



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN TERCERA

#### SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Radicación número: 11001-03-15-000-2022-00772-01

Solicitante: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES

Autoridad: CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA

LAUDOS ARBITRALES-Si el recurso de anulación no es una apelación, la tutela solo procede contra el recurso extraordinario y no contra el laudo. TUTELA CONTRA LAUDOS-Su procedencia viola la autonomía de la voluntad y la libertad contractual (art. 333 CN) AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD- La solución de la controversia arbitral está vedada a la justicia institucional.

#### SALVAMENTO DE VOTO

No comparto la decisión que se tomó en la providencia del 2 de septiembre de 2022, que negó la solicitud de tutela. Salvo el voto, porque estimo que llegó el momento de replantear las cosas desde su base: es hora de cuestionarse la procedencia, en sí misma, de la acción de tutela contra laudos arbitrales. No es un asunto de «criterios», ni de «naturaleza jurídica», sino de perspectiva.

1. *El regreso a las raíces convencionales del arbitraje.* Hay que hacer valer la decisión libre y espontánea de las partes de sustraer las eventuales controversias, que surjan con ocasión de la ejecución de un contrato, de la justicia institucional. Es preciso devolverle al arbitraje las connotaciones que le son propias: surge de la voluntad de las partes. La autonomía de la voluntad es un postulado que se erige a partir del concepto de persona. Esa autonomía dispositiva que tiene en la libertad contractual una de sus más caracterizadas expresiones (art. 333 CN). Una manifestación de la libertad de las personas, que consiste justamente en ese poder que el ordenamiento les confiere a los individuos para que gobiernen sus propios intereses. La autonomía negocial no solo se proyecta en la celebración, ejecución e interpretación del negocio jurídico para el tráfico de bienes y servicios.



También se expresa en la facultad –que la Constitución protege y garantiza con la sola limitación de la ley (art. 116)– de sustraer de la justicia institucional el conocimiento de sus controversias, de aquellos asuntos que no pudieron solucionar las mismas partes. Hay que reivindicar el papel del árbitro: ese «juez» escogido por las partes, a quienes ellas libremente le delegaron la facultad para –de manera rápida y eficaz– resolver una eventual controversia. Una «derogatoria» de la justicia institucional que han querido las partes. Debe respetarse y hacerse respetar.

2. *Los tribunales arbitrales son falladores de única instancia.* La institución arbitral ha sido concebida para la adopción de decisiones expeditas y ágiles en manos de personas expertas. Si el recurso de anulación no es instancia adicional, como lo tiene decantado de tiempo atrás –en términos generales– la jurisprudencia del Consejo de Estado ¿cómo por vía de jurisprudencia –a través de interpretaciones audaces que se alejan de la institución arbitral– se crean instancias adicionales, que hacen larguísima y dilatada la decisión del asunto? La cosa juzgada es no solo un imperativo de seguridad jurídica, sino pilar fundamental que permite un clima de inversión.

3. *La mínima intervención judicial.* Si las partes libremente decidieron sustraer la eventual controversia del conocimiento de los jueces, no tiene sentido alguno –y tampoco tiene fundamento constitucional alguno– que aquella termine siendo decidida por alguien distinto al árbitro. Si el juez del recurso de anulación no es un juez de segundo grado, ni una instancia de apelación, tampoco puede serlo el juez de tutela que no ha sido previsto por el ordenamiento jurídico para ello.

4. *El legado hispánico.* Un país que ha decidido seguir de cerca el derecho público español en las últimas décadas –deberíamos mirar más hacia atrás las genuinas raíces hispánicas de nuestra institucionalidad, como lo hizo López Michelsen– haría bien en tomar nota del oportuno cambio de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en materia de amparo (tutela) contra laudos arbitrales. No suelo citar autores (nacionales o foráneos) y mucho menos jurisprudencia extranjera en las providencias judiciales (estas no son un espacio para la especulación académica). Sin embargo, un ejemplo de rectificación y enmienda,



siempre será digno de imitar: recientemente ese Tribunal –siguiendo el criterio enunciado desde el fallo STC 46 de 2020– dejó en claro que la eventual equivalencia entre jueces y árbitros hace referencia solo al efecto de cosa juzgada. Por ello, el control judicial de ambas decisiones no puede ser el mismo. A su juicio, la institución arbitral es un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 C.E.), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción [*Tribunal Constitucional Español, Sala Primera, sentencia STC 17 de 15 de febrero de 2021, fundamento jurídico 2, BOE núm. 69, págs. 32689 y ss.*].

5. *Soberanía y autonomía de la voluntad.* El arbitraje como vía extrajudicial de resolución de conflictos es garantizado por el artículo 116 CN. Su previsión en la Carta de 1991 buscó justamente descartar cualquier discusión constitucional – ¡cómo nos gusta volver todo una «cuestión constitucional»!– El arbitraje no surge de la Constitución (*soberanía estatal*), sino de la voluntad de las partes (*soberanía contractual*). Su fuente no es el consentimiento democrático –el poder que emana de la soberanía (art. 3 CN)– sino el consentimiento de las partes –la facultad que emana de la autonomía voluntad (art. 333 CN) –: ¡la libertad es la base de todo!

Por todo ello, si la acción de tutela pudiera proceder en estos casos solo sería contra el fallo del recurso de anulación. Y lo sería exclusivamente para hacer valer la decisión de las partes de sustraer la controversia de la justicia institucional, justamente cuando el juez del recurso de anulación se desborda e intenta sustituir al juez escogido por las partes, como en el fallo español citado. Nada más... No es un asunto de reparto de tutelas, porque esa norma es abiertamente contraria a la Constitución y la ley (art. 4 CN y art. 12 Ley 153 de 1887). El porvenir del arbitraje está estrechamente vinculado a la intensidad del control judicial. La Corte Constitucional tiene la palabra.

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**  
Firmado electrónicamente a través de SAMAI