

## **EL CONFLICTO ENTRE LA ACCIÓN DE TUTELA COLOMBIANA Y LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS**

Trabajo publicado como capítulo de libro en la obra colectiva Katia Fach Gómez y Ana Mercedes López Rodríguez (editoras), Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en España y en Latinoamérica, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019.

Juan Antonio Gaviria<sup>1</sup>

Néstor Raúl Londoño<sup>2</sup>

Términos clave: Acción de tutela, Anulación, Arbitraje internacional, Constitución, Convención de Nueva York, Exequatur, Laudo arbitral.

Resumen: Sesenta años después de su firma, el aporte de la Convención de Nueva York al arbitraje internacional es innegable, no siendo Colombia ajena a este éxito. Con todo, la denominada acción constitucional de tutela, consagrada para la protección de derechos fundamentales, se ha convertido en un serio obstáculo para el avance del arbitraje internacional en Colombia, toda vez que tal recurso puede terminar siendo el equivalente funcional de un recurso de nulidad, de una decisión de segunda instancia que revisa los méritos del caso, o una instancia adicional a aquella en la que cual otro juez colombiano otorga o deniega el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero en Colombia. Existe, pues, una tensión innegable entre los principios y el texto de la Convención de Nueva York y la jurisprudencia constitucional colombiana. Este artículo considera que la mejor solución a este conflicto es la limitación del recurso de tutela contra laudos arbitrales proferidos en Colombia y contra sentencias que resuelvan un recurso de anulación contra el laudo o que revisen una previa sentencia que ha decidido acerca del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero en Colombia.

### **I. Introducción**

Si bien la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (“CNY”) está vigente en Colombia desde 1979, su desarrollo en este país durante la década siguiente fue incipiente debido a la poca internacionalización de la economía colombiana y a ciertas normas y jurisprudencia poco propicias para el arbitraje. A pesar de que estos factores económicos y jurídicos se han atenuado desde la década final del siglo XX, un nuevo obstáculo para el arbitraje comercial internacional en Colombia ha surgido: la tutela contra laudos arbitrales o contra sentencias relacionadas con el arbitraje.

---

<sup>1</sup> Juan Antonio Gaviria, abogado Universidad Pontificia Bolivariana - UPB, Doctor en Derecho, American University, the WCL, Profesor Titular e Investigador, Miembro del GRID Grupo de Investigación en Derecho de la UPB. Se eliminó esto porque irá en otro aparte del texto. Ver archivo en Word anexo.

<sup>2</sup> Néstor Raúl Londoño, abogado Universidad Pontificia Bolivariana, Doctor en Derecho, Universidad de Zaragoza, Profesor Asesociado e Investigador, Miembro del GRID Grupo de Investigación en Derecho de la UPB.

En cuanto a las tutelas contra laudos, y desde que la Constitución Política de 1991 las permitió, estas se han utilizado para revisar el contenido de ciertas decisiones arbitrales, dilatando el tránsito a cosa juzgada y frustrando la intención de las partes en pactos arbitrales de que sean expertos y no jueces los que resuelvan sus controversias. Y en relación con las tutelas contra sentencias relacionadas con el arbitraje, y si bien su ocurrencia todavía es más hipotética que real, existe el riesgo de que estas terminen siendo una instancia adicional a un proceso de exequatur de un laudo arbitral extranjero y que de esa manera se contraría el artículo V de la CNY que impide a sus países miembros agregar causales para negar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.

El presente artículo, luego de resumir en la primera sección el desarrollo en Colombia de la acción de tutela en materia arbitral, explica en la segunda sección las razones por las que existe el conflicto entre tutela y arbitraje internacional para, en la tercera sección, proponer un curso de acción que mitigue dicho conflicto en Colombia. La cuarta y última sección concluye.

## II. La acción de tutela y el arbitraje en Colombia

Aunque la CNY ha estado vigente en Colombia desde 1979,<sup>3</sup> su aplicación durante los años subsiguientes fue muy limitada debido, principalmente, a que el comercio internacional era solo una mínima parte del producto interno bruto.<sup>4</sup> Consecuentemente, los contratos entre compañías colombianas y extranjeras y, todavía más, las controversias internacionales entre estas eran prácticamente inexistentes. La denominada apertura económica que inició en 1990 durante la presidencia de César Gaviria y que implicó el desmantelamiento de la mayoría de barreras al comercio exterior permitió superar el impedimento económico para el arbitraje internacional; no obstante, esta liberalización comercial también hizo que los obstáculos jurídicos, hasta entonces latentes, se hicieran visibles. Dichos obstáculos consistían en el artículo 694 del ya derogado Código de Procedimiento Civil que establecía causales para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero adicionales a las del artículo V de la CNY así como en cierta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional que interpretaba la causal de orden público del artículo V(2)(b) de la CNY en forma amplia.<sup>5</sup>

Estos obstáculos se redujeron significativamente en los últimos años debido a la promulgación de un estatuto arbitral (Ley 1563 de 2012) más amigable al arbitraje que las reglas que lo antecedieron (Decreto 1818 de 1998)<sup>6</sup>; la promulgación de un nuevo código procesal (Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso), que a diferencia del anterior

---

<sup>3</sup> La CNY, ratificada mediante la Ley 37 de 1979, entró en vigor el 24 de diciembre de dicho año. Aunque la Corte Suprema de Justicia sostuvo en 1988 que tal ley era contraria a la Constitución Política de 1886, la Ley 39 de 1990 subsanó los problemas de constitucionalidad en la ratificación original de la Convención.

<sup>4</sup> Vid, e.g., M. Cárdenas, *Introducción a la Economía Colombiana*, Tercera edición, Alfaomega, Bogotá, 2014.

<sup>5</sup> Vid. Sentencia C-347 de 1997 (“si bien pueden los árbitros aplicar una legislación extranjera, no podrán quebrantar normas de orden público vigentes en Colombia, excepto las de procedimiento.”). Obtenida de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-347-97.htm>

<sup>6</sup> Vid. Juan Antonio Gaviria., “Comentarios sobre las nuevas normas colombianas en materia de arbitraje internacional”, *Revista De Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia*, N. 24, 2013, p. 259-281.

código no incluyó causales adicionales a las del artículo V de la CNY; así como a una nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia según la cual la causal de orden público para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero solo es aplicable cuando este es manifiestamente contrario a los principios del derecho colombiano, tales como el deber de buena fe, pero no cuando dicho laudo omitiese la aplicación de una norma imperativa colombiana al basarse, por ejemplo, en las normas de otro país.<sup>7</sup>

Infortunadamente, y a la par que tales obstáculos desaparecían o al menos se atenuaban, surgió una nueva némesis para el arbitraje: la acción de tutela. Mediante una tutela, y de conformidad con el artículo 86 de la Constitución colombiana, cualquier persona puede solicitar ante un juez la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando una autoridad los vulnere. Aunque la Constitución colombiana consagró a la tutela como una acción excepcional, su espectro se amplió rápidamente llevando a aceptarse, desde hace ya muchos años y de forma pacífica, que tal acción es procedente contra sentencias, incluso aquellas proferidas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.<sup>8</sup> Bajo la premisa de que las decisiones arbitrales son equivalentes a una sentencia judicial, la jurisprudencia constitucional también ha aceptado y sin mayores reparos la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales,<sup>9</sup> siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:<sup>10</sup>(i) la relevancia constitucional de los problemas jurídicos del caso; (ii) que el tutelante carezca de otra acción, sin que el recurso de nulidad se considere como tal;<sup>11</sup> (iii) la inmediatez, i.e., el tiempo transcurrido entre el laudo y la fecha en que la tutela se radica debe ser corto; (iv) que el laudo contenga un error que impacta la decisión arbitral; y (v) que el demandante identifique debidamente los hechos que implican el incumplimiento de uno o más derechos fundamentales.<sup>12</sup>

El error que impacta la decisión arbitral debe consistir en uno de los defectos enumerados por la Tabla 1.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Vid. Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala. Civ., julio 27, 2011, M.P. Ruth Marina Díaz, Expediente 11001-0203-000-2007-01956-00, Gaceta Judicial [G.J.] (Colom.). Obtenida de: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Colombia%20-%20Petrotesting%20Colombia%20SA%20&%20Southeast%20Investment%20Corp%20\(Petrotesting\)%20v%20Ross%20Energy%20SA.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Colombia%20-%20Petrotesting%20Colombia%20SA%20&%20Southeast%20Investment%20Corp%20(Petrotesting)%20v%20Ross%20Energy%20SA.pdf)

<sup>8</sup> Vid., e.g., Sentencias C-543/1992, C-590 de 2005, T-492/1992 y T-518/1995. Disponibles en: [www.corteconstitucional.gov.co/](http://www.corteconstitucional.gov.co/)

<sup>9</sup> Vid., e.g., Sentencias C-242/1997, C-590/2005 y T-244/2007. Disponibles en: [www.corteconstitucional.gov.co/](http://www.corteconstitucional.gov.co/)

<sup>10</sup> Para el caso poco frecuente de una tutela negada por no cumplirse alguno de estos requisitos *vid.* Sentencia SU-033 de 2018.

<sup>11</sup> Vid. Sentencia SU-500/2015 (“No tendría sentido exigir la presentación y decisión previa del recurso de anulación para aceptar la procedencia de una acción de tutela interpuesta por argumentos que no se enmarcan dentro de las causales de anulación de laudos arbitrales.”)

<sup>12</sup> Vid., e.g., Sentencias SU-556/2016 y SU-174/2007.

<sup>13</sup> Vid., e.g., Sentencia T-466/2011.

Tabla 1: Defectos constitucionales de los laudos.

DEFECTO	EXPLICACIÓN
Sustantivo	EL Tribunal aplicó la norma incorrecta, la motivación no existe o es irrazonable, o el laudo desconoce jurisprudencia <i>erga omnes</i> .
Orgánico	El Tribunal no tenía competencia para actuar.
Procedimental	El laudo contraría normas procesales vulnerando el debido proceso.
Fáctico	El Tribunal admitió y valoró pruebas no relevantes, omitió valorar evidencia determinante o interpretó las pruebas de manera irrazonable.

Dada la delimitación genérica de estos conceptos, es muy difícil para un juez constitucional determinar si tales defectos existen o no sin revisar los méritos de un laudo.<sup>14</sup> En tal sentido, son aplicables a la tutela las palabras del tratadista Julio César Rivera en relación con el recurso extraordinario federal que en Argentina puede interponerse contra los denominados laudos arbitrarios: “todas estas hipótesis de ‘sentencia arbitraria’ permitirían una amplísima revisión del fondo del asunto. Es que la doctrina de la “arbitrariedad” aplicada al laudo otorgaría a los tribunales judiciales la facultad de revisar el fondo de lo resuelto, en clara violación a lo acordado por las partes.” Dos magistrados de la Corte Suprema de Argentina concuerdan con la anterior apreciación al sostener que “no es posible negar la revisibilidad de los laudos arbitrales y, a la vez, afirmar que puede revisarse su arbitrariedad sin caer en flagrante contradicción.”<sup>15</sup>

Para mayor gravedad, el análisis realizado en las tutelas suele reflejar diferencias de criterio jurídico entre algunos magistrados y los árbitros pero no la existencia de graves errores en el respectivo laudo,<sup>16</sup> tal como lo comprueban los frecuentes salvamentos de voto,<sup>17</sup> sirviendo como ilustración el de la magistrada Clara Elena Reales Gutiérrez en la Sentencia T-058 de 2009:

“Entiendo que, como la mayoría de problemas jurídicos, es posible sustentar que los fundamentos del tribunal son equivocados ... Obsérvese que el fundamento de la decisión de tutela es en realidad una diferencia de criterio acerca de si la etapa del CMI excluye a la etapa arbitral. Pero en la sentencia no se refutan los argumentos del laudo. No se indica la razón por la cual su interpretación del contrato es equivocada o arbitraria. Tampoco se contradice el análisis probatorio que estableció que en realidad dicha etapa sí se había agotado. El análisis realizado en la sentencia se dirige a mostrar la manera como el magistrado hubiera solucionado el problema.”

<sup>14</sup> Vid. Julio César Rivera, , “La revisión judicial del laudo arbitral en Argentina: aspectos constitucionales”, *Revista Arbitraje PUCP* N. 4, 2014, p. 175-181. Vid. generalmente Gary Born, *International Commercial Arbitration* Vol. III, Segunda edición, Wolters Kluwer, Londres, 2014, p. 3186.

<sup>15</sup> Véase el salvamento de voto de los jueces Fayt y Petracchi en el caso Meller Comunicaciones S.A. U.T.E. v. Empresa Nacional de Telecomunicaciones decidido por la Corte Suprema de Argentina el 5 de noviembre de 2002.

<sup>16</sup> Como ejemplos, *vid* cualquiera de las sentencias referenciadas en la Tabla 2.

<sup>17</sup> *Vid.*, e.g., Sentencias SU-500/15 y T-058/09.

Además de la prácticamente inevitable revisión del contenido de un laudo, un segundo efecto negativo de la tutela contra providencias arbitrales es la dilación en la resolución de las controversias, como lo muestra la Tabla 2 para los casos más relevantes.

Tabla 2: Duración procesos arbitrales sometidos a tutela.

SENTENCIA	FECHA LAUDO	DECISIÓN NULIDAD TUTELA	DECISIÓN	TOTAL DÍAS
T-570/94	18 mayo 1992	7 diciembre 1994	No anula	933
T-972/07	6 marzo 2007	15 noviembre 2007	No anula	254
T-058/09	2 febrero 2009	7 noviembre 2007	Anula	453
T-904/09	15 diciembre 2006	7 diciembre 2009	No anula	1.088
T-790/10	2 octubre 2007	1 octubre 2010	Anula	1.095
T-466/11	13 febrero 2008	9 junio 2011	Anula	1.212
SU-500/15	2 julio 2010	6 agosto 2015	No anula	1.861
SU-556/16	12 noviembre 2014	13 octubre 2016	Anula	701
T-430/16	3 diciembre 2010	15 febrero 2017	No anula	2.266
<b>Promedio</b>		<b>3.00 años</b>		<b>1.095</b>

Una rápida solución es una de las razones por las que las partes de una controversia actual o eventual deciden acudir al arbitraje y asumir sus costos. Pero, como lo muestra la Tabla 2, las partes de un arbitraje en Colombia pueden terminar en el peor de los mundos, asumiendo los costos propios de este método de solución de controversias y teniendo que esperar la duración del proceso arbitral más otros tres años en promedio para que se profiera una sentencia que haga tránsito a cosa juzgada. Esta larga duración tiene tres agravantes. Para empezar, el procedimiento de tutela suele incluir cuatro instancias: primera, apelación, y eventual revisión por parte de una sala de tres magistrados de la Corte Constitucional, contra cuya decisión todavía podría interponerse un recurso de nulidad ante la sala plena de esta corporación).

Segundo, mientras más instancias tiene un proceso, o mientras más largo es, mayores sus costos, con la consiguiente desventaja para quien menos recursos financieros tiene. Al fin y al cabo, y si bien quienes firman un pacto arbitral aceptan asumir sus costos, la empresa grande, pero no la pequeña, tiene el músculo financiero para sufragar los gastos de un litigio híbrido, que combina arbitraje con tutela, o para esperar hasta que una determinada indemnización a su favor haga tránsito a cosa juzgada.

Tercero, una tutela que confirma un laudo termina definitivamente la controversia, pero un fallo que anula una sentencia arbitral obliga a las partes a empezar de cero con la convocatoria de un nuevo tribunal arbitral. Además de que ello implicaría, cuando menos, otro año de litigio y el pago de honorarios a un nuevo grupo de árbitros (los anteriores no están obligados a devolver los dineros recibidos),<sup>18</sup> la decisión en sede de tutela influirá en la forma como los nuevos árbitros resolverán los problemas jurídicos que tienen ante sí. En efecto, si dichos árbitros resuelven tales problemas de manera similar al primer tribunal, el

<sup>18</sup> Cfr. el cuarto inciso del artículo 48 de la Ley 1563 de 2012, no aplicable para las tutelas.

laudo podría ser nuevamente anulado. Por ello, y muy probablemente, los árbitros terminarán resolviendo el caso según las directrices de la sentencia de tutela o, en otras palabras, como la Corte Constitucional lo hubiera resuelto. Esto reitera que la tutela sí implica una revisión de méritos.

Los anteriores efectos nocivos son tanto para arbitrajes domésticos como internacionales. Para estos últimos, la siguiente sección muestra como la tutela tiene un efecto negativo adicional, el de contrariar la CNY.

### **III. El conflicto entre la acción de tutela en materia arbitral y la Convención de Nueva York**

#### ***3.1 Tutelas contra sentencias que deciden sobre la ejecución y reconocimiento de un laudo arbitral extranjero***

Es pacíficamente aceptado que el principal propósito de la CNY fue estimular la circulación geográfica de laudos mediante el señalamiento, en su artículo V, de causales máximas para negar el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, pudiendo las leyes nacionales flexibilizar pero no hacer más estrictos tales requisitos.<sup>19</sup>

Pues bien, tal propósito podría ser vulnerado por una sentencia de tutela interpuesta contra una sentencia de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado que haya decidido sobre el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero en el procedimiento comúnmente conocido como exequatur. Antes de explicar el porqué de esta afirmación, recuérdese que, en virtud del artículo 113 de la Ley 1563 de 2012, una sentencia que resuelve sobre un exequatur no es susceptible de apelación, pero sí de tutela, de conformidad con las normas superiores de la Constitución Política. De hecho, aunque todavía no hay tutelas contra sentencias que otorgan o niegan el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero, sí existe un caso en el que se interpuso, sin éxito, una tutela contra una decisión de la Corte Suprema de Justicia que otorgó el reconocimiento y ejecución de una sentencia de la Alta Corte de Justicia, División del Despacho de la Reina, Tribunal Comercial de Inglaterra (Sentencia T-716 de 1996 confirmada por el Auto 037 de 1997, en el que tres de nueve magistrados salvaron su voto).

Que no se hayan presentado no es equivalente a que en el futuro no haya tutelas contra sentencias sobre exequatur. En particular, como lo muestra la Tabla 3, cuatro escenarios se podrían presentar.

Tabla 3: Posibles tutelas en procesos de exequatur.

DECISIÓN ORIGINAL	TUTELA	RESULTADO FINAL	ESCENARIO
-------------------	--------	-----------------	-----------

<sup>19</sup> Vid. Emmanuel Gaillard y George A. Bermann (ed.), *Guide on the Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards*. Uncitral Secretariat, Leiden, 2017, p. 133-34. Vid. también *Dowans Holdings S.A. v. Tanzania Electric Supply Co. Ltd.*, High Court of Justice, England and Wales, 27 July 2011, 2010 Folio 1539 (“[i]t is common ground that the intention of the New York Convention was to make enforcement of a Convention award more straightforward.”).

Concede el exequatur	Confirma	Concede el exequatur	I
	Revoca	Niega el exequatur	II
Niega el exequatur	Confirma	Niega el exequatur	III
	Revoca	Confirma el exequatur	IV

El primer efecto negativo y obvio de una tutela contra una sentencia sobre exequatur es la dilación de este proceso, que pasa de tener una instancia a dos (o realmente a cinco porque, como se indicó en la sección I, la tutela puede llegar a tener hasta cuatro instancias). Tal dilación se da, por supuesto, para los cuatro escenarios.

Para el escenario II, en particular, una tutela contra un exequatur ir en contra de los propósitos de la CNY de facilitar la circulación de laudos; al fin y al cabo, si la tutela no hubiera existido, el laudo extranjero habría podido ingresar a Colombia. Alguien podría optimistamente pensar que tal efecto se compensaría con el escenario IV, bajo el cual un laudo extranjero aprovecharía la segunda oportunidad de obtener un visado. Con todo, y al menos teóricamente, es más probable que razones constitucionales se utilicen para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero cuyo exequatur había sido previamente otorgado que viceversa.

Como ya lo indicó el párrafo anterior, la decisión inicial cambiaría tanto en el escenario II como en el IV. Tal modificación pareciera no tener sentido bajo el supuesto de que la primera instancia, que es en sí una alta corte, tiene la suficiente capacidad de proteger los derechos constitucionales de las partes. La propia Corte Constitucional ha reconocido lo anterior, en Sentencia C-347 de 1997, al afirmar (énfasis de los autores): “Observa la Corte que el laudo que profiera el tribunal internacional debe someterse al procedimiento del exequatur, *procedimiento que garantiza el respeto al ordenamiento jurídico nacional*”.

Una razón adicional por la cual la tutela no debería tener un sentido diferente al de la sentencia original consiste en que, como se explicará en más detalle en la Sección 3.3., los argumentos constitucionales podrían coincidir con algunas causales del artículo V de la CNY, como el V(1)(b) de la CNY sobre vulneraciones al debido proceso o el V(2)(b) sobre orden público. Así pues, si la decisión de la Corte Constitucional y la del juez del exequatur no coinciden, ello podría suceder no porque este último haya dejado de tener en cuenta factores constitucionales sino por una diferencia de criterio entre los dos tribunales.

Con todo, también existe la inquietante posibilidad de que el juez de tutela exija que el laudo extranjero cumpla con causales adicionales a las del artículo V de la CNY y basadas en determinadas normas de la Constitución Política o en la interpretación que de ellas hacen los magistrados de turno de la Corte Constitucional. Es de esperarse que este riesgo, no exclusivo de Colombia y que no ha recibido aún la atención que requiere por parte de la literatura legal,<sup>20</sup> no se materialice, sobre todo teniendo en cuenta que Colombia no hizo

---

<sup>20</sup> Vid. Karsten Nowrot “Constitutionalizing the 1958 New York Convention from Below by other Means?: The Relevance of Respondent States’ Domestic Constitutional Law in the Enforcement of Investment Awards”, Ponencia de la Conferencia Internacional sobre los 60 años de la Convención de Nueva York de 1958 sobre ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras que tuvo lugar en Sevilla, España, los días 5 y 6 de abril de

ninguna reserva constitucional al ratificar la CNY, como sí que fue el caso de Argentina, que el 14 de marzo de 1989 hizo la siguiente declaración: “La Convención se interpretará de acuerdo con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente y de aquellos que resulten de la modificación hecha en virtud de la Constitución.”<sup>21</sup>

### ***3.2 Tutelas contra sentencias que deciden sobre la anulación de un laudo arbitral***

Un segundo escenario de conflicto con la CNY es el proveniente de las tutelas contra sentencias que deciden si anular o no un determinado laudo arbitral internacional, con base en las causales taxativas del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012.<sup>22</sup>

Es verdad que en este punto el conflicto entre la tutela y la CNY es menos notorio que en el caso analizado en la Sección 3.1 con relación a las tutelas contra sentencias de exequatur o incluso que en el caso que se discutirá en la Sección 3.3 sobre tutelas contra laudos de arbitraje internacional. Al fin y al cabo, la CNY solo incluye referencias aisladas a la anulación de un laudo arbitral extranjero y ello lo hace no para señalar las causales sino para fines de su posible ejecución y reconocimiento en otro país.<sup>23</sup>

Pero que el conflicto sea más tenue no implica su inexistencia. Así, en este caso no hay conflicto con el texto expreso de la CNY, pero sí con su esencia. Antes de explicar el porqué de dicha premisa, téngase en cuenta que en relación con una tutela contra una sentencia que decide sobre la nulidad de un laudo arbitral existen cuatro escenarios, de manera similar a los que la Tabla 3 indicó: (i) el laudo se anula, y la tutela confirma; (ii) el laudo se anula, y la tutela revoca, con lo cual el laudo revive; (iii) el laudo no se anula y la tutela confirma; y (iv) el laudo no se anula y la tutela revoca, con lo cual el laudo queda anulado.

Para cualquiera de estos cuatro escenarios, una sentencia de tutela contra aquella que resuelve el recurso de nulidad difiere el momento a partir del cual el laudo, o bien quedará ejecutoriado, o bien quedará definitivamente anulado, siendo necesario en este último caso empezar otra vez de cero un proceso. La dilación podría hasta justificarse, bajo el supuesto de que las partes de un arbitraje no pactaren en contra de la posibilidad de tutelar sus derechos, en la medida en que ambos recursos fuesen diferentes. Y en efecto, hay diferencias entre ellos porque el uno es con base en las causales taxativas del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012 y el otro con base en causales constitucionales. Pero también hay semejanzas que hacen que realmente el esfuerzo de los jueces financiado con el dinero de los contribuyentes termine duplicándose o siendo redundante. En efecto, la causal de no haber sido una parte “debidamente notificada de la designación de un árbitro o de la iniciación de la actuación arbitral” o no haber podido, “por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos” es equivalente a una violación del derecho fundamental al debido proceso o al derecho de acceso

---

2018. *Vid.* también Rivera, *ob. cit.*, p. 175-181 (afirmando que en diversas jurisdicciones se han utilizado acciones constitucionales para obstaculizar o revisar de fondo decisiones arbitrales).

<sup>21</sup> *Vid.* Apéndice 2 Convención de Nueva York.

<sup>22</sup> *Vid.*, e.g., Sentencia T-790 de 2010.

<sup>23</sup> *Vid.* Emmanuel Gaillard y George A. Bermann, *ob. cit.* p. 13 (“The Convention does not apply to court actions seeking to set aside awards or to stay ongoing arbitration proceedings.”).



a la justicia, que son tutelables. De manera similar, la causal consistente en un laudo que verse “sobre una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje”, que contenga “decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje”, o en el cual la “composición del tribunal arbitral” o el “procedimiento arbitral” “no se ajustaron al acuerdo entre las partes” se refiere a situaciones que no solamente son contrarias al derecho fundamental al debido proceso sino también al artículo 116 de la Constitución Política según el cual el arbitraje requiere “habilitación de las partes.”

Aparte de dicha dilación, una tutela contra una sentencia de nulidad genera otros tres efectos, que podrían ser negativos. El primero es que con la existencia de dos recursos, y no de uno, la probabilidad de que el laudo termine siendo anulado es mayor. En efecto, a pesar de que la sentencia de tutela podría reversar una sentencia que anule un laudo, tal situación es menos probable y de hecho no se conocen casos, que una tutela exitosa contra una sentencia que confirme el laudo inicial.<sup>24</sup>

El segundo efecto es que difícilmente podrá el juez de tutela que decide acerca de una sentencia sobre nulidad de un laudo arbitral resistir la tentación de revisar el fondo del asunto. En efecto, el juez que resuelve el recurso de nulidad solo puede anular el laudo si se presenta una de las causales taxativas del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012, mientras que el juez constitucional puede declarar la nulidad por cualquier violación de derechos fundamentales. Aunado a ello, algunas de estas razones constitucionales, como aquellas relacionadas con una violación al derecho al debido proceso - artículo V(1)(b) de la CNY, o con razones de orden público - artículo V(2)(b) de la CNY, implicarían que la Corte Constitucional haga un juicio con respecto a un laudo doméstico que es más propio de un proceso de reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero. Es decir, y en la práctica, se estaría exigiendo un exequatur a laudos que no lo requieren.

Como tercer efecto, un recurso de tutela contra una sentencia de nulidad de un laudo arbitral es endémico de Colombia, con lo cual la normativa y jurisprudencia de este país va en contravía con el propósito auxiliar de la CNY de lograr uniformidad en el arbitraje internacional. Colombia, en tal situación, se convierte en el caso diferente, término con una connotación peyorativa y no elogiosa.

En cualquier caso, es de esperarse que las tutelas contra sentencias que decidan sobre la nulidad de un laudo sean cada vez más escasas. La jurisprudencia de la Corte Constitucional consideró en un principio que una tutela contra un laudo arbitral solo era procedente una vez se hubiera interpuesto y resuelto negativamente el respectivo recurso de nulidad.<sup>25</sup> Se decía, en ese momento, que el recurso de anulación era el medio idóneo para subsanar vulneraciones a los derechos fundamentales con ocasión de un laudo arbitral.<sup>26</sup> Tal jurisprudencia, no obstante, cambió desde la Sentencia T-058 de 2009, en la cual la Corte

---

<sup>24</sup> *Vid.*, e.g., Sentencia T-790 de 2010.

<sup>25</sup> *Vid.*, e.g., Sentencia 972 de 2007.

<sup>26</sup> *Idem.* Cfr. Julio César Rivera, *ob. cit.* p. 175-181 (mencionando que, salvo causales específicas del recurso extraordinario de revisión como una arbitrariedad en el laudo o una decisión manifiestamente irrazonable basada en la mera voluntad de los árbitros, los artículos 758 y 760 del Código Procesal Civil y Comercial de Argentina permiten que eventuales agravios constitucionales de un laudo se resuelvan en el estrecho marco del recurso de nulidad).

Constitucional afirmó que, por basarse en causales taxativas señaladas por la ley y no en la Constitución, el recurso de nulidad no era la vía judicial adecuada para proteger los derechos fundamentales de la parte afectada con un laudo arbitral, quedando esta facultada para presentar una tutela contra un laudo antes de interponer el recurso de nulidad o simultáneamente con este. Así pues, si lo que se quiere es ahorrar costos procesales, la mejor estrategia es interponer una acción de tutela, sin necesidad de invertir tiempo y dinero en un recurso de nulidad; en contraste, cuando los medios jurídicos y financieros son abundantes, ambos recursos se pueden interponer simultáneamente. Lo que sí que no tendría mucho sentido para quien pierde un proceso arbitral es interponer primero un recurso de nulidad y, solo si pierde este, radicar una tutela.

### 3.3 Tutelas contra laudos arbitrales

El tercer escenario de contradicción entre la acción de tutela en Colombia y la CNY se presenta cuando la parte perdedora en un proceso arbitral presenta una tutela contra el respectivo laudo. En principio, ello no se podría, porque el primer inciso del artículo 107 de la Ley 1563 de 2012 establece que el único recurso disponible es el de nulidad. Sin embargo, tanto el artículo 86 de la Constitución Política como la jurisprudencia constitucional, que priman sobre la ya citada norma legal, permiten que exista un segundo recurso contra un laudo, cual es la tutela.<sup>27</sup>

La acción de tutela puede interponerse contra un laudo en un proceso de arbitraje nacional o internacional, interesándonos en este caso lo segundo. Tal acción conlleva dos posibles conflictos con la CNY. Primero, una tutela puede convertirse, de facto en una segunda instancia en la que se revisen los méritos de lo decidido por el tribunal inicial. Segundo, dicha acción podría ser un exequatur disfrazado bajo el nombre de tutela.

En relación con lo primero, y a diferencia de un proceso de casación,<sup>28</sup> es verdad que una tutela contra un laudo arbitral no puede terminar con una sentencia sustitutiva. Empero, una tutela que anule un laudo si condiciona indirectamente una decisión en un futuro proceso arbitral entre las mismas partes y por los mismos hechos. En efecto, el nuevo tribunal deberá, para evitar una nueva nulidad, tener en cuenta los lineamientos jurídicos señalados por la Corte, la que por ende no fallará el caso pero sí indicará como se debe resolver este sin que haya posteriores reparos constitucionales.

Un laudo que siga las directrices de unos magistrados y que reemplace a un primer laudo anulado, o una sentencia que haga lo propio en caso de que las partes ya no estén dispuestas a asumir más costos arbitrales, iría en contra del objetivo de la CNY de “exigir que los tribunales de los Estados partes den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral.”<sup>29</sup> Como si ello fuera poco, tal conducta judicial también sería contraria al artículo II de la CNY, que obliga a los Estados contratantes a

<sup>27</sup> *Vid.*, e.g., Sentencia T-055 de 2004.

<sup>28</sup> Para las causales de la casación, *sen.* Artículo 336 del Código General del Proceso. La tutela comparte similitudes con la casación en cuanto a los tipos de errores que la parte demandante debe alegar

<sup>29</sup> *Vid.* Introducción al texto de la CNY, disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-convention/New-York-Convention-S.pdf>.

reconocer el pacto mediante el cual las partes acuerdan someter sus diferencias a arbitraje y no a los lineamientos que señale una sala de revisión de la Corte Constitucional compuesta por tres magistrados.<sup>30</sup> Nótese, además, que el artículo II de la CNY obliga a reenviar el expediente al tribunal de arbitraje competente sin importar la etapa en que se encuentre el proceso. Por lo tanto, y así como un juez al que se le asigne una demanda basada en un contrato que incluye cláusula compromisoria debe referir a las partes al arbitraje, las normas colombianas deberían permitir que una Corte destinataria de una acción de tutela contra un laudo en un proceso arbitral internacional recordase a las partes que el recurso de anulación es la única vía que disponen para evitar que dicha providencia tenga efectos jurídicos.

Hasta la fecha, la Corte Constitucional no ha anulado ningún laudo de arbitraje en un proceso internacional, pero ello podría ocurrir en cualquier momento. Sí hay ya un caso en el cual una acción de tutela contra un laudo arbitral internacional fue aceptada, decidiéndose confirmar el laudo, pero no sin incurrir en una notoria dilación y presentándose varios salvamentos de voto (Sentencia SU-500/15).

En dicha Sentencia (de 6 de agosto), la Corte Constitucional confirmó una sentencia de tutela del Consejo de Estado que, a su vez, confirmó un laudo arbitral del 2 de julio de 2010 como una sentencia del 29 de noviembre de 2012 en la que este alto tribunal había negado el recurso de nulidad. Este arbitraje, cuya sede era Bogotá y cuyas reglas procesales eran las de la Cámara de Comercio Internacional de París, resolvió una controversia entre varias empresas extranjeras que contratadas por una compañía colombiana para realizar obras relacionadas con la construcción de una hidroeléctrica y ordenó pagar a esta última a favor de aquellas cerca de cuarenta millones de dólares (poco menos del 10% del costo de la hidroeléctrica).

Nótese dos efectos negativos de estas dos acciones de tutela. Primero, más de cinco años transcurrieron entre el laudo y la última sentencia de tutela; por lo tanto, la intención de las partes de solucionar su controversia rápida y eficientemente a través de un arbitraje se vio frustrada. Segundo, esta controversia en particular se refirió a un proyecto de infraestructura de generación de energía: si la justicia dilata y hace más costosa la solución de controversias como estas, es previsible que un menor número de contratistas extranjeros estén en el futuro interesados en participar en este tipo de obras o que exijan precios más altos para compensar el mayor riesgo legal derivado de litigios más largos.

El segundo tipo de conflicto entre una acción de tutela contra un laudo proferido en un arbitraje con sede en Colombia consiste en que, vía tutela, la parte actora estaría realmente adelantando un proceso más propio del correspondiente al reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero. Tal situación iría contra la CNY porque el laudo al que se le está exigiendo un “*exequatur*” por medio de no declarar su nulidad no cumple con el requisito por excelencia de dicho trámite: ser extranjero. Y se dice que el proceso podría ser, en la práctica, similar al de un *exequatur*, porque algunas de las razones constitucionales en las que se basa

---

<sup>30</sup> Vid. Julio César Rivera, *ob. cit.*, p. 175-181. Vid. también Gary Born, *ob. cit.* p. 3170 (afirmando que una revisión judicial de un laudo podría frustrar la intención de las partes de resolver sus controversias mediante arbitraje o, lo que es igual, dejar su pacto arbitral vacío de contenido), y Emmanuel Gaillard y George A. Bermann, *ob. cit.*, p. 45-47 (afirmando que, por la redacción del artículo II, este podría ser aplicable tanto a laudos en procesos arbitrales nacionales como internacionales).

la anulación del laudo encajan en las causales del artículo V de la CNY. En particular, las razones constitucionales podrían estar relacionadas con el artículo V(1)(d) sobre conformación de un tribunal arbitral de manera contraria a la ley o al pacto arbitral, con el artículo V(2)(b) sobre posibles violaciones al debido proceso, o con el artículo V(2)(b), sobre violación al orden público.<sup>31</sup> Las posibles contradicciones entre un laudo arbitral internacional cuya sede fue Colombia y estas dos últimas causales se explican a continuación con más detalle.

El artículo V(1)(b) se refiere, entre otros, a casos en los cuales una parte no pudo presentar pruebas cruciales para la resolución de la controversia,<sup>32</sup> no se le permitió controvertir cierta evidencia,<sup>33</sup> el laudo no fue suficientemente razonado,<sup>34</sup> los árbitros no fueron imparciales,<sup>35</sup> las exigencias para una de las partes fueron irrazonables -como requerir a un pequeño franquiciado alemán asistir a una audiencia en Nueva York-,<sup>36</sup> el principio de audiencia de las partes no se respetó,<sup>37</sup> o, en general, una parte no pudo ejercer su derecho al debido proceso en el momento o de la manera oportuna.<sup>38</sup>

Todos los anteriores supuestos son claros casos de violación de al menos un derecho fundamental, el debido proceso, que por definición es tutelable. Aquí no termina la similitud, ya que al igual que en la acción de tutela en relación con el defecto procedimental,<sup>39</sup> la causal del artículo V(1)(b) suele requerir que la vulneración al debido proceso haya sido decisiva en la solución de la controversia.<sup>40</sup>

En cuanto al artículo V(2)(b), que se suele alegar simultáneamente con el propio artículo V(1)(b), recuérdese que si bien no existe un concepto universal de orden público,<sup>41</sup> este hace referencia a los principios o valores fundamentales de un país o a sus nociones básicas de justicia y moralidad.<sup>42</sup>

---

<sup>31</sup> Parece improbable aunque no imposible que las otras causales del artículo V tengan relación con temas constitucionales. Dichas causales son: artículo V(1)(a) sobre falta de capacidad de las partes o acuerdo de arbitraje no válido bajo la ley aplicable, V(1) (c) sobre laudos que resuelven controversias no contempladas en el acuerdo de arbitraje o que, en general, fallan ultra, infra o extra petita, V(1)(e) sobre un laudo que no es vinculante para las partes o que ha sido anulado o suspendido en el país sede, y V(2)(a) relacionado con asuntos no sometidos a arbitraje o a casos en los cuales hay un impedimento legal para que la diferencia pueda ser solucionada por este método de solución de controversias.

<sup>32</sup> Vid. Emmanuel Gaillard y George A. Bermann, *ob. cit.*, p. 172. Cfr. Landgericht [LG] Regional Court, Bremen, Germany, 20 de enero de 1983, 12-O-184/1981.

<sup>33</sup> Vid. Iran Aircraft Indus. v Avco Corp., Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 24 noviembre 1992, 92-7217, 980 F.2d 141, 146.

<sup>34</sup> Vid. Smart Systems Technologies Inc. v. Dominique Secant Inc., Court of Appeal of Quebec, Canadá, 11 marzo 2008, XXXIII Y.B. COM. Arb. 464 (2008).

<sup>35</sup> Vid. Soc. Excelsior Film TV v. Soc. UGC-PH, Court of Cassation, Francia, 24 de marzo de 1998.

<sup>36</sup> Vid. Oberlandesgericht [OLG] Dresden, Alemania, 11 Sch 08/07, 7 diciembre 2007.

<sup>37</sup> Vid. Louis Dreyfus S.A.S. v. Holding Tusculum B.V., Superior Court of Quebec, Canadá, 12 diciembre 2008, 2008 QCCS 5903.

<sup>38</sup> Vid. Emmanuel Gaillard y George A. Bermann, *ob. cit.*, p. 172.

<sup>39</sup> Vid. *supra* sección I.

<sup>40</sup> Vid. Emmanuel Gaillard y George A. Bermann, *ob. cit.*, p. 177.

<sup>41</sup> Vid. *Ibid.* p. 258.

<sup>42</sup> Cfr. IBA Subcommittee on recognition and enforcement of arbitral awards, Report on the Public Policy Exception in the New York Convention, disponible en

La jurisprudencia de varios países confirma que los argumentos constitucionales encajan dentro de la excepción de orden público internacional. Un primer ejemplo es Brasil, donde sus tribunales han afirmado que los asuntos constitucionales son del orden público internacional.<sup>43</sup> En Kenia, como segundo ejemplo, los jueces también han sostenido que un laudo es contrario al orden público si es inconsistente con la Constitución Política.<sup>44</sup> Un tercer ejemplo es India, para cuyos tribunales el concepto de orden público está ligado al de derechos fundamentales.<sup>45</sup> Como ilustración final, una Corte de Belice denegó el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero por ir en contravía de valores constitucionales fundamentales como la separación de poderes y la soberanía del parlamento.<sup>46</sup>

La doctrina llega a una conclusión similar. La Guía sobre la CNY, texto de insuperable prestigio, dice que los principios constitucionales pueden interactuar con el concepto de orden público.<sup>47</sup> En el contexto latinoamericano, Julio César Rivera sostiene acertadamente

que “la idea de inconstitucionalidad también está inexorablemente ligada a la idea de orden público. Un laudo que conlleva la violación de un derecho constitucional es necesariamente un laudo incompatible con el orden público.”

Dado la anterior superposición entre algunas causales para aceptar una tutela y para negar un exequatur, dicha acción no debería ser procedente contra laudos extranjeros, bajo ningún motivo, y tampoco contra laudos internacionales cuya sede fue Colombia porque en estos casos se sobre entiende que la parte ganadora no tiene que surtir un proceso de ejecución y reconocimiento a menos que en el proceso se haya pactado la exclusión del recurso de anulación (segundo inciso del artículo 107 de la Ley 1563 de 2012).

Con todo, la acción de tutela podría ir más allá de la excepción de orden público.<sup>48</sup> Ello es así debido a que sus requisitos son más flexibles, genéricos y subjetivos, la tutela podría triunfar en muchos casos donde la causal de orden público ha fracasado. De tal modo, si bien la excepción de orden público internacional se invoca frecuentemente, y ya sea porque la carga probatoria requerida es muy alta o por el sesgo pro reconocimiento y ejecución de la

---

[https://www.ibanet.org/LPD/Dispute\\_Resolution\\_Section/Arbitration/Recognntn\\_Enfrcemnt\\_Arbitl\\_Awrdr/pub\\_lipolicy15.aspx](https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognntn_Enfrcemnt_Arbitl_Awrdr/pub_lipolicy15.aspx). Vid. Emmanuel Gaillard y George A. Bermann, *ob. cit.*, p. 254.

<sup>43</sup> *Cfr.* Report 2015.

<sup>44</sup> *Cfr.* Report 2015.

<sup>45</sup> *Vid.* *Renusagar Power Co. Ltd. v. General Electric Company & anor.*, Supreme Court, India, 7 octubre 1993, 1994 AIR 860.

<sup>46</sup> *Vid.* Emmanuel Gaillard y George A. Bermann, *ob. cit.*, p. 264 y *BBC Holdings Limited and The Belize Bank Limited v. The Attorney General of Belize*, Caribbean Court of Justice, Appellate Jurisdiction, 26 julio 2013, [2013] CCJ 5 (AJ).

<sup>47</sup> *Vid.* Emmanuel Gaillard y George A. Bermann, *ob. cit.*, p. 262, y Emmanuel Gaillard y John Savage (eds), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* Kluwer Law International, New York, 1996, p. 996

<sup>48</sup> *Vid.* Emmanuel Gaillard y George A. Bermann, *ob. cit.*, p. 263 (“Even though the defence of public policy allows courts to consider the merits of the award, the scope of such review is not unlimited. Courts have recognized that public policy does not furnish an opportunity to the party opposing recognition and enforcement to reargue the merits of the case or to allege that the case was wrongly decided.”).

CNY, pocas veces las cortes nacionales rechazan, por ese solo motivo, el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.<sup>49</sup> Como ilustración, la excepción de orden público internacional ha fracasado en casos que darían lugar a la existencia de un defecto tutelable,<sup>50</sup> como aquellos en los que determinada ley se aplicó incorrectamente,<sup>51</sup> o en los que la parte perdedora alegó que el laudo debía haber aplicado la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y no la ley pactada por las partes.<sup>52</sup>

#### IV. Recomendaciones

Este capítulo no pretende la eliminación de la acción de tutela, la cual ha resultado muy útil para la protección de los derechos fundamentales. Pero sí pretende dejar claro no solo que dicha acción no debería tener cabida en arbitrajes internacionales sino también que un excesivo énfasis en el derecho constitucional es una amenaza para la efectiva implementación en Colombia de la CNY y para que su sesgo pro reconocimiento y ejecución de laudos sea una realidad.<sup>53</sup>

Con todo, se admite que sin una reforma constitucional o sin un cambio estructural a la arquitectura del sistema judicial en Colombia, es casi imposible que la jurisprudencia constitucional rechace tutelas contra laudos arbitrales o contra sentencias relacionadas. Incluso, es factible que una reforma constitucional que limite o impida la tutela en casos arbitrales sea considerada por la Corte Constitucional como contraria a los principios fundamentales de la Constitución y, por lo tanto, inconstitucional. La primera y solución más evidente queda, por lo tanto, descartada.

Una segunda solución, de menor alcance, consistiría en permitir las tutelas contra laudos arbitrales y sentencias relacionadas pero solo bajo requisitos mucho más estrictos que los actuales. Empero, no parece factible que sin una reforma constitucional y solo mediante un cambio jurisprudencial sean las propias cortes las que acepten restringir sus facultades para revisar laudos arbitrales. Y aun si dicha reforma a la carta política se aprobara, ello no garantiza que el conflicto entre la acción de tutela y la CNY se solucione. En efecto, así como ya una vez la jurisprudencia convirtió una acción excepcional como la tutela en algo cotidiano, no sería extraño que una futura jurisprudencia constitucional flexibilizara requisitos que un acto legislativo intente hacer más estrictos.<sup>54</sup> Ello podría suceder, entre otras razones, por un deseo de los jueces de mantener el monopolio sobre las decisiones judiciales o al menos sobre aquellas de mayor relevancia o por ser la rama judicial reacia a los cambios legislativos. Así pues, este segundo camino tampoco parece transitable.

---

<sup>49</sup> *Vid.* Emmanuel Gaillard y George A. Bermann, *ob. cit.*, p. 274-75.

<sup>50</sup> *Vid.* Tabla 1 en la Sección I.

<sup>51</sup> *Vid.* United World v. Krasny Yakor, Federal Arbitrazh Court of the Volgo-Vyatsky Region, Russian Federation, Case No. A43-10716/02-27-10, 17 febrero 2003.

<sup>52</sup> *Vid.* Oberlandesgericht [OLG] Cologne, Germany, 9 Sch 13/99, 15 febrero 2000.

<sup>53</sup> *Vid.* Julio César Rivera, *ob. cit.*, p. 175-181.

<sup>54</sup> En relación con el eterno conflicto entre el legislador y las cortes, y para el derecho de contratos, *vid.* David V. Snyder, “The Law of Contract and the Concept of Change: Public and Private Attempts to Regulate Modification, Waiver, and Estoppel” *Wisconsin Law Review*, 1999, p. 607.

En ocasiones, la mejor solución es la de menor alcance, y este parece ser uno de esos casos. A pesar de ser paradójicamente la tercera solución (*third best*), la propuesta más viable consiste en una pequeña reforma constitucional que permita a las partes de un acuerdo de arbitraje, de cualquier tipo en el mejor de los casos o al menos internacional, renunciar expresamente al derecho a interponer una acción de tutela contra un futuro laudo arbitral que resuelva una eventual controversia entre ellas. Por supuesto, para que tal renuncia deberá ser bilateral para que tenga sentido, no siendo entonces posible que una de las partes conserve la posibilidad de hacer uso de dicho recurso. Sería deseable, además, que las partes también pudiesen renunciar a cualquier acción de tutela contra una sentencia que resuelva un recurso de nulidad contra un laudo arbitral o que decida acerca del reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero. Para una mayor aceptación de esta propuesta, la reforma podría limitar este pacto a ciertas personas (por ejemplo, personas jurídicas) o no permitirlo en ámbitos en pueda convertirse en una cláusula abusiva, como en los contratos de consumo.

La reforma propuesta parte del entendimiento de que partes sofisticadas pueden limitar sus derechos, como el de interponer acciones de tutela, y así mejorar su bienestar, confiando en que los árbitros que resolverán una futura y eventual controversia protegerán sus derechos fundamentales. En particular, una renuncia a la tutela sería beneficiosa con anterioridad al conflicto o al laudo que lo resuelva, a pesar de que luego de este último, al menos una de ellas preferiría no haber renunciado a este derecho. Ex ante, tal renuncia tendría una utilidad similar a la estrategia de Ulises de solicitar a sus marineros que lo ataran al mástil y que no lo liberaran bajo ningún motivo para así evitar la tentación de unirse a las sirenas que lo atraían con su hermoso canto y que le podrían impedir regresar donde su amada Penélope. El canto de las sirenas, en arbitraje, equivaldría a los incentivos que el representante legal de una compañía derrotada en un arbitraje tendría para interponer tantas acciones de tutela como fuese posible, desplegando durante esta batalla sus mejores armas legales. Dicha decisión sería racional teniendo en cuenta el deber fiduciario de maximizar el patrimonio de sus accionistas o, en este caso en particular, de minimizar las pérdidas.

A pesar de la naturaleza constitucional de la acción de tutela, esta modificación normativa es viable teniendo en cuenta no solo la importancia de la libertad de contratación en el derecho privado sino también que el artículo 116 de la Constitución Política permite a los particulares administrar justicia en forma transitoria, lo que incluye la posibilidad de tutelar en un arbitraje los derechos fundamentales de las partes.

## V. Conclusiones

Este texto mostró como la tutela y el arbitraje pueden ser como el agua y el aceite.<sup>55</sup> En particular, una acción de tutela interpuesta contra un laudo arbitral o contra una sentencia relacionada con un arbitraje, además de socavar la certeza, celeridad y mínima interferencia judicial propias del arbitraje, va en contravía de los principios y del texto de la CNY. Al fin y al cabo, el arbitraje comercial internacional se basa en que la decisión final sobre la cuestión

---

<sup>55</sup> Alfredo De Jesús, “La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano”, *Revista Peruana de Arbitraje* N. 3, 2006, p. 64 (advirtiendo que las relaciones entre derecho constitucional y arbitraje son complejas).

litigiosa sea decidida por los árbitros elegidos por las partes y no, directa o indirectamente, por los jueces.<sup>56</sup>

Como consecuencia de la interferencia de la tutela en el arbitraje, Colombia podría perder su todavía limitado atractivo para el arbitraje internacional, toda vez que un menor número de empresas estarían interesadas en resolver sus diferencias a través de este método cuando su sede esté en Colombia o incluso cuando dicha sede se encuentre en el exterior pero se prevea que un futuro laudo deba ser ejecutado en Colombia. Así pues, tales partes podrían preferir arbitrar su controversia en otro país, solucionar esta por otros métodos legales o, en el peor de los casos, evitar celebrar contratos con compañías que domiciliadas en Colombia. De manera más general, una mayor duración e incertidumbre de los arbitrajes internacionales podría afectar la inversión extranjera y el desarrollo económico en Colombia.

---

<sup>56</sup> *Vid.* Julio César Rivera, *ob. cit.*, p. 175-181.



## **BIBLIOGRAFÍA**

### Libros:

Born, G. *International Commercial Arbitration Vol. III*, Segunda edición, Wolters Kluwer, Londres, 2014.

Cárdenas, M., *Introducción a la Economía Colombiana*, Tercera edición, Alfaomega, Bogotá, 2014.

Gaillard, E. y Bermann, G. A. (ed.), *Guide on the Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards*. Uncitral Secretariat, Leiden, 2017, p. 133-34

Gaillard, E. y Savage, J. (eds), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* Kluwer Law International, New York, 1996

### Artículos doctrinales:

De Jesús, A., “La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano”, *Revista Peruana de Arbitraje* N. 3, 2006, p. 64

Gaviria, J.A., “Comentarios sobre las nuevas normas colombianas en materia de arbitraje internacional”, *Revista De Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia*, N. 24, 2013, p. 259-281.

IBA Subcommittee on recognition and enforcement of arbitral awards, Report on the Public Policy Exception in the New York Convention, disponible en [https://www.ibanet.org/LPD/Dispute\\_Resolution\\_Section/Arbitration/Recognitn\\_Enfrcemnt\\_Arbitl\\_Awrdr/publicpolicy15.aspx](https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognitn_Enfrcemnt_Arbitl_Awrdr/publicpolicy15.aspx)

Nowrot, K., Constitutionalizing the 1958 New York Convention from Below by other Means?: The Relevance of Respondent States’ Domestic Constitutional Law in the Enforcement of Investment Awards, Ponencia que hizo parte de la Conferencia Internacional sobre los 60 años de la Convención de Nueva York de 1958 sobre ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras que tuvo lugar en Sevilla, España, los días 5 y 6 de abril de 2018.

Rivera, J.C., “La revisión judicial del laudo arbitral en Argentina: aspectos constitucionales”, *Revista Arbitraje PUCP* N. 4, 2014, p. 175-181.

Snyder, D.V., “The Law of Contract and the Concept of Change: Public and Private Attempts to Regulate Modification, Waiver, and Estoppel” *Wisconsin Law Review*, 1999, p. 607.

### Páginas de internet:

Uncitral, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>