbitos y sectores (minero, petrolero, telecomunicaciones, transporte, banca, seguros, servicios, entre otros); los litigios de mayor trascendencia se someten por doquier a arbitrajes nacionales e internacionales. De hecho, los pleitos entre las grandes compañías, entre el Estado e inversionistas extranjeros, entre otros, ya no se someten ante la jurisdicción común, sino que, por el contrario, es la justicia arbitral la que se encarga de resolverlos en las principales sedes de arbitraje del mundo (Nueva York, París, Suiza, Hong Kong, Londres, Estocolmo, Singapur, entre otras).

En relación con el arbitraje en los diferentes sectores, Sarmiento (2014) explica lo siguiente:

En Colombia, el arbitraje ha desatado tal interés que ya se habla de un arbitraje propio y especializado, según el sector económico del que se trate, por ejemplo: el petrolero, minero, seguros, etc., incluso se ha propuesto crear centros de arbi-

traje y conciliación especializados en solución de controversias en estos asuntos. El arbitraje petrolero, como sistema de solución de controversias, goza de un inmenso prestigio y es implementado permanentemente tanto en el ámbito nacional como internacional, siendo un método confiable para la solución de disputas de toda clase; sin embargo, se ven, con más frecuencia, disputas de orden contractual dentro de los Estados receptores de inversión y las empresas petroleras inversionistas, con preferencias de las cortes y tribunales del país receptor normalmente influidas por los intereses locales. El arbitraje internacional es el sistema más conocido y aceptado en el ámbito internacional para garantizar la economía e independencia demandadas por las empresas. (p. 82)

Las cifras hablan por sí mismas y el arbitraje adquiere mayor protagonismo. Sin entrar a revisar las cifras de los principales Centros de Arbitraje y Conciliación a escala global, basta con revisar las estadísticas más significativas en Colombia (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá). Según la Cartilla del CAC, en 2020, se tramitaron por arbitraje 179 casos comerciales; 42 de derecho administrativo; 47 de construcción e ingeniería privada; 6 de infraestructura pública; 8 de hi-

drocarburos, minas y energías; 6 de derecho financiero; 1 en telecomunicaciones ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

2. El auge del arbitraje en Colombia

En todas partes se habla de las bondades y las ventajas del arbitraje nacional e internacional (Cárdenas Mejía, 2019; Fernández y Calvo, 1995; Fernández Rozas, 2008; Gaviria Gil, 2013; Gil Echeverry, 2017; López Guzmán, 2018; 2021; Moreno Rodríguez, 2010; Toledo Álvarez, 2003; entre otros), y, al margen del hecho de que al proceso arbitral se le pueden formular diversas críticas desde la perspectiva del derecho arbitral internacional, de todas maneras, aquel no deja de presentar ventajas respecto de los procesos que se llevan a cabo ante la justicia ordinaria; además de que los árbitros son verdaderos especialistas en el tema objeto de la competencia arbitral. En cuanto a esas ventajas, Toledo Álvarez (2003) menciona las siguientes:

1. Se considera que el juicio arbitral constituiría un medio rápido, menos formalista y económico para las personas, en comparación con el procedimiento judicial normal, que se caracteriza, en general, por ser lento y formal.

2. Es un procedimiento más privado y secreto que el ordinario, ya que las partes pueden acordar que sus antecedentes no se hagan públicos, hecho que, en el procedimiento ordinario, no es posible (salvo ciertos casos en que se puede mantener la reserva del expediente como puede suceder en los juicios de nulidad y divorcio, según lo dispuesto en el artículo 756 del CPC, pero, una vez que se dicta la sentencia, el proceso pasa a ser público y cualquier persona puede tomar conocimiento de él).

3. Haciendo aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, son las partes las que determinan la forma y cómo se desarrollará el proceso; determinarán los plazos, lo cual, en definitiva, redundará en una economía de tiempo para las partes y evita un desgaste innecesario.

4. Se indica que el procedimiento arbitral favorecería la transacción y disminuiría la litigiosidad.

5. Se dice también que se produciría una disminución en los medios de defensa meramente dilatorios de los cuales suelen abusar las partes, para evitar la pronta terminación del litigio. 6. Se señala que, al elegir un árbitro, las partes, en general, confiarán dicha labor a la o las personas que cuenten con mayores

conocimientos, ya sean técnicos o jurídicos, para una adecuada resolución del litigio. (pp. 19-20)

Basta con revisar no sólo el crecimiento del arbitraje en el último lustro, y en la última década, si se quiere, gracias a la expedición de la Ley 1563 de 2012. De hecho, el volumen de demandas de derecho privado y de contratación estatal que se han instaurado ante los Centros de Arbitraje y Conciliación más importantes del país y de la región ha aumentado en forma exponencial; lo cual permite inferir que el arbitraje está empezando a ocupar un lugar privilegiado en el sistema de administración de justicia local, y ojalá se erija en un verdadero modelo de descongestión judicial, teniendo en cuenta que el paradigma de administración de justicia fracasó estrepitosamente. Sí, hay aspectos que discutir frente a la Ley 1563 de 2012, no se acogieron o se unificaron aspectos sobre los cuales persisten las discusiones y las dudas; sin embargo, son más las ventajas y los aportes que se han efectuado en la práctica que los desaciertos.

El arbitraje está hoy presente en todos los sectores de la economía nacional; es el epicentro de los métodos alternativos de solución de controversias; en infraestructura y obras, en telecomunicaciones, en transporte, en

negocios internacionales, en manufactura y producción, en los servicios financieros y en todas las operaciones mercantiles a que alude el artículo 20 del Código de Comercio colombiano, sin excepción. Con respecto a infraestructura y obras, González de Cossío (2010) afirma:

Las virtudes del arbitraje lo han hecho exitoso en áreas diversas, incluyendo controversias contractuales. Y han sido estas las que lo convierten en un instrumento frecuentemente socorrido para obras de infraestructura. Resaltan las siguientes: especialidad y eficiencia. En las obras de infraestructura, el valor agregado que ofrece el arbitraje es que permite que un experto neutral dedique el tiempo necesario a resolver en forma adecuada una disputa. (p.15)

Como bien lo resalta la doctrina nacional, las disputas de mayor calado y trascendencia en el ámbito local de derecho mercantil y de contratación estatal se están resolviendo por la vía arbitral. En buena hora se expidió una nueva ley de arbitraje en Colombia, con miras a modernizar la regulación que sobre el particular había en el país; además, como se ha indicado en diversos foros y seminarios, dicha modernización obedece no sólo al fenómeno de la globalización de los mercados y de la producción al que

ha ingresado Colombia, sino a la necesidad de fortificar las instituciones jurídicas y, a su vez, obviamente, a la idea de fomentar la inversión extranjera en Colombia (Fuentes Hernández, 2019; Gil Echeverry, 2017; López Guzmán, 2007).

El arbitraje de inversión ha tomado más fuerza en los últimos años y permite resolver de una manera más eficiente los conflictos entre Estados e inversionistas. Ciertamente, Colombia suscribió el convenio CIADI, mediante la Ley 267 de 1996 sobre arreglo de diferencias, a fin de facilitar la solución de esta clase de disputas internacionales. Cabe resaltar que el Convenio CIADI estipula un sistema jurídico en el que se da primacía al *ius standi* del inversionista (Burgos de la Ossa y Lozada Pimiento, 2009, p. 262); es decir, se le confiere un derecho de acceso ante un órgano judicial al inversionista y, dicho sea de paso, se respetan y protegen sus derechos económicos mediante esta modalidad de arbitraje.

que en esta materia han elaborado las entidades gubernamentales que han fungido como demandantes o como demandadas en procesos arbitrales en el último lustro. Cabe reiterarlo, el volumen de arbitrajes es diciente, aparte del hecho de que los más importantes juristas del país y de la región han sido convocados en calidad de árbitros o de apoderados a participar en cuantiosos y sonados litigios.

¿Qué es lo que hace que el arbitraje sea tan apetecido por empresas nacionales y extranjeras en la resolución de conflictos empresariales? Como se ha repetido en diversos escenarios académicos, las razones saltan a la vista: agilidad, imparcialidad, eficacia, eficiencia, economía, celeridad, idoneidad, entre otras (Benetti Salgar, 2001; Bullard González, 2016; Conejero Roos, 2009; De Martín Muñoz y Hierro Anibarro, 2006; Gil Echeverry, 2017; López Guzmán, 2018; Merino Merchán y Chillón Medina, 2006). El tiempo que se debe invertir ante la justicia ordinaria no sólo preocupa a los empresarios, sino al mismo Estado; de igual forma, habida cuenta de que los jueces están obligados a conocer y resolver diversas clases de asuntos, hace que sea imposible dominar todas las materias; por el contrario, en el arbitraje los árbitros seleccionados por las partes son verdaderos expertos en el tema objeto del litigio.

Retomando el tema de las bondades y el auge del arbitraje, la realidad permite constatar que este método de resolución de disputas va en aumento en Colombia; basta revisar los informes de las Cámaras de Comercio de todo el país, los estudios e investigaciones que, al respecto se han diseñado en las Universidades, así como los documentos

Todos estos factores, sin mencionar la infraestructura y la tecnología disponible en los Centros de Arbitraje y Conciliación, han hecho del arbitraje la figura central de los métodos alternativos de resolución de conflictos y mediación, además del arbitraje *on line*, que constituye, cabe decir, una revolución paradigmática en Colombia, dado que muchos juzgados ni siquiera cuentan con los suficientes equipos y tecnología para atender los requerimientos mínimos de los usuarios de la administración de justicia, incluso en las ciudades más importantes del territorio nacional. Tanto es así que algunos juzgados han tenido que recurrir al uso de las redes sociales (*Facebook*) para comunicar sus decisiones y solventar dichas falencias tecnológicas; lo cual es perjudicial para los usuarios de la administración de justicia. Mientras que el arbitraje es motivo de orgullo y satisfacción, las deficiencias en la administración de justicia sonrojan y preocupan a todos, sin excepción.

En relación con el arbitraje *on line*, Etell Rapallini (2012) precisa lo siguiente:

Se entiende por arbitraje comercial o mercantil, como se prefiera identificar, internacional o regional en línea a aquel que se realiza entre dos o más partes con domicilio, residencia o establecimiento en diferentes Estados mediante sistemas electrónicos bien de forma total o

parcial, y en el que convergen redes informáticas, telecomunicaciones y sistemas audiovisuales. La finalidad consiste en solucionar el entuerto definitivamente y en instancia única, mediante la intervención de un tercero independiente y experto, obligándose las partes a cumplir el laudo que se dicte. Se trata de un arbitraje como cualquier otro, en donde se modifica la forma de las actuaciones; dado que se interactúa electrónicamente a través de la plataforma o sala virtual previamente ofrecida por una institución arbitral y elegida por las partes. Hay dos cuestiones que, por más ingenuas que parezcan, son medulares. El uso de la firma electrónica es una de ellas, pues garantiza la autenticidad de las comunicaciones, la identidad de las partes y, sobre todo, la identificación de la institución arbitral que gestione electrónicamente la causa sometida a arbitraje. La otra cuestión es la permanente solicitud de acuse de recibo en todas las comunicaciones electrónicas, como prueba de integridad, atribución y recepción de su destinatario. (p.177)

Con razón, se afirma:

Las tecnologías de la información son una de las herramientas más útiles para la resolución de conflictos. Los grandes avances tecnológicos del último siglo imponen la

necesidad de su implementación no sólo en actividades cotidianas, sino en tareas más complejas, como la administración de justicia.

Debido a lo anterior, nació la solución de controversias en línea u Online Dispute Resolution –ODR, por sus siglas en inglés—. Los sistemas ODR han sido definidos por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI– como «un mecanismo para resolver controversias facilitado mediante el empleo de las comunicaciones electrónicas y demás tecnología de la información y las comunicaciones». (Lozada y Sánchez, 2020, p. 258)

En conclusión, mediante el recurso de la figura del arbitraje se resuelven pleitos de cientos, miles y hasta billones de dólares en todo el orbe, en comercio e inversiones; el arbitraje se ha instituido como el modelo de justicia más empleado en la era de la globalización. Quedaron atrás los tiempos en que los conflictos relativos a cuantiosas inversiones tan sólo podían ser resueltos ante la justicia ordinaria; hoy, en pleno siglo XXI, la justicia arbitral coadyuva en la administración de justicia con la justicia común u ordinaria, al margen del hecho de que el aparato judicial funcione con eficacia o lentitud.

Wills-Valderrama (2011) afirma lo siguiente:

Bajo el Derecho Internacional Público, los sujetos primarios de Derecho Internacional han sido siempre los Estados soberanos. Tradicionalmente, los Estados han de responder ante otros Estados por violaciones del derecho internacional. Sin embargo, hoy sucede algo que hace unos años parecía impensable: los Estados pueden verse sujetos a responsabilidad internacional no sólo frente a Estados soberanos, sino también frente a inversionistas privados de otro país. Esto es una característica única del régimen de la protección de inversión extranjera por medio de los AII. La gran mayoría de AII e, incluso, algunos contratos entre los Estados e inversionistas extranjeros contienen cláusulas de solución de controversias en las que contemplan la posibilidad de acudir a un tribunal arbitral internacional para dirimir controversias surgidas del AII o del contrato entre el Estado y el inversionista. Estos procesos arbitrales, de encontrar una violación de un tratado internacional como un AII, resultan en la responsabilidad internacional del Estado para con el inversionista y, en consecuencia, en la condena del Estado a pagar una suma importante de dinero a la empresa del otro país. Por esto, es indispensable conocer

las obligaciones más comunes y utilizadas en el arbitraje internacional de inversión, bajo las cuales Colombia se está comprometiendo frente a inversionistas provenientes de otros Estados, con el fin de evitar controversias que puedan resultar en el desangre económico del país. (pp. 24-25)

Por lo anterior, Zuleta y Tawil, 2008 sostienen:

Nadie pone en duda la relevancia que ha asumido el arbitraje como mecanismo para la solución de conflictos. En el ámbito internacional, lejos de ser una simple alternativa a la justicia estatal para la resolución de controversias, el arbitraje se ha transformado en el sistema utilizado con más frecuencia para la decisión de esas controversias. En las transacciones internacionales es cada vez más infrecuente que las partes sometan a la justicia estatal—por silencio o por voluntad expresa de las partes— las cada vez más complejas cuestiones que se suscitan en el tráfico internacional de bienes y servicios. En el lenguaje de las operaciones verdaderamente internacionales, hablar del «juez natural» es, en el mundo de hoy, hablar del árbitro o del tribunal arbitral, y no del juez del Estado de una o varias de las partes involucradas en la operación. (p. XXVII)

El arbitraje es el lenguaje universal de los negocios en el siglo XXI; comerciantes y empresarios de todas las latitudes acuden al arbitraje para resolver sus controversias, con base en principios, reglas y procedimientos comunes; y es que el proceso arbitral es común a todos los sistemas jurídicos del mundo; las reglas y procedimientos (reglamentos de arbitraje) instituidos por los centros de arbitraje y conciliación más prestigiosos del mundo tienen idénticas características, incluso en materia de inversión, se desenvuelven con principios comunes y guardan el hilo conductor de la eficiencia y la celeridad en la administración del proceso; hay usos, costumbres y prácticas habituales en todo el orbe para el proceso arbitral, lo que lo hace atractivo, apetecido por los hombres de negocios y, por ende, en un sistema de resolución de conflictos predilecto, respecto de la justicia común u ordinaria, así el sistema judicial del país donde se vaya a litigar sea eficiente.

Los Acuerdos Internacionales de Inversiones con solución de controversias entre inversionistas y Estados (AII) de los que es parte Colombia, al igual que los que han suscrito muchos otros países, generalmente prevén que las controversias que surjan pueden ser dirimidas por un tribunal de arbitraje internacional. En estos

casos, los AII, en general, mencionan reglamentos específicos, principalmente los del CIADI y/o el de la CNUDMI. (...). Dicho esto, un número creciente de AII hacen otras menciones. En el nivel mundial, con frecuencia, se mencionan los reglamentos de la CCI o de la CCE; en el caso de Colombia, el AII con el Reino Unido permite no sólo un tribunal de la CCI, sino, además, uno conformado de acuerdo con las reglas de una institución de arbitraje designada en el territorio donde se realizó la inversión objeto de la controversia. (Otero y Lozada Pimiento, 2019, p. 208)

El arbitraje es conocido y está empoderado en la India, México, Canadá, Japón, Francia, Estados Unidos, Argentina, Inglaterra, España, Holanda, Alemania, Italia, Colombia y, por supuesto, en la mayoría de los países del mundo; es difícil que hoy, en la era de la sociedad de la información, se halle un país donde no exista el arbitraje; si no hay arbitraje, por lo menos, existen figuras jurídicas afines o muy similares al arbitraje para resolver las controversias entre particulares, y entre particulares y el Estado; se puede afirmar, sin ambages, que el arbitraje es común a todas las culturas y civilizaciones; está presente en todos los sistemas políticos y económicos y, yendo un poco más allá, puede decirse que procede de la conciencia

del hombre, que está en el subconsciente, en los genes y en las neuronas del ser humano, porque el hombre, desde los orígenes de la civilización, desde que decidió asociarse para vivir en comunidad, procura resolver los conflictos en forma pacífica y justa (Benetti Salgar, 2001; Gil Echeverry, 2017; González de Cossío, 2014; López Blanco, 2013; 2016; 2018; López Guzmán, 2018).

En las últimas décadas, el arbitraje se ha convertido en el mecanismo de solución de controversias ordinario para una enorme cantidad de relaciones jurídicas internacionales, yendo desde las más simples transacciones comerciales a las más complicadas relaciones entre inversores y Estados. De una u otra manera, con diferentes grados de activismo y de institucionalidad, con entusiasmo o a regañadientes, el arbitraje internacional se ha instalado como una opción válida para resolver los litigios y, en ciertos contextos, como la opción preferida. (Gaillard y Fernández Arroyo, 2013, p. 1)

3. Sistema dualista y monista del arbitraje

En concomitancia con lo expuesto, y siguiendo con el hilo de la exposición, es imperativo referirse a los regímenes

existentes en materia arbitral, esto es, al monismo y al dualismo en el arbitraje, con el objeto de poder establecer luego la influencia en el sistema arbitral y las ventajas y desventajas al respecto. En primera instancia, cabe advertir que, en el derecho arbitral, existen dos sistemas nítidamente diferenciados sobre la regulación del arbitraje: el *monista* y el *dualista*. En el primero, no hay distinción entre el arbitraje nacional y el internacional, simplemente se habla del arbitraje como un método alternativo de solución de controversias con una sola regulación.

Así, pues, la regulación sobre el arbitraje nacional e internacional no está escindida, sino unificada; aunque, como bien lo señala la doctrina, “el monismo no presupone una coincidencia integral entre el arbitraje nacional e internacional” (Rey Vallejo, 2014, p. 250). De manera que el sistema monista implica que la regulación está armonizada, integrada en un solo cuerpo normativo, pese a que, en algunos aspectos, se establezcan algunas diferencias o particularidades, como es lógico.

Por otra parte, coexiste con aquel el denominado *sistema dualista*, que, como se puede deducir, se refiere a una regulación dual del arbitraje. Son parte del primer sistema los países que han adoptado la Ley Modelo de Uncitral

sobre arbitraje comercial internacional o que han suscrito un tratado internacional que regula íntegramente la materia. En lo que respecta al segundo sistema, se trata de aquellos países que, como Colombia, han optado por un régimen mixto, híbrido, si se quiere, en el que el arbitraje nacional no sólo difiere del arbitraje internacional, sino que, por lo regular, es más formalista y apegado a los ritualismos del derecho procesal supérstites en el Código de Procedimiento Civil y, en este caso, al Código General del Proceso.

Por consiguiente, hay legislaciones arbitrales inspiradas en la Ley Modelo de Uncitral sobre arbitraje comercial internacional, donde básicamente no se distingue el arbitraje interno del arbitraje internacional, donde tan sólo se diferencian por algunos matices, y, por otra parte, legislaciones combinadas, autóctonas, donde coexiste un régimen de arbitraje internacional flexible, en el que predomina el postulado de la autonomía de la voluntad y, a su vez, un ordenamiento jurídico interno con marcada influencia de los formalismos inherentes al derecho procesal.

¿Cuál es mejor? ¿Cuál sistema es el deseable? Resulta difícil atreverse a manifestar que uno es mejor que el otro, teniendo en cuenta que ello depende de múltiples factores, como el atinente al modelo de justicia que

se aplica en un país y, por supuesto, a la idiosincrasia de los operadores jurídicos. Si bien es cierto que el derecho arbitral contemporáneo propugna la armonización y unificación del derecho arbitral, cabe resaltar que la adopción de uno u otro sistema en el ámbito legislativo depende del éxito que ha tenido un modelo determinado.

En definitiva, en algunos países ha funcionado mejor y ha tenido más éxito el modelo dualista que el monista; en otros, por el contrario, el gozar de un sistema unificado ha significado una ventaja comparativa desde el punto de vista empresarial y jurídico, dada la plasticidad del sistema, a la vez que ello les ha permitido contar con un sólido acervo jurisprudencial, en el que son escasas las divergencias conceptuales, precisamente, en desarrollo del principio de uniformidad a que se alude en la Ley Modelo de Uncitral sobre arbitraje comercial internacional.

4. El dualismo arbitral en Colombia: la preferencia por el procesalismo arbitral

Indudablemente, Colombia adoptó un régimen dualista. Basta revisar la Ley 1563 de 2012 para percatarse de inmediato de que hay dos regímenes específicos: el nacional, destinado a regular el procedimiento arbitral en las controversias contractuales

y societarias de carácter local y, a su vez, el internacional, al que se le dedica la sección tercera de la ley. *A priori*, se observan e identifican las diferencias subyacentes en uno y otro sistema arbitral; el nacional se sigue caracterizando por ser excesivamente ritualista y apegado al paradigma procesalista colombiano y, por el contrario, el internacional es más flexible y dinámico, acorde con las modernas tendencias del derecho arbitral comparado e internacional.

Rodríguez Mejía (2012) expresa lo siguiente:

La conclusión a la que hemos llegado es que, aun cuando hay variados matices a lo largo de todo el articulado del Estatuto, que claramente esbozan las características propias de un proceso arbitral, hay muchas otros más que hacen mayoría y que, por el contrario, se alejan de la libertad que debe presidir todo aquello que se haga llamar arbitraje. Lo anterior se debe principalmente a que el legislador ha optado por acercar el proceso arbitral al rigor propio de un proceso judicial. A nuestro juicio, es desafortunada la situación objetiva antes señalada, toda vez que se ha desaprovechado.

Es llamativa —y sería un error no señalarlo— la notoria diferencia que hay en el Estatuto entre el régimen

del arbitraje interno y el del arbitraje internacional que allí se plantea, dado que, mientras el primero, tal como lo hemos sostenido, distorsiona elementos propios del arbitraje, el segundo, por el contrario, se estructura bajo cimientos totalmente arbitrales. La opción del legislador por un régimen dualista no es en sí misma criticable, lo desafortunado y reprochable es que no se haya conseguido plantear dos regímenes distintos; pero, en esencia, ambos, reguladores de un verdadero proceso arbitral. (pp. 416-417)

Vale la pena examinar en detalle y profundidad los aspectos medulares del régimen dualista, que, cabe anotar, se traducen en procesalismo y excesivo ritualismo; características ajenas al espíritu del proceso arbitral, que, desde sus orígenes, se apartó por completo del proceso canónico y del proceso civil supérstites en la época en que floreció el arbitraje como método de resolución de disputas entre los comerciantes.

Como primera medida, cabe aclarar que *dualismo arbitral* no es sinónimo de *paradigma procesal*. Son dos corrientes distintas. ¿Por qué las relacionamos aquí? ¿O por qué se establece un puente de conexión entre dichos sistemas? La razón es muy simple: Colombia no acogió un sistema monista del arbitraje; es decir, una regulación individual,

única, si se quiere, sobre el arbitraje: la regulación es dual tanto del arbitraje nacional como del internacional. El problema con esta duplicidad legislativa es que la regulación local del arbitraje, más que seguir a pie juntillas los derroteros y los principios del arbitraje internacional, se amoldó o encuadró, por así decirlo, más a la filosofía y a los principios del proceso civil, de los lineamientos del Código General del Proceso, que a los paradigmas del derecho arbitral contemporáneo. Esta es la correlación argumentativa subyacente entre ambos sistemas y, en ello, estriba la idea de concatenarlos a fin de desarrollar la crítica y el análisis; la presente propuesta teórico-práctica del arbitraje.

5. De la tutela contra los laudos arbitrales

Con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, se introdujo en Colombia la acción de tutela en el artículo 86, siguiendo a pie juntillas el paradigma del derecho español y mexicano en esta materia. Más tarde, dicho canon constitucional fue reglamentado por conducto del Decreto 2591 de 1991. Con motivo del contenido en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 y del decreto anteriormente enunciado, se abrió el camino para que se pudiera instaurar acción de tutela contra sentencias; es decir, contra los fallos

judiciales se generó la posibilidad de instaurar acción de tutela por violación a los derechos fundamentales o al debido proceso, no como un recurso ordinario o extraordinario, sino como un mecanismo excepcional para la protección de los derechos fundamentales de las personas.

Con base en los mismos presupuestos constitucionales y procesales, se admitió la acción de tutela contra laudos arbitrales, y con fundamento en las mismas causales señaladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional (defecto fáctico, defecto procedimental, vía de hecho, defecto sustantivo, entre otras). Así las cosas, desde hace varios años, en Colombia es válida y legítima la acción de tutela contra laudos arbitrales tanto nacionales como internacionales con miras a garantizar la protección de los derechos fundamentales enunciados en la Constitución y reconocidos en tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano.

Si bien puede afirmarse que la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales es inconveniente, pues desnaturaliza la justicia arbitral, en razón a que pospone de manera indeterminada la definición de la controversia jurídica sometida a su conocimiento, dando al traste no sólo con el principio de celeridad característico de estos

procesos, sino con el respeto de la cosa juzgada, tampoco se puede concluir inequívocamente que, en las actuaciones de los árbitros, no hay lugar a que se presenten irregularidades que lleguen a afectar el debido proceso de las partes. En este orden de ideas, partiendo de una lectura simple del artículo 86 de la Constitución Política, se colige que el ámbito de protección de la acción de tutela incluye las actuaciones que provengan de una autoridad estatal, indistintamente si pertenece a cualquiera de las ramas del poder público o de los denominados órganos autónomos. El razonamiento es sencillo: los árbitros investidos de manera transitoria con la facultad de administrar justicia pueden llegar a conculcar derechos fundamentales de las personas, al igual que los jueces de la República, así como cualquier otra autoridad estatal. La solución para quienes no están de acuerdo con la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, teniendo en cuenta la naturaleza del proceso arbitral, se dirige a prohibir expresamente su procedencia. Ello implicaría necesariamente reformar el mencionado artículo 86 en tal sentido. No obstante, con sensatez, se debe reconocer que la procedencia excepcional de tutelas contra providencias judiciales, así como contra laudos arbitrales,

es un tema aceptado y precisado por las Altas Cortes, por lo que tal reforma muy probablemente no tendría ambiente de aprobación. (De Vega Pinzón, 2018, pp. 58-59)

Hoy, nadie duda del derecho de acceder a la acción de tutela, luego de que se profiera un laudo arbitral, aparte de la posibilidad o del derecho de interponer el recurso extraordinario de anulación. Esta fue y es la tendencia actual en la materia. Se esperaba que, con la expedición de la Ley 1563 de 2012, se cerrara el camino a la acción de tutela contra laudos arbitrales; sin embargo, el legislador, una vez más, aferrado a ideas y estructuras más propias del proceso civil que del arbitraje internacional, desaprovechó una valiosa oportunidad, un momento histórico para haber eliminado, proscrito en lo absoluto este tipo de acción contra los laudos arbitrales.

A la luz de la más recia doctrina procesal colombiana y de los vetustos criterios subyacentes en el medio, la eliminación de la tutela contra sentencias y, sobre todo, contra laudos arbitrales, constituye una herejía, una antinomia al procesalismo, una violación a los cánones sagrados de las doctrinas decimonónicas. Sin embargo, pese a todo lo que se pueda pensar y creer al respecto, la acción de tutela contra laudos arbitrales no deja de ser inconveniente, inapropia-

da, y, además, resulta muy peligrosa para el destino y el auge del arbitraje nacional e internacional en Colombia.

En verdad, no se trata de un capítulo, de una escena grata para el derecho arbitral colombiano, sino que, por el contrario, ello se erige en talanquera, en obstáculo para el principio *pro arbitraje* en el medio; además de que no contribuye a la seguridad jurídica que tanto anhelan los operadores jurídicos y los inversionistas extranjeros que llegan al país. So pretexto de la defensa a ultranza de los derechos fundamentales, se vulneran alegre y folclóricamente los principios del derecho arbitral.

La tutela retrasó el crecimiento del arbitraje, desdibujó el proceso arbitral y, lo que es peor, convirtió a Colombia en un país paria como sede de arbitraje; es decir, en una sede indeseable. Cuando se lee la exposición de motivos de la Ley 1563 de 2012, se encuentra que allí se afirma que, mediante la expedición del nuevo régimen de arbitraje en Colombia, se procura una justicia arbitral más ágil y eficiente, al tiempo que se despliega un importante esfuerzo por unificar la dispersión normativa existente sobre la materia. De igual forma, se sostiene que la cultura del arbitraje comercial en Colombia ha convertido a la figura en la última década en uno de los foros más importantes de las soluciones de controversias en el país

(Becerra Toro, 2007; López Blanco, 2018; López Guzmán, 2018, p. 205; Monroy Cabra, 2016).

No obstante, con la subsistencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales se contraviene la filosofía y los principios contentivos de la ley de arbitraje en Colombia, y de la exposición de motivos. No sólo es ingrata, inconveniente, sino lesiva de la estructura y los fines que animan el proceso arbitral; además, Colombia se encuentra entre los pocos países en los cuales se admite esta acción constitucional y especial contra laudos arbitrales, lo que atenta contra el desarrollo del arbitraje. Sí, es cierto que la sección tercera de la Ley 1563 de 2012 está dedicada a regular el arbitraje internacional, bajo la creencia de que, en la contratación internacional sobre bienes, servicios e innovaciones tecnológicas (Cabanelas, 1994; López Guzmán, 2002) en la que sea parte una empresa colombiana y una corporación multinacional, las partes pueden escoger como derecho aplicable al fondo del litigio el derecho interno colombiano.

f fuente legal a la que deberá acudir el tribunal de arbitraje para resolver la controversia.

La cuestión es que, al acoger el derecho colombiano como derecho aplicable a la disputa arbitral, se abre la puerta a la acción de tutela contra el laudo, por la sencilla razón de que, como es obvio, en este ordenamiento jurídico está permitida contra laudos arbitrales, excepto, claro está, si las partes, en el acuerdo arbitral, excluyen expresamente esta acción al escoger el derecho colombiano como derecho aplicable al fondo de la controversia.

Como consecuencia directa de la constitucionalización del arbitraje en Colombia, se ha admitido la procedencia de la acción de tutela, en virtud de que la Constitución Política colombiana tiene jerarquía superior a la Ley. La posibilidad de interponer una acción de tutela en contra del laudo arbitral –incluso al tiempo o durante el trámite de la acción de anulación, si se fundamenta en razones distintas– o del auto por medio del cual se integre el contradictorio en el arbitraje nacional en Colombia es clara en el arbitraje nacional; pero, de forma excepcional, residual y subsidiaria. En consecuencia, la acción de tutela tiene cabida como mecanismo de protección de los derechos fundamentales que podrían verse

No obstante, si se escoge el ordenamiento jurídico colombiano, con base en el principio de autonomía conflictual, es claro que todos los recursos, acciones, tendencias jurisprudenciales, doctrina, entre otros aspectos procesales, resultan aplicables al fondo de la cuestión; constituyen la

vulnerados por las decisiones del tribunal arbitral. (Brito Nieto, 2019, 234-235)

Las partes tendrían que discutir y confrontarse por la procedencia de esta acción y, en todo caso, si deciden proscribirla en su convenio arbitral, si optan por excluirla, habiendo escogido el ordenamiento jurídico colombiano, es probable que la parte que no vea favorecidos sus intereses económicos con el laudo arbitral instaure acción de tutela y esta prospere, so pretexto de que se violaron sus derechos fundamentales y los principios constitucionales, al haber cercenado su derecho de acceder a la administración de justicia para garantizar y proteger sus derechos fundamentales.

Así que la elección del ordenamiento jurídico colombiano no es una cuestión sencilla en el marco del arbitraje internacional; dado que la exclusión de algunos recursos y acciones (la tutela) en el contexto del convenio arbitral va a resultar un mero formalismo sin asidero en la realidad, por las razones que se acaban de exponer. Lo cierto, lo más probable, es que el juez que hace el control de constitucionalidad por vía de tutela tanto del laudo arbitral como del convenio de arbitraje se sienta tentado o inclinado a amparar los derechos fundamentales con esta argumentación y, por ende, anule el laudo.

De suerte que los operadores del comercio internacional, los hombres de negocios en el ámbito global, prefieren obviar estas vicisitudes procesales y estas divergencias conceptuales, doctrinales y legislativas, y, por consiguiente, de antemano, se previenen, se inmunizan jurídicamente, por así decirlo, escogiendo como derecho aplicable al fondo del litigio un derecho que les brinde seguridad jurídica, conocido, de amplia aceptación en el comercio global, por ejemplo, la legislación de Estados Unidos, de Francia o cualquier otro país que les ofrezca seguridad jurídica. Por ello, entre otras razones, Colombia no es una sede apetecida, deseable de arbitraje; por el contrario, se procura escoger cualquier ordenamiento jurídico europeo o anglosajón. Esta problemática obliga a reflexionar, impone cambios, transformaciones en el sistema jurídico y, en particular, frente a la acción de tutela contra laudos arbitrales; esta acción constitucional, especial, no se debería admitir contra una decisión arbitral bajo ningún criterio o argumento jurídico y constitucional, como enseguida se pasa a demostrar.

Vale la pena considerar que los motivos por los cuales se debe proscribir la acción de tutela contra laudos arbitrales se pueden condensar en los siguientes puntos, que, como es sabido, están en contravía de toda la doctrina y toda la jurisprudencia en Colombia.

Nadie sostiene hoy o cabe pensar que no es viable la acción de tutela contra las decisiones que profieren los tribunales de arbitramento, como tampoco nadie sostiene en el medio que hay que proscribir, en definitiva, la tutela contra laudos arbitrales. En verdad, este planteamiento parece exótico, audaz, disonante; sin embargo, se está aquí para discutir, para debatir, para generar polémica, para apartarse de los criterios tradicionales sobre la materia.

Primer argumento: *el mito de la garantía y protección de los derechos fundamentales por vía de tutela contra laudos arbitrales*. Sí, es indudable e indiscutible —un axioma— que, mediante la acción de tutela, se protegen los derechos de las personas naturales y jurídicas en el proceso, e incluso al momento de que se profiera una sentencia judicial por un juez. Sin embargo, aquí no se va a entrar a elucidar o hacer disquisiciones en torno a la tutela contra sentencias. El asunto es que, cuando el tribunal de arbitraje adquiere competencia, se declara competente (principio de *kompetenz-kompetenz*) para conocer del proceso arbitral, para desarrollar el proceso arbitral y proferir un laudo con el fin de resolver una controversia contractual, societaria o cualquier otra que sea arbitrable, debe, cabe pensar, hacer un control no sólo de legalidad, sino también de constitucionalidad; pues, al fin y al

cabo, conforme al artículo 116 de la Constitución Política y al principio de habilitación, los árbitros actúan *pro tempore* como verdaderos jueces, son jueces, en el estricto sentido del término, cuando están resolviendo una controversia.

“En Colombia, los árbitros se consideran jueces, de manera que tienen los mismos poderes, deberes, facultades y responsabilidades que estos” (Correa Henao y Botero Sanclemente, 2004, p. 37). Por consiguiente, si son jueces, si actúan como jueces, si se les aplica el régimen de deberes previstos para los jueces, lo más lógico, la consecuencia de ello es que deben efectuar un control constitucional sobre las actuaciones que están realizando.

Lo anterior implica la protección, la garantía de los derechos fundamentales. Este razonamiento lleva a concluir que, *ex ante* o *a priori*, si se quiere, antes de proferir el laudo arbitral, el tribunal de arbitraje está obligado a realizar tanto un control de legalidad como de constitucionalidad. Lo que significa, ni más ni menos, que la protección y la garantía de los derechos fundamentales ya se hizo dentro del proceso arbitral, y mal hace un juez al volver a revisar una protección que ya se brindó, al retrotraer una garantía que ya se concedió. En verdad, no tiene sentido, carece de sustento *ius filosófico* retornar al examen de unas

garantías legales y constitucionales, a la protección de los derechos fundamentales ante otro juez, si esta ya se concedió, ya se dio, ya se produjo en el marco del mismo proceso arbitral por parte del tribunal de arbitraje.

En esto se debe insistir: serán y son los árbitros los que, en el mismo trámite arbitral, garantizan los derechos esenciales, fundamentales de las personas, y no un juez que haga el control posterior. Más bien, en una reforma a la Ley 1563 de 2012, lo que se debe hacer, lo imperativo, es que se diga, en forma expresa, que la protección de los derechos fundamentales, el debido proceso, etc., deben efectuarse en el momento en que el tribunal se declare competente, y que, si el tribunal no lo hace ahí o en el resto del trámite arbitral, dicho punto sea susceptible de un recurso de reposición y, excepcionalmente, mediante el recurso extraordinario de anulación (aunque ya existe, ya está y sobraría), pero nunca —óigase bien—, nunca, mediante una acción de tutela.

Esta reflexión, este planteamiento que puede parecer insular, intrépido o absurdo para algunos, en el fondo, es lo que hace el tribunal de arbitraje. No es que tendría que hacerlo, es que ya lo hace dentro del trámite arbitral, lo único es que, por vía legal o con base en un nuevo criterio de interpretación —uniforme, por cierto—, se

tendría que aceptar o reconocer que ese control constitucional sobre los derechos fundamentales no puede hacerse por vía de tutela, teniendo en cuenta que se hace —o se haría efectivo y material— dentro del mismo proceso arbitral.

Lo que se está diciendo, y esto conviene aclararlo, no es que no se haga, sí, se hace, existe, pero sería conveniente, vale la pena considerarlo, desde el punto de vista legal y constitucional, que se reitere, que se plasme en una disposición, en una norma de la Ley 1563 de 2012, que dicho control y garantía se hace dentro del proceso arbitral, y no con posterioridad a este ante un juez diferente del tribunal de arbitraje, dado que este ya lo hizo, ya lo realizó, ya se garantizaron dichos derechos, y no tendría sentido retomarlos, volver a revisarlos.

Esto es confianza legítima en los árbitros, en la justicia arbitral, aunque cueste entenderlo. Es claro, en el panorama del arbitraje internacional, que la garantía y la protección de esos derechos, denominados fundamentales, está dada, es un presupuesto procesal. Por eso, en el arbitraje internacional, no existe la acción de tutela contra laudos arbitrales, a menos, claro está, que se haya escogido el derecho colombiano como ley aplicable al fondo de la controversia. Entonces, si ya lo hizo el tribunal, carece de sentido, de

lógica, que un nuevo juez, vía control de legalidad y constitucionalidad, lo haga. En resumen, sobra, está de más, que exista esta vía, esta acción constitucional, por cuanto en el proceso arbitral está plenamente garantizado. Por tanto, la presente tesis, este planteamiento, es que el interés tuitivo de dichos derechos constitucionales (derechos fundamentales) es un mito, una falacia, habida cuenta de que el tribunal de arbitraje está obligado a hacerlo.

En todo caso, la acción de tutela procede durante todo el desarrollo del proceso arbitral, contra todas las decisiones arbitrales y, por supuesto, contra el laudo, por violación de derechos fundamentales o al debido proceso, sin restricciones ni limitaciones, inclusive contra los laudos arbitrales en que sea parte una entidad del Estado y, como es obvio, con base en las causales establecidas por la jurisprudencia –Corte Constitucional, 1995; 1997; 2007; 2011; 2020–.

Segundo argumento: *las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales ya están contenidas en las causales del recurso extraordinario de anulación*. Este último es un recurso especial, al igual que el de casación, y procede contra laudos que no han sido ejecutoriados. Con razón Ramírez Gómez (2018) señala lo siguiente:

En el medio del arbitraje en Colombia se afirma como algo axiomático que el recurso extraordinario de anulación se formula con relación a un laudo ejecutoriado. Esta, además de ser la práctica arbitral, también es el criterio de la jurisprudencia y la doctrina del país. Así lo ha predicado el Consejo de Estado, reiterada y unánimemente (Sentencia de 24 de mayo de 1991, Auto de 26 de octubre de 2017, entre muchos más ejemplos). También importantes tratadistas, como Hernando Morales Molina, Humberto Murcia Ballén, Julio Benetti Salgar, Ramiro Bejarano Guzmán y Jorge Hernán Gil Echeverry. (pp. 5-6)

Y, posteriormente, añade:

Entonces, en la ley vigente, es la notificación del laudo o la de la providencia que resuelve las solicitudes de aclaración, corrección o adición, y no su ejecutoria, la que determina el punto de partida para la contabilidad del término establecido para interponer el recurso de anulación. En armonía con el art. 40 de la Ley 1563, el art. 35 del mismo estatuto, al señalar las causas por las cuales el tribunal cesa en sus funciones, diferencia entre la que deriva de la “ejecutoria del laudo” o “de la providencia que resuelva sobre la aclaración, corrección o adición” (núm. 5), y la que surge

“por la interposición del recurso de anulación” (núm. 6). Distinción y separación que sólo se explica bajo el entendido de que el recurso de anulación se interpone contra un laudo que no está ejecutoriado, porque, si así no fuera, la causal que se propone como consecuencia de la formulación del recurso de anulación, sobraría; puesto que la ejecutoria del laudo sería en este punto la causa única de extinción de las funciones del tribunal, pues esa ejecutoria se daría con o sin interposición del recurso de anulación, como un hecho anterior en la dinámica procesal. (p. 10)

El segundo argumento que se expone en el presente análisis también puede erizar, molestar, y casi que instituirse en una especie de afrenta contra la jurisprudencia y la doctrina nacional. Es una teoría antinómica, una antítesis respecto de lo tradicional, del conservadurismo doctrinal en esta materia. Además, esto implica una revolución conceptual, una especie de revolución copernicana en Colombia, un giro total en la concepción clásica de la tutela. Vale la pena observar el fondo de la cuestión: al revisar las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales, según se desprende de lo expuesto en las Sentencias SU-120 de 2003, T-200 de 2004, C-590 de 2005, T-058 de 2006 y T-058 de 2009 de la Corte

Constitucional, es posible percatarse de que estas se repiten en las causales del recurso extraordinario de anulación. Es decir, cabe pensar que, con las causales existentes en dicho recurso se brindan las suficientes garantías procesales a las partes, a la parte que está interesada en interponerlo. Por consiguiente, no se necesita la acción de tutela, dado que dichas garantías, dicha protección, se puede conceder por conducto de las causales que establece la Ley para este tipo de recurso extraordinario.

Es importante examinar un poco más en detalle: una de las causales desarrolladas por vía jurisprudencial para la acción de tutela contra laudos arbitrales es, sin duda, el denominado *defecto orgánico*. Procede en los supuestos en los que el funcionario que profirió la providencia impugnada (laudo arbitral) carece completamente de competencia. Ahora, si se lee el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en su numeral 2, se encuentra que la causal es idéntica. La norma dice: “Son causales del recurso de anulación: (2) La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o competencia”. Es decir, la causal se repite tanto para la tutela como para el recurso de anulación. Entonces, si ya está prevista para el recurso extraordinario de anulación, ¿para qué abrirle paso a otra vía judicial que tan sólo va a servir para prolongar, dilatar y obstruir el cum-

plimiento del laudo arbitral? Capricho legislativo, desacierto, antinomia o justificación estratégica para dilatar el resultado de un proceso, lo que sea, es inaceptable, inadmisibles para un país como Colombia, que pretende brindar seguridad jurídica a los inversionistas e instituirse en sede apetecible de arbitraje internacional.

En cuanto a las causales de anulación de laudos arbitrales, Zipaquirá Beltrán (2018) sostiene lo siguiente:

Las causales de anulación de laudos arbitrales garantizan que los procesos arbitrales tengan unos parámetros que limitan tomar decisiones fuera de derecho al igual que en los procesos judiciales, al igual garantizar que se cumpla el debido proceso como principio general del derecho para que las partes, aunque decidieron someter su conflicto ante árbitros, no falten a las garantías procesales para una solución con justicia (...). (p. 32)

Además de que la causal de tutela está contenida o subsumida en la legislación arbitral nacional e internacional, vale la pena también añadir un aporte doctrinal a la discusión, de relevancia para el derecho procesal arbitral en lo atinente al tema de la competencia, y que cabe considerar pertinente tratar en este espacio. En primer lugar, para que un proceso o controversia se pueda

tramitar por conducto de arbitraje, se requiere de una cláusula compromisoria o de un compromiso, esto es, de un convenio arbitral, según los términos de la Convención de Nueva York y de la Ley Modelo de Uncitral. Así mismo, se puede tramitar un litigio, mediante arbitraje, a través del pacto arbitral implícito o por medio de conductas que permitan inferir la existencia de un pacto arbitral. Ello garantiza la competencia del tribunal de arbitraje. Igualmente, se pregona por doquier que el arbitraje es un método alternativo de justicia que coadyuva en la descongestión judicial, que apoya la labor judicial que, por lo regular, está colapsada, atiborrada de trabajo.

Pero ¿cómo ayudar a descongestionar aún más la justicia ordinaria mediante el arbitraje y disponer de más árbitros para que dispensen justicia? Ahí es donde apunta también la presente propuesta, sobre la cual nada se ha dicho hasta ahora en Colombia ni en el derecho comparado, según se ha podido constatar, y la respuesta es amplificando por completo la competencia de los tribunales arbitrales. ¿Cómo? Reformando la Ley 1563 de 2012, en el sentido de que, para tramitar un litigio civil, comercial o administrativo mediante arbitraje, no sea necesaria una cláusula compromisoria o un contrato de compromiso, sino por la mera voluntad del interesado.

Es importante desarrollar mejor la idea: se propone, desde el punto de vista legislativo, que, para que se pueda tramitar un litigio por conducto del arbitraje, se pueda hacer sin necesidad de una cláusula compromisoria o compromiso, sino tan sólo por una solicitud de una parte interesada ante una nueva entidad de carácter público, una especie de Centro Público de Arbitraje, al que pueda acceder cualquier ciudadano a bajo costo, que tenga una lista nacional de árbitros (que estos cumplan con los requisitos de ley para ser nombrados) a fin de que el Centro le designe un tribunal y este resuelva la controversia.

Así, se amplifica totalmente la competencia de los tribunales de arbitramento, se descongestiona la justicia y se acaba, de una vez por todas, con el debate procesal sobre la competencia arbitral y sobre si el pacto arbitral se suscribió o no, o fue pacto arbitral ficto o implícito. Esto significa romper o quebrar con toda la doctrina clásica o tradicional, y con la discusión sobre si el arbitraje es de naturaleza contractual o procesal.

Aquí tan sólo se está pensando en el ciudadano de a pie, en la comunidad y en la función del arbitraje en la sociedad, en el arbitraje como un verdadero modelo de justicia al cual todos pueden tener acceso, sin necesidad de cláusula compromisoria o compromiso. Es una

visión más desde el análisis económico del derecho; desde la perspectiva de la funcionalidad del arbitraje, y sería bueno hacer esta modificación legislativa para descongestionar la justicia ordinaria, atiborrada de procesos, incapaz, en la práctica, de avanzar con más eficiencia por el ingente volumen de procesos y por falta de recursos.

Igualmente, y como se indicó atrás, la amplificación de la competencia arbitral implica la creación u organización de un Centro Público de Arbitraje o Cámara Pública de Arbitraje a fin de que esta inscriba un importante volumen de árbitros que puedan atender los requerimientos de los ciudadanos. Así, vale la pena apoyar la importante labor de los centros de arbitraje a nivel nacional, ampliar notablemente el volumen de árbitros en todo el país, aparte de que se pueden estandarizar las tarifas de arbitraje en el ámbito nacional, haciéndolas más accesibles para el ciudadano común y, por supuesto, para las pequeñas y medianas empresas, pese a la preexistencia de tarifas favorables que ofrece la Cámara de Comercio de Bogotá. Ahora, dicha entidad tendría que ser de naturaleza pública y no privada, a fin de fortalecer también el arbitraje popular o arbitraje social al que se refiere la Ley 1563 de 2012, en su artículo 117.

Asimismo, se debe amplificar la competencia de la justicia arbitral para los

procesos ejecutivos; para los procesos de responsabilidad civil extracontractual; para los asuntos relativos al control judicial de reparación directa en materia administrativa por hechos u omisiones de la administración; para la liquidación de la sociedad conyugal y toda clase de controversias patrimoniales en materia de familia, como ocurre en la legislación de Ontario, Canadá.

La propuesta del proceso ejecutivo ya ha sido discutida en Colombia y, aunque no se ha legislado sobre ello, goza de amplia aceptación. Las demás requieren de una profunda transformación legislativa y, como es obvio, implican un cambio de mentalidad; es pasar del arbitraje como mecanismo alternativo de justicia a un modelo más profundo como es el neuro arbitraje; es decir, donde la sociedad y el ciudadano conciben al arbitraje como un verdadero modelo de justicia al que se puede acceder para solucionar toda clase de controversias.

Sin ninguna duda, las materias objeto de arbitraje o el espectro de la arbitrabilidad (los asuntos que son arbitrables) se está ensanchando a nivel internacional, en virtud del concepto de patrimonialidad o de comercialidad a que se refiere la doctrina internacional, y Colombia no puede ser ajena a esta tendencia global. Todo ello, por las dificultades que se ciernen en la

justicia ordinaria, dado que el ciudadano siente que no se le prodiga justicia. Esta propuesta está encaminada al ensanchamiento de la competencia arbitral; al acrecentamiento de la arbitrabilidad.

Por otra parte, retomando el debate central que se ha planteado, esto es, lo concerniente a la tutela en el arbitraje, conviene resaltar que, cuando Gil Echeverry (2017) y Quinche Ramírez (2010, p. 363; 2017, pp. 396 y ss.) mencionan las causales para la tutela contra sentencias y laudos arbitrales, refieren asimismo el *defecto procedimental*, que ocurre cuando el juez (tribunal de arbitraje) no atiende o se hace el procedimiento previsto por la ley para el trámite de la actuación.

Al leer con atención el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, se observa que, en varias causales, se alude directa o indirectamente al incumplimiento o violación al debido proceso, a los trámites procedimentales previstos en la ley. Basta ver los numerales 1.º y 3.º a 9.º del anterior artículo para establecer que, en el fondo, están referidos a un defecto en el procedimiento.

El artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 estipula lo siguiente:

Son causales del recurso de anulación:

1. ^a. La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.

3. ^a. No haberse constituido el tribunal en forma legal.

4. ^a. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la causal.

5. ^a. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.

6. ^a. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después de vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.

7. ^a. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca de manifiesto en el laudo.

8. ^a. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas

en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.

9. ^a. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

En cuanto a la nulidad, Vega Millán (2012) declara lo siguiente:

La nulidad absoluta del Pacto Arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso de este. (p. 152)

A su vez, con respecto a la causal 3. ^a, Alvarado Valenzuela (2014) manifiesta:

La causal tercera tiene que ver con los árbitros y las calidades que deben cumplir de acuerdo con la Ley y a los términos acordados por las partes en el pacto arbitral. El tribunal debe cumplir con las condiciones en cuanto a la forma para escoger los árbitros, el número de árbitros, el procedimiento para su selección y el reglamento

a seguir. Es importante mencionar en este título el carácter supletivo de la norma de arbitraje, en ella se sustituyen diversos vacíos para cuando el pacto arbitral carece de todos los detalles sobre los rasgos del arbitraje que debe adelantarse en caso de controversia. Las partes podrán estipular en su pacto arbitral cualidades especiales que deberán cumplir las personas encargadas de gestionar el conflicto o, en el caso de las controversias en las que intervenga el Estado, será la Ley la que establezca condiciones específicas con respecto a los árbitros, todas ellas deben ser cumplidas indistintamente y la ausencia de alguna, una vez que ha sido alegada en el momento procesal del arbitraje respectivo, será causal de anulación del laudo con el que haya concluido el arbitraje. (p. 41)

Por su parte, en relación con la causal 4.ª, Chuquimia Zeballos (2015) manifiesta lo siguiente:

Tratándose de un proceso arbitral, e independientemente de que aquel es producto de la voluntad de las partes, significa que ciertos derechos relacionados con esta clase de procesos están por encima de aquella voluntad y que, por ello, son indisponibles, y su observancia, además de la acción que prevé

la Ley de Arbitraje, se precautela constitucionalmente. Como dijimos, el concepto de indefensión está inmerso en los aspectos que prevé el motivo de nuestro análisis y, como puede advertirse, tienen en común que el derecho fundamental a la defensa de alguna de las partes ha sido conculcado y, por lo mismo, el laudo que se pronuncia en su día está afectado por el motivo de anulación concreto. La vulneración del derecho de defensa dentro de un determinado proceso significa que la parte no tiene oportunidad de hacer valer sus derechos, es decir, se encuentra en estado de indefensión. En términos simples, se entiende por *indefensión* aquella situación en que se encuentra una persona que no ha tenido oportunidad de defenderse, dentro de un proceso judicial o arbitral, por razones no imputables a ella y que, por lo mismo, no ha podido hacer valer sus derechos. (p. 243)

En cuanto a la causal 5.ª, Álvarez Estrada (2010) expresa:

Esta causal es otra de las que rara vez se presenta en la práctica en Colombia, la razón es que, en los procesos arbitrales, a diferencia de la justicia ordinaria, se practican no sólo las pruebas solicitadas por las partes, sino muchas otras de oficio decretadas por los árbitros. (p. 96)

Por último, con respecto a la causal 9.^a, Rodríguez Mejía (2013) pone de manifiesto lo siguiente:

La causal que ahora nos ocupa supone la anulación de los laudos arbitrales, cuando «(...) los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje». En virtud del artículo 41.2, Ley 60/2003, esta causal podrá ser apreciada de oficio por el Tribunal que conozca de la acción de anulación, y también por el Ministerio Fiscal en torno a los intereses que este debe defender. Si estuviéramos interesados en aplicar tal causal a un laudo arbitral que resuelva la controversia principal, estaríamos obligados a revisar, de acuerdo con el tenor literal de la Ley, cuáles son aquellas materias que únicamente podrán ser conocidas por la jurisdicción; lo que nos llevaría al artículo 2.1, Ley 60/2003, que, sin enlistar las materias 'arbitrables', señala en términos genéricos, por la variabilidad propia de la materia, que «(...) son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho». (p. 147)

Las causales enunciadas no aluden a errores en derecho, a errores *in judicando*, sino que, por el contrario, atañen a errores en el procedimiento; dichas falencias procesales no tienen

que alegarse por vía de tutela, de un medio o mecanismo constitucional excepcional, sino mediante el trámite y el recurso previsto en la Ley para ello: el de anulación. La parte que no considera que el laudo no fue favorable a sus intereses puede considerar la interposición del recurso de anulación o, en su defecto, instaurar la acción de tutela. Se puede decir que, en principio, de acuerdo con lo que establece la Ley y la jurisprudencia constitucional, debe interponer el recurso de anulación contra el laudo arbitral para agotar todos los trámites y procedimientos que la Ley le brinda y, como último recurso o posibilidad legal, la acción de tutela.

Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina han abierto la posibilidad de instaurar en forma simultánea la acción de tutela y el recurso extraordinario de anulación, lo cual, a todas luces, cabe considerar, constituye una transgresión al debido proceso y a los principios legales y constitucionales porque lo más sensato, lo que dicta la Constitución en materia de tutela y las normas que la desarrollan es lo contrario; es decir, que primero se deben agotar todos los medios judiciales existentes, salvo, como lo indica el artículo 86 de la Carta de 1991, que exista perjuicio irremediable. En todo caso, lo que aquí se quiere resaltar es que los defectos procedimentales pueden ser corregidos mediante el

recurso extraordinario de anulación, y no por conducto de la acción de tutela.

Lo más adecuado es que o se tramite la tutela o el recurso de anulación, y no ambos. No conviene estar de acuerdo con el trámite simultáneo de la acción y el recurso; por cuanto ello se traduce en mora judicial para hacer efectivo el laudo arbitral por la parte que salió favorecida con la decisión y, además, implica un acrecentamiento de las garantías judiciales para la parte que no salió favorecida con el laudo arbitral.

Entonces, también cabe proponer en este ámbito que se introduzca la violación al debido proceso como error de naturaleza sustancial dentro de las causales de anulación. La doctrina procesal no plantea esta solución para suprimir la acción de tutela, y menos la doctrina sustancial en materia de arbitraje. Revisada la doctrina nacional sobre la materia, no se encuentra una propuesta específica en este sentido. Tal parece que esta alternativa soluciona el problema del defecto procedimental por vía de tutela. La solución, podría decirse, se cifra en la disminución de costes y tiempos para las partes, lo cual redundaría en justicia.

Es cierto que, mediante el mecanismo de la tutela, la resolución de la causal planteada se tramita con mayor celeridad, prontitud, gracias a los expeditos términos previstos para resolver

una acción de tutela, que el recurso extraordinario de anulación. Sin embargo, no se puede perder de vista que contra la decisión de tutela que profiera el juez de primera instancia procede el recurso de impugnación y, en todo caso, luego de que el juez de segunda instancia resuelva sobre la impugnación, se puede solicitar la revisión eventual ante la Corte Constitucional, según el acuerdo 02 de 2015 de la misma corporación, que unificó y actualizó las facultades conferidas por el numeral 11 del artículo 241 de la Carta de 1991.

Esto significa que el lapso que puede transcurrir entre la fecha en que se profiere el laudo arbitral y se decide el recurso extraordinario de anulación por el juez competente (Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial, Tribunal Administrativo o Consejo de Estado) y, a su vez, el lapso que puede pasar entre la fecha en que se profiere el laudo y se decide el último estadio de la acción de tutela —si es que esta llega a una eventual revisión ante la Corte Constitucional—, a la larga, puede ser prácticamente el mismo.

En otras palabras, el tiempo que se debe emplear, en uno y otro caso, puede ser, en términos prácticos y del ejercicio del litigio arbitral, similar al que se debe emplear para decidir el recurso de anulación. Así las cosas, el argumento jurídico consistente en que

la acción de tutela se debe instaurar de preferencia al recurso de anulación, en virtud de que en aquella se va a decidir con mayor prontitud y eficacia, es, en últimas, falaz e impreciso.

¿Y qué tal que en sede de revisión de la acción de tutela se modifique el sentido del laudo arbitral o de la tutela que prosperó contra el laudo, so pretexto de violación de un derecho fundamental o de la doctrina constitucional o del precedente judicial? Además, ¿qué tal que quien fue vencido en la decisión de revisión de la tutela decida instaurar otra acción de tutela o acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bajo los mismos argumentos que aquí se mencionan? Todo es posible en el ámbito del litigio arbitral y judicial. Y aunque suena descabellado una acción ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por una decisión de tutela de esta naturaleza, so pretexto de violación al debido proceso, en verdad nada impide que quien sienta vulnerados o violados sus derechos lo haga y acuda a estas instancias internacionales.

Al respecto, Salmón y Blanco (2012) refieren lo siguiente:

El agotamiento de la jurisdicción interna y el debido proceso. Otro ámbito fundamental en el que esta relación se manifiesta es aquel en el que el Sistema Interamericano solo

tendrá, como regla general, competencia si es que se han agotado los recursos de la jurisdicción nacional. Como es lógico, este requisito no es un obstáculo permanente para la acción de la Corte, en la medida en que también se establece un sistema de excepciones que se encuentran irremediamente relacionadas con el respeto efectivo del debido proceso. Esto quiere decir que un particular podrá acceder al mecanismo internacional, si es que no le fue posible agotar la jurisdicción nacional por la falta de adecuación de esta al debido proceso. Esto fue objeto de análisis detallado en el pionero Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, en el que la Corte relacionó las garantías de los artículos que consagran el debido proceso y el acceso a la justicia con el sistema de protección de los derechos humanos. La Corte estableció la relación existente entre los artículos 46.1, 1.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana. De este modo, señaló que los Estados disponen de recursos internos que deben agotarse. Al mismo tiempo, con esta regla, los Estados se obligan a otorgar recursos internos efectivos en los términos del artículo 25 y sustanciados, de conformidad con el debido proceso legal (artículo 8.1). Asimismo, agregó que la inexistencia de recursos internos pone en indefensión a la víctima. Los

recursos no deben ser ilusorios, de tal modo que, en este contexto, se active la justicia internacional. De esta manera, el agotamiento de los recursos internos y sus eventuales excepciones deben ser leídos con la obligación de respetar y garantizar el debido proceso y las garantías judiciales. Cualquier otra lectura supondría restringir o reducir el ámbito de aplicación material de estos derechos. (p. 48)

De entrada, la hipótesis parece de poca o escasa probabilidad; pese a ello, es un recurso, una vía que no se puede descartar, habida cuenta de que en un litigio donde se estén debatiendo intereses económicos de decenas o centenas de millones de dólares, los bufetes de abogados se juegan el todo por el todo y, donde encuentren el más mínimo resquicio legal, constitucional o internacional, buscan el mecanismo y lo agotan. Además, tampoco podemos obviar que no siempre se deben agotar todos los recursos internos para acceder a un organismo internacional en defensa de los derechos. Hay salvedades, y a ellas se acude en defensa de lo que se considera legítimo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017) establece lo siguiente:

Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a

y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A núm. 11 24. Ese deber de organizar el aparato gubernamental y de crear las estructuras necesarias para la garantía de los derechos está relacionado, en lo que a asistencia legal se refiere, con lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención. Este artículo distingue entre acusación[es] penal[es] y procedimientos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Aun cuando ordena que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías (...) por un juez o tribunal en ambas circunstancias, estipula, adicionalmente, en los casos de delitos, unas garantías mínimas. El concepto del debido proceso, en casos penales, incluye, entonces, por lo menos, esas garantías mínimas. Al denominarlas mínimas, la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal. En el mismo sentido: Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C n.º 1191, párr.176. 28. En materias que conciernen a la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el artículo

8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias, el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso. (Jurisprudencia. El debido proceso, p. 4)

A pesar de ello, el punto que se quiere resaltar en este escenario, a esta altura, no son tanto los múltiples recursos judiciales que se pueden emplear contra un laudo arbitral adverso, porque, en este orden de razonamientos, si el fallo de tutela fue igualmente adverso, pero se observa que hubo error judicial, es claro que se podría acudir asimismo a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo para que, por el medio de control denominado de reparación directa (Ley 1437 de 2011), la parte afectada, o con interés en ello, intente el resarcimiento de los daños y perjuicios causados con un fallo de tutela desfavorable; con el argumento, cabe reiterar, de que se presentó un error judicial, o por

el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

En relación con este último aspecto, Gil Botero (2013) sostiene:

La comprensión de lo que es funcionamiento anormal de la administración de justicia debe partir de una comparación de lo que sería o debería ser el funcionamiento normal, lo que remite a unos criterios de actuación, a unos estándares de funcionamiento, a unos conceptos jurídicos indeterminados de una extrema variabilidad y sujetos a una serie de condicionamientos históricos, técnicos y políticos. Importa señalar que no todo funcionamiento anormal, que no toda deficiencia en la administración de justicia, son generadores de responsabilidad, sino aquellos que no van acordes con unos patrones básicos de eficiencia y funcionamiento de acuerdo con las necesidades sociales y los intereses justiciables. El concepto de funcionamiento anormal es ajeno a toda idea de culpa o negligencia; aunque tenga en estas su origen y se base únicamente en la causación del daño que actúa como factor desencadenante de la imputación. (pp. 441-442)

Argumentos para litigar los hay todos, pero, es preciso insistir, el punto que merece aquí la atención es el concer-

niente al hecho de que se aduce, se sostiene, por lo común, que contra un laudo arbitral en que se observan defectos de procedimiento es mejor instaurar la acción de tutela que interponer el recurso de anulación, teniendo en cuenta que aquella se decide en menor tiempo.

La solución, al parecer, es incorporar la violación al debido proceso como causal sustancial de anulación en la Ley de Arbitraje. Y cabe repetir, la doctrina nacional no ha efectuado esta propuesta específica, previa revisión al respecto. Es plausible pensar que es una solución más práctica y efectiva para poder suprimir la tutela contra laudos arbitrales.

El argumento del tiempo es falaz, es sumamente relativo, dado que la Ley también contempla recursos contra la acción de tutela, es más, tanto la Constitución como los tratados internacionales ratificados por Colombia y la Ley admiten la posibilidad de acudir ante instancias u organismos internacionales, tal como se mencionó atrás. Por tanto, y recogiendo todo el análisis al respecto, es claro que el argumento de preferencia o de predilección por la tutela frente al recurso de anulación, en virtud del tiempo que se emplea en uno y otro caso, es un mito, es una hipótesis falsa a todas luces, habida cuenta de las alternativas jurídicas que se pueden

dar en la práctica y el litigio arbitral; además, por supuesto, del recurso de revisión contra el laudo arbitral o, en su defecto, de las acciones penales que se pueden presentar contra los árbitros y/o el mismo laudo arbitral, de ser el caso. Aunque parezca extremo.

El punto en cuestión, esto es, el argumento en contra de la utilización de la acción de tutela contra laudos arbitrales reposa, básicamente, en dos aspectos fundamentales: a) por una parte, que las causales de anulación ya contienen *per se* el denominado *defecto procedimental*. Es decir, que esta causal de tutela ya está prevista en las causales del recurso extraordinario de anulación; y b) por otra parte, que tampoco es tan cierto en el ámbito del litigio arbitral que se deba preferir la acción de tutela contra el laudo arbitral que presenta defectos de procedimiento, respecto del recurso de anulación, por cuanto el tiempo que finalmente se debe invertir resulta siendo prácticamente el mismo.

En otras palabras, el argumento *pro tutela*, basado en la celeridad y en el hecho de que la Ley prevé términos más cortos y expeditos, resulta incierto, inexacto y queda desdibujado cuando se interponen todos los recursos y acciones posibles contra el fallo de tutela de primera instancia. Así pues, esta situación —no teórica

y abstracta, sino de la esencia del litigio arbitral— demuestra en forma fehaciente e irrefutable que, en el ámbito legal colombiano, y en particular para el proceso arbitral, se puede —y se debería— prescindir de la acción de tutela contra laudos arbitrales; por cuanto el tiempo que se debe invertir para resolver un recurso de anulación es prácticamente el mismo que se emplea para decidir en última instancia o en el último estadio judicial un fallo de tutela; además de que las causales que se prevén para esta ya están condensadas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 atinente al recurso múltiples veces citado.

En este orden de consideraciones, conviene referirse al trámite de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, conforme a la Convención de Nueva York de 1958 y a la Ley 1563 de 2012. ¿Cabe la tutela por defecto procedimental en el trámite de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral? En principio, no, pero en el ámbito judicial la parte que se opone al reconocimiento puede hacerlo también mediante una acción de tutela, invocando violación a los derechos fundamentales y, por ende, defecto procedimental. Son los órganos judiciales los que tienen que decidir al respecto.

¿Cuál es la postura asumida al respecto? ¿Cuál es esta propuesta? En

primer lugar, es preciso pensar que con las causales de oposición a que se refieren la Convención de Nueva York de 1958 y la Ley 1563 de 2012 es más que suficiente; la acción de tutela sería otra garantía judicial para la parte que no salió victoriosa en el litigio arbitral, lo cual es absurdo y atenta contra la efectividad del laudo arbitral.

En este punto en concreto, la presente propuesta académica y profesional es que se proscriba expresamente la acción de tutela en este escenario. Al revisar la doctrina nacional, se encuentra que no hay una propuesta en este mismo sentido. La doctrina local no lo ha planteado y tal parece que es una propuesta nueva que también se podría considerar en una reforma legislativa. En síntesis, la reforma sería proscribir en forma definitiva la acción de tutela en el trámite de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

Así mismo, y en consonancia con lo que se ha venido diciendo, otra propuesta o planteamiento concreto en esta materia del trámite de reconocimiento y ejecución es la supresión de este con el objeto de que los laudos arbitrales internacionales se puedan ejecutar y tengan efectos en Colombia como si se tratara de una sentencia judicial proferida por un juez de la República. Conviene ser partidarios de la supresión de este

trámite judicial; no hay una propuesta doctrinal en Colombia al respecto, una vez revisada la doctrina nacional concerniente (Bejarano Guzmán; Benetti Salgar; Cárdenas Mejía; Gil Echeverry; López Blanco; Reyes Sinisterra), y ello facilitaría la ejecución de laudos arbitrales internacionales, en beneficio de la figura del arbitraje, aumentaría la confianza y la seguridad jurídica, aparte de la supresión expresa de la tutela.

Por otra parte, también conviene precisar que el numeral 5.º del artículo 41, relativo a la causal de pruebas, al parecer, también subsume la causal concerniente al denominado *defecto fáctico* en la acción de tutela. ¿Qué es? Como bien lo indican Quinche Ramírez (2010, p. 363) y Quiroga Natalé (2014, p. 127), el fundamento probatorio fue inadecuado. Ciertamente, este último autor puntualiza lo siguiente sobre el defecto fáctico como causal en la acción de tutela contra sentencias y laudos arbitrales:

Este requisito tal vez se constituye en una de las causales más complejas, en la medida en que de la actividad probatoria resulta toda una suerte de situaciones que han generado el reconocimiento de la existencia de la vía de hecho por defecto fáctico. Las principales reglas que devienen en la configuración de la causal son:

a) Cuando el juez carece del acervo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que funda su decisión.

b) Cuando el juez toma una decisión, sin que se halle, de manera plena, comprobado el supuesto de hecho que legalmente determina, como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas, de una valoración irrazonable de estas; de la suposición de una prueba, o del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios.

Sumado a lo anterior, se exige que el error en la valoración probatoria sea ostensible, flagrante y manifiesto, que sea capaz de afectar de manera definitiva el fallo de fondo, y, por lo tanto, que afecte de manera directa los derechos fundamentales del reclamante.

La causal 5.ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 subsume o condensa en forma clara esta causal de la tutela contra sentencias y laudos arbitrales. Al parecer, se reitera el contenido en ambos escenarios, al igual que acontece con el denominado *defecto procedimental* y las demás causales del recurso de anulación. Es una especie de pleonismo jurídico que quieren preservar aquellos que le rinden culto a la forma y al ritualismo, esto es, aquellos

que conciben el arbitraje más como un proceso que como un contrato.

Expuesto lo anterior, se evidencia, una vez más, que un sistema dualista, apegado al procesalismo y al excesivo ritualismo, en el que se admite la acción de tutela contra laudos arbitrales, so pretexto de proteger los derechos fundamentales, es nocivo para el desarrollo y la evolución del arbitraje en Colombia y, sobre todo, con el propósito de conseguir que el ordenamiento jurídico colombiano sea escogido como sede de arbitraje a nivel internacional. De ahí esta constante insistencia, casi que, con tesón, de ingresar a un sistema monista, más alineado con los principios y la filosofía del arbitraje internacional, donde no se concibe este tipo de acción judicial contra laudos arbitrales internacionales que hayan resuelto controversias entre empresas privadas internacionales o, en definitiva, contra laudos arbitrales proferidos bajo el sistema CIADI, que deciden litigios entre Estados e inversionistas.

Entonces, en este punto, la propuesta aquí presentada es la siguiente: a) suprimir la tutela por defecto fáctico contra laudos arbitrales, sea durante el trámite del proceso o por lo contenido en el laudo arbitral; b) con base en las causales contenidas en el recurso de anulación se suple esta problemática; c) dado que el aspecto probatorio es

trascendente y vital para el proceso arbitral, se propone, asimismo, que, cuando la prueba sea determinante para el resultado del litigio y no se haya podido aportar al proceso, se pueda incorporar antes de que se dicte el laudo arbitral e, incluso, después de haber presentado los alegatos; d) en armonía con lo expuesto, cabe señalar que, si la prueba no se pudo incorporar por fuerza mayor, caso fortuito o por cualquier otra razón justa, si se solicitó oportunamente, se debería poder revisar el laudo arbitral por un árbitro *ad hoc*.

La legislación no lo permite, esta figura no ha sido concebida o discutida por la doctrina nacional; sin embargo, valdría la pena incorporar esta figura de la prueba esencial y que fuera revisada por un árbitro *ad hoc*, sin necesidad de interponer recurso de anulación ante la justicia ordinaria. Esta alternativa se podría introducir en una reforma al arbitraje y otorgándole un plazo perentorio al árbitro *ad hoc* para decidir el asunto, por ejemplo, veinte o treinta días calendario. Mediante esta posibilidad o alternativa legal, se podría proscribir el recurso por la causal relativa a las pruebas y la tutela y, a su vez, permitiría resolver el asunto en menor tiempo y en beneficio de la justicia.

El otro argumento por el cual cabe considerar que se debe eliminar, pros-

cribir e, incluso, prohibir en forma definitiva la acción de tutela contra laudos arbitrales, y, además, generar casi que una cruzada o un movimiento académico, social y empresarial contra la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales, es por *la función, el oficio y la argumentación del juez de tutela y la violación a los principios del derecho arbitral nacional e internacional.*

Vale la pena observar con detenimiento el argumento. ¿Cuál es la función y cuál es el oficio del juez de tutela? Velar por la protección de los derechos fundamentales, por el cumplimiento de las garantías consagradas en la Carta de 1991 y en los tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano. Esa es su tarea, su función primordial. Pero su labor no concluye con un examen sobre la violación a los derechos fundamentales, sino que, incluso, va más allá; pues también se constriñe a la vulneración por amenaza a los derechos fundamentales. Es decir, el juez de tutela lucha por la protección de los derechos que han sido vulnerados, desconocidos y violados y, a su vez, protege a las personas por la amenaza de los derechos fundamentales, esto es, por el peligro potencial que se pueda presentar respecto de los derechos fundamentales.

Igualmente, coteja la Constitución, los principios y los derechos fundamentales con los hechos y las pruebas

que se aportaron al proceso, a fin de establecer si hay o hubo violación a estos derechos esenciales. Cosa por entero diferente es el examen de los hechos, pruebas y derechos de contenido económico contenidos en un laudo arbitral. Y, como se dijo antes, el tribunal de arbitraje hace el control de legalidad y de constitucionalidad de los actos procesales de las partes en el proceso arbitral.

Quinche Ramírez (2017) precisa lo siguiente:

La violación del derecho fundamental se relaciona con las acciones u omisiones que afectan su integridad o su contenido. Al respecto, la Corte ha considerado que se presenta violación de un derecho fundamental bien porque se ha vulnerado su núcleo o contenido esencial (i), o porque simplemente aconteció la afectación del derecho fundamental, con prescindencia de su «núcleo esencial» (ii). En ambos casos procede el amparo. (p. 67)

Sin embargo, la arista que se quiere subrayar en este ámbito es el hecho de que tanto la función como el objeto y la tarea de cada uno son diferentes. El juez de tutela examina y evalúa los derechos constitucionales, la violación de estos o su amenaza; por el contrario, el tribunal de arbitraje evalúa o decide sobre el cumplimiento o incumpli-

miento de un contrato, de la ley y la Constitución; pero siempre teniendo como eje, como plexo jurídico, los derechos económicos, la propiedad privada, los derechos patrimoniales. Esto significa que la argumentación y las fuentes del derecho que cada uno evalúa, estudia, valora y examina acontecen en círculos o dimensiones y lógicas jurídicas totalmente diferentes y que, en muchos casos, como es natural, se repelen, se contradicen, y eso es apenas obvio.

En cuanto a las fuentes del derecho, Quinche Ramírez (2015) plantea:

De manera tradicional, se ha entendido que las fuentes del derecho son «los cauces por los que se expresa el derecho», lo que no ofrece mucha claridad. Hace poco, la Corte Constitucional ha dicho que «históricamente, la doctrina ha entendido las fuentes formales del derecho objetivo como los procesos de creación de normas jurídicas cuyos elementos condicionan la validez de las reglas resultantes, trátese de la legislación, la jurisprudencia o la costumbre». De modo más concreto, las fuentes del derecho son entendidas como el conjunto de elementos con los que los operadores jurídicos, las autoridades públicas y los particulares fundan sus decisiones, ejercen sus competencias o resuelven los con-

flictos que llegan a su conocimiento. Usualmente, el tema de las fuentes del derecho es remitido al plano de la aplicación judicial del derecho, incluyendo dentro de esa categoría «todo aquello que proporciona al juez las normas para decidir el caso, aquello donde se encuentra la predeterminación normativa de la función judicial». (p. 26)

La intromisión, invasión o colonización, por así decirlo, del juez de tutela en el derecho arbitral, en la lógica del derecho arbitral, no es permitida ni aceptada en la lógica del arbitraje comercial internacional. Sin embargo, ha sido aceptada y de buen recibo por un sector de la doctrina nacional en el contexto del proceso arbitral nacional. El problema, el asunto que llama poderosamente la atención es que la nueva lógica jurídico-constitucional no sólo constituye un quebrantamiento del derecho privado, de su estructura ideológica y argumentativa, sino que la termina derruyendo, contradiciendo, fragmentando y poniendo en peligro la seguridad jurídica que, alrededor de ella, se ha construido durante siglos.

En otras palabras, la defensa de los derechos fundamentales se ha hecho a ultranza de los derechos de naturaleza privada en el proceso arbitral; al admitir la tutela contra laudos arbitrales, se contraviene una estructura jurídica edificada por la tradición jurídica de

Occidente. Se olvida, se ignora, en definitiva, que dicha defensa jurídica y constitucional también se logra por doble vía: a) Por intermedio del control legal y constitucional que hace el tribunal de arbitraje; y b) Mediante el recurso extraordinario de anulación, dado que las causales de este subsumen las de la acción de tutela contra sentencias.

Además, y sin el ánimo de incurrir en pleonasmos jurídicos, el asunto es que la lógica jurídica que subyace a la acción de tutela, las fuentes jurídicas sobre las cuales reposa el argumento constitucional —y mediante el cual se defienden y garantizan los derechos fundamentales— difieren sensiblemente de las fuentes jurídicas que se emplean en el ámbito del derecho privado.

De igual forma, se atenta contra los principios del arbitraje, al abrir un portal que, originalmente, no está previsto en la Ley 1563 de 2012, sino en la norma constitucional. Se alarga el proceso arbitral con la acción de tutela, se amplía más allá de lo esperado por las partes, se aumentan los costos de transacción, se extiende el debate por fuera de los argumentos centrales utilizados en el proceso para entrar a estudiar nuevos argumentos que, en principio, no fueron parte del debate jurídico en el proceso arbitral; aparte de que se violan o desconocen

los principios sobre los cuales está cimentado el proceso arbitral.

Con respecto a los costos de transacción, Miranda Contreras (2013) afirma lo siguiente:

Habiendo estipulado que el tiempo es uno de los mayores costos de transacción en procesos judiciales, y que el arbitraje de suyo representa una alternativa para reducir dichos costes, la acción de tutela contra laudos arbitrales prácticamente implica una duplicación de los costes de transacción en dicho procedimiento especial en términos de tiempo. Así pues, el nacimiento de un proceso constitucional con doble instancia y eventual revisión respecto de un laudo emitido con celeridad en un proceso de única instancia sólo puede ser expresado con el viejo adagio de que “el remedio resulta peor que la enfermedad”. (p. 92)

A su vez, Porras (2008) sostiene:

Las acciones de tutela contra providencias judiciales van en contravía de las bases del Estado Social de Derecho. (Seguridad jurídica). Las acciones de tutela igualmente vulneran el derecho de acceso a la justicia, pues con estas se viola el precepto constitucional de una sentencia que ponga fin al litigio,

y que haga tránsito a cosa juzgada. Puede haber acción de tutela contra acciones procesales diferentes de las sentencias judiciales. No es posible que un juez, en diez días, pueda determinar la violación de derechos fundamentales en el proceso y, a la vez, examinar la conducta procesal del afectado como se hace en el curso normal del proceso. No se puede con la tutela crear una segunda o tercera instancia, o una especie de super casación. (p. 16)

¿Acaso con más trámites y procedimientos como la tutela no se viola el principio de economía, de celeridad, de intangibilidad de la cosa juzgada, de igualdad e imparcialidad? Cabe pensar que sí. Por proteger los derechos y garantías fundamentales, y evitar que se vean amenazados, asimismo, se transgreden otros de raigambre constitucional, por ejemplo, el principio de la buena fe, la seguridad jurídica, entre otros. Así pues, el asunto no es de poca importancia, y vale la pena reflexionar sobre ello y replantear seriamente en Colombia la posibilidad de eliminar en forma definitiva, sin ambages, sin titubeos, la tutela contra sentencias y, en particular, la tutela contra laudos arbitrales, habida cuenta de los sinsabores, contradicciones y problemas jurídicos que ello ha creado o, en su defecto, restringirla en grado sumo.

Basta revisar, por ejemplo, la Sentencia T-058 de 2009 de la Corte Constitucional. En dicha providencia judicial se amparó el derecho al debido proceso, entre otros, so pretexto de que no se habían agotado los trámites e instancias pactadas por las partes en el convenio arbitral. Es decir, el pacto arbitral era patológico, la cláusula arbitral era escalonada. El tribunal de arbitraje, con buen tino y, acorde con la sana doctrina del derecho arbitral, corrigió las deficiencias del pacto arbitral patológico, desestimó el escalonamiento de la cláusula compromisoria y decidió el fondo del asunto en forma ponderada, de acuerdo con lo que consideró justo para las partes.

Con la Sentencia T-058 de 2009, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, de manera mayoritaria, anuló el Laudo Arbitral del 7 de noviembre de 2007 y la decisión que lo aclaró del 19 de noviembre del mismo año, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre Telefónica Móviles de Colombia, S. A., y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A. ESP. Contra la Sentencia T-058 de 2009, se impetraron varias solicitudes de nulidad ante la Sala Plena de la Corte Constitucional tanto por violación al debido proceso como por cambio de juris-

prudencia. Pese a ello, mediante Autos 104, 105 y 106 fechados el 24 de febrero de 2009, la Corte denegó tales solicitudes de nulidad. Como otras solicitudes de nulidad ni siquiera fueron tramitadas, y con las anteriores decisiones de Sala Plena, también se violó el debido proceso, igualmente se impetró solicitud de nulidad ante la misma Sala (...). (Ibáñez Nájjar, 2009, pp. 168-170)

El juez de tutela, esto es, la Corte Constitucional, desconociendo una vasta tradición en materia de arbitraje, apoyó su decisión por la supuesta necesidad de agotar todos los pasos o escalas previstas por las partes en el convenio arbitral, y se dio el lujo, aparentemente, de amparar los derechos de la parte vencida en el proceso arbitral. Es un fallo que deja mucho que desear, que genera muchas dudas e incertidumbres; y tan grande fue el yerro de la Corte Constitucional que el Código General del Proceso proscribió las cláusulas escalonadas como prerrequisito para acceder a la administración de justicia.

Se denominan *cláusulas arbitrales patológicas* aquellas que presentan alguna deficiencia o falencia que, desde el punto de vista jurídico, se traduce en invalidez de esta; es decir, son cláusulas que adolecen de alguna nulidad, que son ineficaces o que, al estar mal

redactadas, dificultan la integración del tribunal de arbitraje. Y se llaman *cláusulas escalonadas* aquellas estipulaciones en las que se prevé como prerrequisito para acceder al arbitraje una negociación preliminar, un conjunto de reuniones, peticiones, acuerdos previos o potenciales convenios de transacción.

Como puede observarse, este tipo de cláusulas son problemáticas, ambiguas, causan desazón y, a la postre, impiden, obstaculizan el acceso al arbitraje. De ahí que autores de prestigio, como Caivano (2011), sean partidarios de no incluir cláusulas escalonadas en los pactos arbitrales: “En suma, las partes deben evaluar con prudencia la conveniencia de pactar cláusulas escalonadas con etapas negociales previas y obligatorias. Me inclino por evitarlas porque son susceptibles de aparejar más problemas que soluciones (...)” (p. 94).

Sin embargo, la Corte Constitucional, bajo una interpretación “novedosísima”, “audaz” y aferrada a modelos hermenéuticos exegéticos (literalismo legal), consideró que este tipo de estipulaciones son válidas, que supuestamente no obstaculizan el acceso a la administración de justicia, y terminó premiando el abuso, el reino de lo absurdo, al exigir que se deben agotar prerrequisitos para acceder al arbitraje.

Dicha doctrina no sólo dista del derecho arbitral internacional y comparado, sino que, con un fallo de esta naturaleza, se convierte en el hazmerreír en el derecho comparado. Semejante tesis no tiene asidero en las legislaciones de otros Estados; es una doctrina muy local, pese a que quien la profirió haya sido la Corte Constitucional. En verdad, no se puede guardar silencio y aceptar incólume los fallos de la Corte Constitucional en materia arbitral; se debe criticar, debatir y afrontar con argumentos este tipo de fallos tan peligrosos tanto para la seguridad jurídica y la confianza y credibilidad en el ordenamiento jurídico colombiano como para la intangibilidad de la cosa juzgada³.

En relación con el literalismo legal, Tamayo Jaramillo (2013) manifiesta lo siguiente:

(...) Así las cosas, el literalismo no significa que las palabras sólo tengan un significado. Esa sería una posición ingenua que hoy nadie defiende. En cambio, el literalismo contextual, que defiende acertadamente el Código Civil, parte del supuesto de que las palabras pueden tener varios significados, razón por la cual es preciso saber el contexto o

fin de la norma para conocer a qué significado o concepto se refiere la palabra o la norma interpretada. La interpretación del contexto permite conseguir un significado único de una palabra para un caso concreto, y no hay razón válida para desconocerla so pretexto de valores constitucionales, pues la reducción del significado permite, incluso, descifrar el objetivo de la norma. (pp. 313-314)

Críticas y argumentos jurídicos semejantes se pueden realizar a otros fallos de tutela que han anulado laudos arbitrales de trascendencia en el comercio global y en el mundo empresarial y de los negocios⁴. Se debe tomar conciencia de que Colombia no puede seguir siendo un paria en materia de arbitraje; el país no puede darse el lujo de acoger interpretaciones insulares, *sui generis* o exóticas en el derecho arbitral. Porque, entonces, ¿en qué queda el principio de uniformidad a que se refiere la Ley Modelo de Uncitral en el ámbito del arbitraje?

³ Sobre la intangibilidad de la cosa juzgada, véase la Sentencia C-543 de 1996 de la Corte Constitucional.

⁴ Véase, entre otros, la Sentencia de Tutela T-466 de 2011, instaurada por el Municipio de Turbo contra el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra, S. A. ESP, el Municipio de Turbo y Aguas de Urabá, S. A. ESP. Asimismo, véase Talero Rueda (2009): La tutela contra el laudo arbitral del caso ETB, en El Tiempo, 7 de mayo de 2009.

Es preciso retornar al punto de partida del presente análisis: por insistir en un sistema dualista del arbitraje se ha caído en los vicios del procesalismo, de los ritualismos, y se ha olvidado que el derecho sustancial prevalece sobre el derecho adjetivo o procesal (CP, art. 228); a la par que dichas posturas atentan en grado sumo contra los paradigmas⁵ del derecho arbitral internacional.

Ahora, dado que en este escenario es difícil extenderse y profundizar un poco más en esta materia, hay un aspecto que vale la pena abordar, y es el relativo a la tutela contra laudos arbitrales CIADI.

El CIADI es el Convenio de Washington concerniente a la resolución de disputas arbitrales entre Estados e inversionistas. Colombia aprobó, por conducto de la Ley 267 de 1996, el Convenio de Washington, con miras a alinearse con una política regional y global de respeto a la inversión extranjera, de garantías procesales al inversionista extranjero. Tanto es así que la Constitución Política de 1991 ofrece o brinda garantías y protección

a los capitales extranjeros, por ejemplo, los artículos 13, 58, 100 y 333⁶.

Durante varios lustros, hubo quejas de que Colombia no acudía ante el CIADI para resolver las controversias con las sociedades extranjeras que invertían en el país; pese a que Colombia es signatario del Convenio CIADI. Sin embargo, hoy es una realidad. Ya son varios los litigios arbitrales que tiene el país ante este organismo internacional.

Para fortuna de los inversionistas extranjeros que hacen negocios en Colombia, los conflictos contractuales se resuelven por la vía arbitral mediante el recurso ante el CIADI o, en su defecto, por intermedio del arbitraje internacional o la amigable composición, y según la ley escogida por las partes. Y si el contrato está sometido a las normas de derecho público (contrato estatal que se rige por la Ley 80 de 1993), por ejemplo, contratos mineros o petroleros, también es factible dirimir los conflictos entre el Estado y los inversionistas mediante el recurso al arbitraje nacional.

De todas maneras, lo cierto es que los inversionistas que hacen negocios y desarrollan operaciones mercantiles

⁵ Cabe recordar que Kuhn, en su obra cumbre *La estructura de las revoluciones científicas* (1971, p. 13), ha definido los paradigmas como las «realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica».

⁶ Al respecto, véase Fernández Massiá; Fuentes Hernández; López Guzmán, 2001; 2002; 2007; Losada Pimiento; Ravassa, 2004; Sommer; y Zuleta Jaramillo.

en Colombia pueden resolver sus disputas con el Estado colombiano ante un tribunal de arbitraje nacional o internacional; que les ofrece todas las garantías e imparcialidad necesaria para proteger su inversión, aun a costa de los derechos de los empresarios locales o de los intereses del Estado.

Por otra parte, no sólo se le brinda al inversionista un sistema de resolución de conflictos y mediación eficiente, seguro y ágil mediante el CIADI, sino que, además –y no sobra reiterarlo–, los artículos 13, 29, 58, 100 y 333 de la Constitución Política de 1991 le garantizan al inversionista igualdad de trato, respeto a la propiedad privada, debido proceso y expropiación con indemnización, e incluso se reconoce hasta el valor del *goodwill* empresarial y la propiedad industrial que se expropian a la compañía extranjera por motivos de utilidad pública o interés social.

Así pues, hay normas claras y seguridad jurídica para las empresas que invierten en Colombia, además de los mecanismos alternativos de solución de conflictos como el CIADI. Dichos criterios se derivan no sólo de principios y convenios internacionales, sino que también están en consonancia con la doctrina y la jurisprudencia arbitral internacional que se ha pronunciado al respecto; por ejemplo, *Starrett*

Housing Corp. vs. Islamic Republic of Iran-U. p. CTR 16 (1987 III), p. 112 (201) (como se citó en Herdegen, 1998, p. 320). Así mismo, Herdegen explica lo siguiente:

El valor de la indemnización (plena) se debe orientar fundamentalmente en el valor comercial del objeto patrimonial expropiado. Con relación a una empresa activa, participante en el mercado, tiende la moderna práctica arbitral a tomar como base no el valor neto (*net book value*, valor de la inversión deduciendo los descuentos), sino el valor negocial actual en el mercado (incluyendo, por ejemplo, el *goodwill*). De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Arbitramento Iranoamericano en la Haya, la determinación del precio adecuado en el mercado depende de que un buen empresario estaría dispuesto a pagar por el bien: «El precio que pagaría quien desee comprar a quien desee vender en circunstancias en las cuales cada quien tenga información, cada quien desee maximizar su ganancia financiera y ninguno se encuentre bajo coacción o amenaza». Para determinar el *going concern*, se debe tener en cuenta, más que el valor presente del patrimonio, las perspectivas de ganancias futuras. De este modo, la indemnización plena de la expropiación, que incluye el *going concern*, se asimila a la indem-

nización por perjuicios cuando se realiza una simple expropiación ilegal, la cual contempla también las ganancias que se dejan de percibir. Un importante papel juega el método *discounted cash flow* para la determinación del valor, con base en los rendimientos financieros futuros de capital, con un descuento de los costos y riesgos económicos. (pp. 320-321)

Igualmente, el punto que merece la atención es el concerniente al hecho de que se pueda instaurar una acción de tutela contra un laudo arbitral CIADI. En principio, no, salvo, como se ha dicho hasta ahora, que las partes hayan escogido como derecho aplicable al fondo del litigio –autonomía conflictual– (Gonzalo Quiroga, 2001; López Guzmán, 2021; Ravassa, 2004; Sánchez Lorenzo, 2020;), el ordenamiento jurídico colombiano, en cuya hipótesis no sería descartable la acción de tutela contra el laudo arbitral, bajo el argumento jurídico de que, al haber sido escogida Colombia como sede de arbitraje, entran por esa vía todos los recursos, acciones, jurisprudencia y normas del ordenamiento jurídico colombiano, excepto, tal parece, si las partes, en forma previa dentro del convenio arbitral, hicieron algunas precisiones sobre el particular.

Si dichos arbitrajes se están desarrollando bajo el ordenamiento jurídico

colombiano, es factible que la parte vencida en el proceso arbitral, la parte que considere que el laudo arbitral no fue favorable a sus intereses económicos, se vea tentada a instaurar una acción de tutela, con base en las causales que, al respecto, ha decantado la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En el marco de la legislación internacional CIADI, es válido que las partes (Estado-inversor) escojan el derecho aplicable al fondo del litigio; dado que dicho Reglamento de Arbitraje atañe tan sólo a las reglas de procedimiento; mas no al derecho sustancial que se debe aplicar para solucionar la controversia. En efecto, el artículo 42 del Convenio señala que el tribunal de arbitraje decidirá la diferencia, de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes y, a falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables.

Además, el tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la Ley. Igualmente, nada obsta para que el tribunal, si las partes así lo establecieron en el pacto arbitral, laude en equidad (*ex aequo et bono*). Todo lo anterior, dentro de los límites establecidos por el orden

público internacional y las normas de policía del Estado receptor.

Por ello, la doctrina sostiene lo siguiente:

Se acepta, de modo general, que las partes (Estado-inversor) son libres de elegir tanto las normas aplicables a los acuerdos que las regirán como las posteriores para solucionar controversias, entendida esta práctica de la autonomía de la voluntad como un principio general, con la única limitante en el respeto de las normas imperativas de los Estados en donde el acuerdo entre ambos produzca efectos. Sin embargo, en el derecho de las inversiones extranjeras, esa «autonomía de la voluntad» se encuentra más acotada, dada la amplia utilización de normas de derecho público en los contratos entre Estado e inversor, muchas de las cuales son de carácter imperativo o, incluso, de policía. Es decir, no se le puede dar al acuerdo una jerarquía mayor de la que las normas de un Estado lo permitan, lo que lleva, en parte, a una limitación de las teorías de la internacionalización del contrato. (Sommer, 2016, pp. 167-168)

No obstante, en lo relativo a la acción de tutela en concreto, cabe pensar que sería inconveniente e inapropiado que se admitiera para este tipo de

laudos arbitrales, máxime, por cuanto lo que busca y pretende Colombia con la celebración y suscripción de tratados bilaterales de inversión es fortalecer la inversión extranjera en su territorio, principalmente la inversión de capitales; puesto que esta implica y genera el establecimiento de una organización o subsidiaria en el país, lo cual se traduce en trabajo, en impuestos y en desarrollo económico.

Además, el artículo 54 del Convenio CIADI no exime al Estado del deber de cumplir el laudo que ha sido proferido en su contra; y el particular inversionista está en libertad de acudir a los jueces estatales para ejecutar forzosamente el laudo arbitral (Gedwillo, 2009). Por tanto, la acción de tutela no se puede instituir en instrumento judicial para rehusarse a pagar las condenas impuestas en laudos arbitrales CIADI.

Una tutela contra un laudo arbitral de esta naturaleza sería muy perjudicial para la seguridad jurídica y la confianza inversionista; no sería grato ni conveniente ante la comunidad internacional. Por tanto, la presente tesis, este planteamiento, sostiene que no se debe admitir, bajo ningún pretexto o argumento jurídico, la acción de tutela contra laudos arbitrales CIADI, incluso si las partes escogieron el derecho colombiano como ordenamiento jurídico aplicable al fondo del asunto.

En este sentido, los autores de la presente propuesta se encuentran de acuerdo con Londoño y Ortiz (2011), quienes señalan lo siguiente:

Compartimos la posición del Dr. Santiago Talero Rueda, en la cual plantea que los fallos de la Corte están llevando al arbitramento colombiano a la anarquía, en la medida en que el razonamiento de la Corte convierte la acción de tutela en un mecanismo judicial principal, cuando la misma Constitución la define como un mecanismo subsidiario y residual. En el caso del arbitraje, la premisa parte de que las causales de anulación de los laudos arbitrales no protegen derechos y garantías fundamentales, cuando ello no es del todo cierto, si se tiene en cuenta que buena parte de las causales de anulación de los laudos arbitrales se enderezan a proteger las garantías fundamentales del debido proceso, como el derecho de contradicción. Esta consideración la fundamentamos en que la misma Corte, al relativizar las reglas de procedibilidad, está generando que la procedencia de la acción de tutela sea más laxa, con lo cual se puede considerar que afecta la eficacia de los laudos arbitrales. (p. 34)

Lo contrario a ello parece peligroso, que atenta contra el derecho arbitral internacional y los principios del arbi-

traje comercial previstos en la misma Ley Modelo de Uncitral sobre arbitraje y otros convenios y reglamentos sobre la materia. Entonces, la presente postura es un rotundo no frente a la acción de tutela contra este tipo de decisiones arbitrales.

No obstante, otro sector de la doctrina considera que, mediante la tutela, se salvaguarda el debido proceso y se protegen los derechos fundamentales, o se previene su amenaza y se materializa la justicia cuando los árbitros y la justicia arbitral desconocen dichas garantías fundamentales, violan el debido proceso o actúan en contravía de la Constitución de 1991⁷.

Sin embargo, en consonancia con la posición defendida en este análisis, la doctrina nacional (Riachi, 2016, pp. 19-20)⁸, al referirse a los argumentos en contra de permitir la acción de tutela contra laudos arbitrales, manifiesta lo siguiente:

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 carác-

⁷ Al respecto, véase Jiménez Ramírez, 2014, p. 63.

⁸ Igualmente, véase Poveda Cubillos, 2017, pp. 9-10.

ter 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.

Por un lado, 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 (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 (p. 94).

Es un aspecto completamente diferente el relativo a la nulidad de laudos arbitrales CIADI, que no se produce en el marco de la acción de tutela, sino del mismo procedimiento de arbitraje internacional. De hecho, las partes pueden designar un comité *ad hoc* para volver a decidir sobre el asunto o, más bien, para revisar la decisión y, por consiguiente, anular el laudo arbitral anterior, por ejemplo, por errores en el procedimiento. Al respecto, González de Cossío (2009, pp. 61-62), explica lo siguiente:

La experiencia que, a la fecha, ha existido sobre la nulidad de laudos CIADI es interesante. Se comentará brevemente. Por principio de cuentas debe mencionarse que, de 268 casos existentes a la fecha en que se escriben estas líneas (enero de 2009), en 34 casos se ha solicitado la nulidad. De estos, 19 han concluido. Siete han sido exitosos (tres en los años ochenta y cuatro más recientes) y 12 han fracasado, han sido transigidos, descontinuados o no están publicados. El artículo 52 del Convenio CIADI se

mantuvo durmiente durante sus primeros 19 años.

Por ello, la primera ronda de casos que involucraron la nulidad de laudos CIADI en los años ochenta atrajo mucha atención. Los comités *ad hoc*, en los primeros 3 casos de nulidad (Klökner vs. Camerún; AMCO Asia vs. Indonesia; y MINE vs. Ginea), anularon en parte los laudos en cuestión. En cada uno de estos tres casos, las partes procedieron a someter sus controversias a un segundo tribunal arbitral y, en dos de ellos, se generó una segunda ronda de procedimientos de nulidad. En el caso Klökner vs. Camerún, la controversia surgió de contratos para el suministro para una fábrica de fertilizantes en Camerún.

Tanto el inversionista privado Klökner como el Gobierno de Camerún presentaron reclamaciones en el arbitraje, todas las cuales fueron rechazadas en 1983. Klökner solicitó la nulidad del laudo y, en 1985, el Comité *ad hoc* lo anuló en su totalidad, sosteniendo que el tribunal arbitral había excedido manifiestamente sus poderes al aplicar el derecho local.

El Comité *ad hoc* sostuvo que el tribunal arbitral había postulado; pero no demostrado, la aplicación de ciertos principios de derecho

francés. El Comité *ad hoc* también determinó que ciertas determinaciones del tribunal arbitral no podían ser explicadas. Con posterioridad a la nulidad, se inició un nuevo procedimiento. El nuevo tribunal arbitral emitió un segundo laudo que fue atacado por ambas partes. Aparentemente, el segundo Comité *ad hoc* rechazó las solicitudes de nulidad.

La presente propuesta en este ámbito es la siguiente: prohibir en forma expresa la acción de tutela contra laudos arbitrales CIADI, con miras a promover la inversión extranjera y garantizar la seguridad jurídica. En la doctrina nacional, no se encuentran desarrollos específicos en esta materia, luego de revisadas las fuentes locales. Ello se puede realizar por conducto de una reforma legislativa a la Ley 1563 de 2012, al margen de que lo relativo a controversias CIADI esté regulado por un tratado internacional.

6. Conclusiones y recomendaciones

Para concluir esta investigación, se puede establecer lo siguiente:

6.1. Conclusión central a la pregunta de investigación

La acción de tutela contra laudos arbitrales se debe suprimir porque es

un desdoblamiento o manifestación del modelo dualista del arbitraje, es una consecuencia del procesalismo extremo en el medio local; o, en su defecto, se deben reducir o restringir las posibilidades de instaurar acciones de tutela contra laudos arbitrales, por cuanto ello atenta contra la seguridad jurídica y el fortalecimiento de la inversión en Colombia. Esto implica reformas a la tutela y al régimen arbitral vigente. Dichas propuestas se concretan en el siguiente punto.

6.2. Conclusiones y recomendaciones específicas

El régimen arbitral está escindido en dos sistemas claramente definidos. Por un lado, el *régimen arbitral dualista*, que se caracteriza por regular en forma independiente el arbitraje nacional y el arbitraje internacional. Por otro lado, existe el denominado *régimen monista*, que regula en forma integral, armónica y unificada tanto el arbitraje nacional como el internacional.

El sistema colombiano es dualista; esto no sólo significa que la Ley 1563 de 2012 reguló dos sistemas, sino que ello implica que la regulación que se hizo sobre el proceso arbitral nacional es sumamente ritualista, les rinde culto a las formas y a los procedimientos, en contravía del derecho arbitral internacional, más flexible, más simple,

sencillo y eficaz.

La acción de tutela es, al parecer, una viva manifestación del procesalismo y, por ende, del régimen dualista en Colombia. Los autores de la presente investigación no se encuentran de acuerdo con la existencia de este tipo de acción contra los laudos arbitrales nacionales e internacionales; dado que se transgrede la seguridad jurídica y se atenta contra los principios del derecho arbitral.

La acción de tutela es una reiteración del ritualismo excesivo en el medio local, en la medida en que le permite alargar o prolongar a la parte vencida en el proceso arbitral el trámite del proceso, el resultado definitivo del litigio arbitral, en contravía de los costos de transacción. Es decir, con la acción de tutela contra laudos arbitrales se aumentan los costes de transacción para las partes. Más tiempo implica más inversión de dinero, de recursos para una empresa, lo cual no es racional y justo para los empresarios y los hombres de negocios.

La tutela se concibió como un mecanismo excepcional para proteger y garantizar los derechos fundamentales y el debido proceso; sin embargo, la excepción se ha convertido en la regla general, en el mecanismo al que, por lo regular, acuden los apoderados judiciales para debatir, para

controvertir la decisión de un laudo arbitral. Este tipo de actuación es inconveniente, inapropiada y atenta gravemente contra el derecho arbitral y, en particular, contra los principios y la doctrina del arbitraje internacional (doctrina monista).

Mediante la acción de tutela no se pueden revivir términos o etapas del proceso arbitral ni tampoco se puede entrar a examinar el fondo de la controversia. Se debe respetar el principio de la cosa juzgada.

La acción de tutela no procede en principio contra los laudos arbitrales CIADI; es decir, aquellas decisiones arbitrales que se profieren en el marco de los conflictos Estado-inversionista. Sin embargo, existe la posibilidad cuando el derecho aplicable al fondo del litigio es el ordenamiento jurídico colombiano; por ello, se mantiene firme la presente postura de que la acción de tutela contra laudos arbitrales se debe proscribir por entero o, en su caso, restringirla.

En el marco de las causales para instaurar acción de tutela, y de las causales para interponer recurso de anulación, es preciso considerar que aquellas se subsumen en estas, y no es necesaria la acción de tutela; puesto que sería repetir causales ya previstas en el recurso. Con todo, la tutela tan sólo se debe admitir en forma excepcional, y por violación manifiesta a los

derechos fundamentales en el arbitraje (Talero Rueda, 2022).

En lo que atañe específicamente al tema de competencia, se propone ampliar la competencia de los árbitros y de los asuntos arbitrales mediante la creación de un Centro Público de Arbitraje o Cámara Pública de Arbitraje con una lista nacional de árbitros para que los ciudadanos y toda la comunidad puedan acceder más fácilmente al arbitraje como modelo de justicia; a tarifas más asequibles, y sin necesidad de cláusula compromisoria o contrato de compromiso, sino por medio de solicitud o petición de parte, al igual que ocurre en la justicia ordinaria. De esta forma, se lograría una importante descongestión de la administración de justicia que, hasta ahora, ha sido difícil de lograr.

En lo atinente a la arbitrabilidad de los procesos ejecutivos; es decir, a la arbitrabilidad de las obligaciones claras, expresas y exigibles, es claro que el nuevo Estatuto no zanjó, en forma definitiva, la discusión jurídica subyacente en el medio concerniente a que los tribunales de arbitramento sí pueden conocer de esta clase de reclamaciones. Aquí se propone también ampliar la arbitrabilidad a asuntos de responsabilidad extracontractual, a asuntos de reparación directa en materia administrativa y a asuntos de derecho de familia en ma-

teria patrimonial, como la liquidación de la sociedad conyugal, siguiendo la legislación de Ontario, en Canadá. La anterior propuesta surge al revisar una de las causales de anulación y tutela como es la relativa al tema de la competencia de los árbitros o del tribunal de arbitraje. Es una propuesta teórica que no se ha debatido en la doctrina nacional, excepto la referente al pacto arbitral ejecutivo, que ya goza de amplia aceptación.

Por otra parte, si se inició el trámite del proceso ejecutivo, no obstante la existencia de un pacto arbitral, la parte demandada puede incoar una demanda arbitral y solicitarle al tribunal de arbitraje que le ordene a la justicia civil el envío del expediente, a fin de que esta asuma plena competencia del conflicto. Conforme al artículo 29 de la Ley 1563 de 2012, el tribunal de arbitraje tiene prevalencia sobre la justicia civil y administrativa.

Así mismo, conviene resaltar que, si el juez o el tribunal se niegan a enviar el expediente, o no prospera la excepción previa de falta de competencia por compromiso o cláusula arbitral en el proceso ejecutivo, el juez o magistrado incurre en vía de hecho, sin perjuicio de las acciones disciplinarias a que haya lugar.

En el defecto fáctico se insiste en que esta causal ya está subsumida o con-

tenida en las causales de anulación en materia probatoria. Aquí se propone abrir la posibilidad de presentar una prueba esencial, que sea determinante después de la etapa de alegatos, antes de que se profiera laudo arbitral. Igualmente, se plantea o se propone que, si no se puede presentar sino después del laudo arbitral, previa solicitud, se pueda presentar ante un árbitro *ad hoc* para que revise la prueba sin necesidad de interponer recurso de anulación y con el objeto de que el árbitro *ad hoc* resuelva el asunto en un término perentorio.

Se propone, asimismo, proscribir con una reforma legislativa la acción de tutela en el trámite de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, a fin de evitar más garantías o mecanismos procesales de oposición a la ejecución del laudo arbitral; dado que la parte interesada ya cuenta con las causales de la Ley 1563 de 2012 y de la Convención de Nueva York de 1958. Se plantea proscribir la tutela en forma expresa por vía legal. Además, se propone la supresión del trámite de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, a fin de que se puedan ejecutar en Colombia como si se tratara de una sentencia proferida por un juez de la República.

Por último, también se plantea proscribir o prohibir la acción de tutela contra laudos arbitrales CIADI, en los

que se haya escogido como derecho aplicable al fondo del litigio. Se propone una ley o norma en este sentido para que se proscriba en forma expresa y definitiva la tutela contra laudos arbitrales CIADI, con miras a brindarles seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros y, por supuesto, con el objeto de fortalecer la inversión en Colombia. Igualmente, se resalta que las propuestas que se efectúan no han sido planteadas por la doctrina nacional, previa revisión de las fuentes doctrinales a nivel nacional.

Referencias

- Alvarado Valenzuela, Y. (2014). *El recurso de anulación contra laudo arbitral: arbitraje nacional. Ley 1563 de 2012*. Universidad Militar Nueva Granada.
- Álvarez Estrada, J. (2010). Curso de anulación contra los laudos arbitrales en el derecho colombiano: un análisis de lo general a lo particular. *Revista Jurídica Erga Omnes*, 2(1), 77-101.
- Becerra Toro, R. (2007). *Manual de arbitraje en Colombia*. Cámara de Comercio de Cali.
- Bejarano Guzmán, R. (2016). *Los procesos declarativos*. Temis.
- Bejarano Guzmán, R. (2016). No haberse constituido el tribunal en legal forma. En R. Bejarano.
- Guzmán, A. P. Hernández Silva y P. Moreno Cruz. (Eds.). *Recurso de anulación de laudos arbitrales*. Universidad Externado de Colombia.
- Benetti Salgar, J. (2001). *El arbitraje en el derecho colombiano*. Temis.
- Bullard González, A. (Ed.). (2016). *El litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Palestra.
- Burgos de la Ossa, M. A. y Lozada Pimiento, N. (2009). La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión. *Revista International Law*, 15.
- Buriticá Loaiza, O. X. y Vesga Gaviria, I. E. (2003). *Repercusiones del fallo de anulación del laudo arbitral del caso Termorío para el arbitraje internacional en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Cabanellas de las Cuevas, G. (2005). *Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho privado*. Heliasta.
- Caivano, R. J. (2011). Las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos (negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje). En C. A. Soto Coaguila. (Dir.). *El convenio arbitral*, tomo I. Grupo Editorial Ibáñez-Instituto Peruano de Arbitraje.
- Caivano, R. J. (2012). *El arbitraje: nociones introductorias*. <http://www.derecho-comercial.com>
- Caivano, R. J. (2015). El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene.

- Revista del Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica*, 13, 13-39. FCJ y S. UNLP.
- Caivano, R. J. (2017). La sede del arbitraje. *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 14157, año LV, ed. 272.
- Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. *Cartilla del CAC*.
[https://www.ccb.org.co/Sala-de-prensa/Noticias-CCB/2021/Abril/El-Centro-de-Arbitraje-y-Conciliacion-de-la-CCB-caracterizo-los-conflictos-empresariales#:~:text=Seg%C3%BAAn%20las%20cifras%2C%20del%202015,e%20ingenier%C3%ADa%20privada%20\(185\)](https://www.ccb.org.co/Sala-de-prensa/Noticias-CCB/2021/Abril/El-Centro-de-Arbitraje-y-Conciliacion-de-la-CCB-caracterizo-los-conflictos-empresariales#:~:text=Seg%C3%BAAn%20las%20cifras%2C%20del%202015,e%20ingenier%C3%ADa%20privada%20(185))
- Chuquimia Zeballos, M. J. (2015). *Anulación del laudo arbitral. Motivos*. Universidad de Valencia.
- Conejero Roos, C. (2009). *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*. Legis.
- Correa Ángel, D. (2008). El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral. *REVISTA e-Mercatoria*, 7(2).
- Correa Henao, N. R. y Botero Sanclemente, A. M. (2004). *Arbitraje internacional* (2.ª ed.). Cámara de Comercio de Bogotá.
- De Martín Muñoz, A. y Hierro Anibarro, S. (2006). *Comentario a la ley de arbitraje*. Editorial Marcial Pons.
- De Vega Pinzón, G. (2018). La acción de tutela contra laudos arbitrales. Breve análisis a partir de la jurisprudencia constitucional. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 1.
- Durán Reinoso, A. S. (2017). *La renuncia al recurso de anulación del laudo arbitral aceptado en América Latina: un estudio del caso colombiano*. Universidad Católica de Colombia.
- Etcheverry, R. A. y Etcheverry, A. M. (2010). El arbitraje y otros medios alternativos de solución de conflictos. En R. A. Etcheverry y E. I. Highton. (Dir.). *Resolución alternativa de conflictos*, tomo I. Arbitraje. Editorial Hammurabi.
- Etell Rapallini, L. (2012). La empresa y el arbitraje online en el comercio internacional. *Revista Anales*, 42. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP.
- Fernández de la Gándara, L. y Calvo Caravaca, A-L. (1995). *Derecho mercantil internacional*. Editorial Tecnos.
- Fernández Rozas, J. C. (2008). *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*. Editorial IUSTEL.
- Gaillard, E. y Fernández Arroyo, D. P. (Dir.). (2013). *Cuestiones claves del arbitraje internacional*. Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP).

- Garrigues J. (1987). *Derecho mercantil*, tomo I. Temis.
- Gaviria Gil, J. A. (2014). *Comentarios sobre las nuevas normas colombianas en materia de arbitraje internacional*.
- Gaviria, J. A. y Londoño, N. R. (2019). El conflicto entre la acción de tutela colombiana y la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. En A. M. López Rodríguez y K. Fach Gómez. (Eds.). *Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y Latinoamérica*. Tiran lo Blanch.
- Gedwillo, I. N. (2009). Los laudos dictados bajo la Convención del CIADI. *Revista Foro de Derecho Mercantil*, 22. Legis.
- Gil Botero, E. (2013). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Temis.
- Gil Echeverry, J. H. (2017). *Régimen arbitral colombiano*, tomos I y II. Grupo Editorial Ibáñez.
- González de Cossío, F. (2009). *Arbitraje de inversión*. Editorial Porrúa.
- González de Cossío, F. (2010). *El arbitraje como solución al dilema de las obras de infraestructura*. <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRAJE%20Y%20OBRAS%20DE%20INFRAESTRUCTURA.pdf>
- González de Cossío, F. (2014). *Arbitraje*. Editorial Porrúa.
- Gonzalo Quiroga, M. (2001). *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*. Universidad Complutense de Madrid.
- Herdegen, M. (1998). *Derecho económico internacional* (2.ª ed.). Biblioteca Jurídica Diké- Konrad Adenauer Stiftung-Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano.
- Herrera Mercado, H. (2014). *La impugnación de los laudos arbitrales. Análisis legal y jurisprudencial*. Universidad del Rosario-Cámara de Comercio de Bogotá-Legis Ediciones.
- Ibáñez Nájjar, J. E. (2009). *Acción de tutela contra laudos arbitrales*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Jiménez Ramírez, M. C. (2016). Procedencia de la acción de tutela contra sentencias: una aproximación a la jurisprudencia constitucional. *Revista Academia & Derecho*, 5. Universidad Libre.
- Kuhn, T. S. (1971). *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica.
- Ley 1563 de 2012. (2012, 12 de julio). Congreso de Colombia. Diario Oficial 48489 de julio 12 de 2012.
- Londoño, E. R. y Ortiz, G. (2011). *Los laudos arbitrales como sentencias judiciales frente a la acción de tutela en Colombia. Análisis jurisprudencial, legal y doctrinal de la acción de tutela contra laudos arbitrales en Colombia*. Universidad ICESI.
- López Blanco, H. F. (2013). *El proceso arbitral nacional*. Editorial Dupré.

- López Blanco, H. F. (2016). *Código General del Proceso. Parte general*. Editorial Dupré.
- López Blanco, H. F. (2018). *Código General del Proceso. Parte especial*. Editorial Dupré.
- López Guzmán, F. (2007). *Introducción al derecho mercantil*. Temis.
- López Guzmán, F. (2018). *El proceso arbitral en el derecho contemporáneo*. Ediciones Doctrina y Ley.
- López Guzmán, F. (2021). *Arbitraje en el derecho colombiano*, tomos I y II. Grupo Editorial Ibáñez.
- Lozada Pimiento, N. y Sánchez Quiñones, J. D. (2020). La resolución electrónica de conflictos en Colombia: la esperanza de la justicia. En Autores Varios. *Desafíos del arbitraje internacional*. Tirant lo Blanch.
- Mantilla Serrano, F. (1997). La libertad de las partes para determinar el procedimiento arbitral. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, 8, 1-18.
- Medina Vergara, J. (2018). *Derecho comercial. Parte general*. Temis.
- Merino Merchán, J. F. y Chillón Medina, J. M. (2006). *Tratado de derecho arbitral* (3.ª ed.). Thomson-Civitas.
- Miranda Contreras, C. O. (2013). Análisis económico de la acción de tutela contra laudos arbitrales en Colombia. *Revista de Derecho y Economía*, 40, 87-94.
- Monroy Cabra, M. G. (2016). *Arbitraje comercial nacional e internacional* (3.ª ed.). Ediciones Librería del Profesional.
- Moreno Rodríguez, J. A. (2010). *Contratación y arbitraje. Contribuciones recientes*. CEDEP.
- Otero Garzón, H. y Lozada Pimiento, N. (2017). Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales en Colombia ¡Adiós al exequátur! En H. Herrera Mercado y F. Mantilla Espinosa. (Dir.). *La práctica del litigio arbitral*, tomo II, Vol. I, Aspectos contractuales. Cámara de Comercio de Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez.
- Otero Garzón, H. y Lozada Pimiento, N. (2019). Los reglamentos institucionales de arbitraje comercial internacional en la solución de controversias inversionista-Estado. En A. Fuentes Hernández. (Dir.). *Tratados internacionales y el arbitraje de inversión: experiencias de Colombia y del derecho comparado*, tomo IV. Cámara de Comercio de Bogotá-Grupo Editorial Ibáñez.
- Oviedo Albán, J. (2018). El pacto de ley aplicable en el arbitraje comercial internacional. *Revista Ámbito Jurídico*. Legis.
- Paz Russi, C. A. (2013). *Análisis al proceso arbitral. Ley 1563 de 2012*. Universidad San Buenaventura.
- Porras, E. (2008). Acciones de tutela contra sentencias judiciales. *Revista Derecho y Realidad*, 11. Universidad

- Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC.
- Poveda Cubillos, G. (2017). Tutela contra laudo arbitral: una controversia sin fin. *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, 31.
- Quinche Ramírez, M. F. (2010). *Derecho constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. Ediciones Doctrina y Ley.
- Quinche Ramírez, M. F. (2014). *El precedente judicial y sus reglas*. Universidad del Rosario, Legis Ediciones.
- Quinche Ramírez, M. F. (2017). *La acción de tutela. El amparo en Colombia*. Temis.
- Quiroga Natale, É. A. (2014). *Tutela contra providencias judiciales: aproximación al estudio de las causales genéricas y específicas de procedibilidad*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Ramírez Gómez, J. F. (2018). *La leyenda urbana sobre la ejecutoria del laudo*. Cámara Colombiana de Arbitraje. <http://ccacolombia.org/files/CBW-Q49vWvPUftcEJ9x6mvSev2FCcjk-VsQhz8Zr8S.pdf>
- Ravassa Moreno, G. J. (2004). *Derecho mercantil internacional* (2.ª ed.). Ediciones Doctrina y Ley.
- Rey Vallejo, A. P. (2014). Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: un análisis de las normativas de arbitraje doméstico en Colombia y en el hemisferio. *Revista Universitas*, 128, 245-284.
- Riachi Sanabria, J. F. (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.
- Rivera García, C. (2011). *Arbitraje: comentarios prácticos para la empresa*. Grupo Difusión.
- Rodríguez Mejía, M. (2012). Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012. *Revista de Derecho Privado*, 23. Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez Mejía, M. (2013). *Medidas cautelares en el proceso arbitral*. Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez Roblero, M. I. (2010). *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*. Universidad Complutense de Madrid.
- Salmón, E. y Blanco, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sánchez Lorenzo, S. (2020). Derecho aplicable al fondo de la controversia. En S. A. Sánchez Lorenzo. *Arbitraje comercial internacional. Un estudio de derecho comparado*. Thomson Reuters-Civitas.
- Santos, B. de S. (1998). *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*. Siglo del Hombre Editores,

- Ediciones Uniandes, Universidad de los Andes.
- Sarmiento Cristancho, D. R. (2014). *Arbitraje en la industria petrolera, arbitraje internacional, orden público, contratos petroleros*.
- Sentencia C-208/93. (1993). Corte Constitucional (Hernando Herrera Vergara, M. P.).
- Sentencia C-451. (1995, 4 de octubre). Corte Constitucional (Eduardo Cifuentes Muñoz, M. P.).
- Sentencia C-543/96. (1996, 16 de octubre). Corte Constitucional (Carlos Gaviria Díaz, M. P.).
- Sentencia C-597/96. (1996). Corte Constitucional (Alejandro Martínez Caballero, M. P.).
- Sentencia C-242. (1997, 20 de mayo). Corte Constitucional (Hernando Herrera Vergara, M. P.).
- Sentencia C-III/00. (2000). Corte Constitucional (Álvaro Tafur Galvis, M. P.).
- Sentencia C-392/00. (2000). Corte Constitucional (Antonio Barrera Carbonell, M. P.).
- Sentencia C-429-01. (2001). Corte Constitucional (Jaime Araujo Rentería, M. P.).
- Sentencia del 24 de mayo de 2006. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera. Expediente 34.024.
- Sentencia SU-174/07. (2007, 14 de marzo). Corte Constitucional (Manuel José Cepeda, M. P.).
- Sentencia T-244. (2007, 30 de marzo). Corte Constitucional (Humberto Sierra Porto, M. P.).
- Sentencia T-058. (2009). Corte Constitucional (Jaime Araujo Rentería, M. P.).
- Sentencia C-446. (2011, 9 de junio). Corte Constitucional (Jorge Iván Palacio Palacio, M. P.).
- Sentencia de Tutela T-466. (2011). Instaurada por el Municipio de Turbo contra el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias entre Conhydra, S. A., ESP, el municipio de Turbo y Aguas de Urabá, S. A., ESP
- Sentencia del 17 de septiembre de 2013. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.
- Sentencia del 9 de mayo de 2017. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. SC6315-2017.
- Radicación n.º 11001-31-03-019-2008-00247-01.
- Sentencia T-873. (2020, 11 de julio). Corte Constitucional (Eduardo Cifuentes Muñoz, M. P.). Silva Romero, E. (2003, 28 de abril). La sede del arbitraje comercial internacional: la perspectiva de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional [Conferencia]. *Primera Jornada Uruguaya de Arbitraje*, Punta del Este, Uruguay.

- Sommer, C. (2016). *Laudos arbitrales del CIADI. Reconocimiento y ejecución*. Editorial Astrea.
- Talero Rueda, S. (2008). *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*. Temis.
- Talero Rueda, S. (2009, 7 de mayo). La tutela contra el laudo arbitral del caso ETB. *El Tiempo*.
- Talero Rueda, S. (2022). *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable* (2.ª ed.). Tiran Lo Blanch.
- Tamayo Jaramillo, J. (2013). *La decisión judicial. Naturaleza, hermenéutica y aplicación del derecho*, tomo I. Biblioteca Jurídica Diké.
- Toledo Álvarez, C. (2003). *Arbitraje comercial internacional. Características y principios*.
- Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Internacional.
- Vásquez Palma, M.F. (2017). *Contratación y arbitraje internacional. Temas relevantes*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Vega Millán, J. D. (2012). Recursos extraordinarios contra los laudos arbitrales en Colombia. *Revista DIXI*, 14(15).
- Wills-Valderrama, S. (2011). Protección a la inversión extranjera en infraestructura por medio de acuerdos internacionales de inversión: un nuevo reto para Colombia. *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.* ildí, 19, 17-38.
- Zipaquirá Beltrán, M. A. (2018). *Vulneración del principio de autonomía de la voluntad en la anulación de los laudos arbitrales nacionales*. Universidad Católica de Colombia.
- Zuleta Jaramillo, E. y Tawil, G. (2008). Introducción. Historia de la Convención de Nueva York. En G. S. Tawil y E. Zuleta. *El arbitraje comercial internacional*. Abeledo-Perrot.