

Análisis económico de la acción de tutela contra laudos arbitrales en Colombia^{*1}

CARLOS O. MIRANDA CONTRERAS²

RESUMEN

La acción de tutela contra laudos arbitrales en Colombia representa un desafío para el Análisis Económico del Derecho por cuanto implica una tensión entre los beneficios económicos consustanciales al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias y el amparo sustancial de la acción de tutela como garantía básica fundamental de control a las actuaciones del Estado en cabeza de sus funcionarios, y específicamente la acción de tutela contra providencias judiciales como mecanismo subsidiario de control de las actuaciones de los jueces o de quienes cuentan con una función equiparable como los árbitros. El presente escrito pretende brindar algunos insumos para esta discusión, sin mayor pretensión que la de dilucidar un problema vigente e irresoluto y esbozar lo que podrían ser algunos puntos de partida para su análisis desde el enfoque del Análisis Económico del Derecho.

Palabras clave: Acción de tutela, Laudos arbitrales, Análisis Económico del Derecho, Tutela contra laudos arbitrales, Arbitraje.

* Fecha de recepción: 25 de mayo de 2013. Fecha de modificación: 23 de septiembre de 2013. Fecha de aceptación: 27 de septiembre de 2013.

1 Para citar el artículo: MIRANDA CONTRERAS, CARLOS O. (2013) "Análisis económico de la acción de tutela contra laudos arbitrales en Colombia", *Revista Con-texto*, n.º 40, pp. 87-94.

2 Abogado y estudiante de Maestría en Derecho. Auxiliar de las cátedras de Teoría General del Proceso y Arbitraje Internacional, Universidad Nacional de Colombia. Correo-e: comirandac@unal.edu.co

ECONOMIC ANALYSIS OF THE PROTECTION ACTION AGAINST ARBITRAL AWARDS

ABSTRACT

Protective actions (tutelas) against arbitral awards in Colombia represent a challenge for the economic analysis of law. Often at odds are the economic benefits inherent to arbitration as an alternative form of dispute resolution and the substantial protection provided by tutelas as a fundamental basic warranty for control of the state's and its officials' actions. Specifically, tutelas work against judicial decisions as a subsidiary control mechanism over the actions of judges and/or those who have a comparable role as arbiters. This paper aims to outline and discuss what might be some starting points for an analysis of this issue from the standpoint of law and economics.

Keywords: Protective Actions, Tutelas Against Awards, Arbitration, Law and Economics, Awards.

I. INTRODUCCIÓN

El presente escrito pretende abordar, desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, una problemática que ya ha sido ampliamente observada desde la perspectiva estrictamente jurídica y que sigue siendo objeto de debate. Lo anterior, bajo el entendido de que el Análisis Económico del Derecho puede brindarnos nuevas herramientas de evaluación. Por lo tanto, en un primer momento procederemos a plantear la problemática encontrada para en un segundo momento acompañarla e impregnarla de Análisis Económico buscando algunos lineamientos que desde dicha perspectiva puedan ser útiles para dar una solución al problema planteado.

En orden a estructurar el presente texto, abordaremos en primer lugar el desarrollo de la acción de tutela contra laudos arbitrales en Colombia, para esbozar luego una tesis jurídica contra mayoritaria desde una perspectiva deontológica, planteando, bajo los límites del presente escrito, un soporte sustancial a la tesis que se deriva del Análisis Económico del Derecho.

a. La acción de tutela contra laudos arbitrales en Colombia

En Colombia, a partir de la Constitución de 1991, con la instauración de la acción de tutela surgió un gran debate acerca de si era procedente la acción de tutela contra sentencias judiciales. Lo anterior por cuanto el texto constitucional reza: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar (...) la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

Ahora, partiendo de la premisa de que efectivamente los jueces de la república son autoridades públicas y haciendo una interpretación exegética de lo postulado por el precepto constitucional, resulta apenas obvio que contra las actuaciones de los jueces sería procedente la acción de tutela y dado que el mecanismo por excelencia de actuación de los jueces son las providencias judiciales y específicamente las sentencias, no es difícil llegar a la conclusión de que contra las providencias judiciales resulta procedente la acción de tutela.

En un primer momento, la Corte Constitucional determinó que era procedente la tutela contra sentencias judiciales³; sin embargo, ante una demanda por inconstitucionalidad de una norma legal, específicamente la sentencia C-543/92 en la que se declara inexecutable un artículo del Decreto 2591 de 1991, se estableció un plazo de dos (2) meses para la interposición de la acción de tutela. En dicha providencia la Corte Constitucional manifestó, entre otros aspectos, que dado que no era posible delimitar un plazo máximo para la interposición de tutela, dicha acción no debería proceder contra providencias judiciales por la inseguridad jurídica que ello implicaba.

No obstante lo anterior, en un tercer momento la Corte Constitucional modificó de nuevo su postura respecto de las llamadas "vías de hecho judiciales". Dicha teoría señalaba que existían cierto tipo de actuaciones de los jueces que dada la exagerada ausencia de algunos requisitos constitucionales básicos no podían ser llamadas providencias judiciales sino *contrario sensu* "vías de hecho judiciales" y dado que en *stricto sensu* no serían sentencias sí procedería contra ella la acción de tutela⁴.

Una vez plantadas las bases de lo que sería la acción de tutela contra providencias judiciales había quedado abonado el camino para plantear la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales. Así las cosas, en un escueto análisis jurídico, la Corte Constitucional determinó que los árbitros eran figuras análogas a los jueces dentro del ordenamiento jurídico colombiano, olvidando hacer un análisis mucho más profundo que diera pie a una distinción clara de las dos figuras desde una perspectiva teleológica y deontológica, más allá del simple análisis superficial realizado.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional asimiló el rol de los árbitros al papel del juez y bajo esa línea argumentativa abrió una brecha para la interposición de la acción de tutela contra los laudos arbitrales siguiendo más o menos la siguiente línea de razonamiento en la mayoría de los casos:

(i) Dado que contra el laudo arbitral en Colombia solo procede recurso extraordinario de anulación y (ii) que dicho recurso está concebido para ser impetrado por razones estrictamente procesales, (iii) los asociados quedarían expuestos a la vulneración de sus derechos fundamentales cuando el laudo arbitral, aun respetando totalmente los presupuestos procesales establecidos como causales de anulación, vulnera derechos fundamentales de las partes del proceso arbitral, (iv) dado que el razonamiento de la Corte Constitucional implica una reducción al absurdo que (de la forma en que está construido) no puede pervivir

3 Corte Constitucional, sentencias T-006 de 1992 y T-494 de 1992.

4 Corte Constitucional, Sentencia T-079/93.

en el mundo jurídico, y (v) ante la inexistencia de otro medio idóneo para salvaguardar los derechos fundamentales de las partes, la solución jurídica no podía ser otra que la siempre bien ponderada acción de tutela. Por lo tanto, la acción de tutela estaría llamada a proceder en ese tipo de casos.

Resulta por fuera de este el espacio denunciar por qué el análisis de la Corte Constitucional es cuando menos desafortunado en cuanto al carácter de los derechos objeto de litigio arbitral, el carácter de extraordinario del recurso de anulación, la naturaleza contractual y privada de la justicia arbitral y los derechos procesales de la parte perdedora, entre muchos otros factores de los que adolecen los análisis presentados por la Corte Constitucional en múltiples sentencias.

El objeto fundamental del presente escrito es exponer cómo la brecha abierta por la Corte Constitucional resulta en desmedro de la justicia arbitral, por la vía de la justicia estatal, y en todo caso de los intereses considerados en abstracto de quienes optan por excluir al Estado de la resolución de sus litigios y en vez de ello recurren al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias.

II. ANÁLISIS DE LAS IMPLICACIONES ECONÓMICAS DE LOS ASPECTOS PROCESALES DEL ARBITRAJE

La tesis fundamental de R. COASE (1994) plantea que ante la ausencia de costes de transacción los derechos de propiedad tienden a circular hacia aquellas personas para las que tienen mayor valor y que por contraposición la existencia de costes de transacción tendría una relación de directa proporcionalidad con el desincentivo de los individuos a adquirir bienes y servicios. Extrapolando la definición anterior al ámbito jurídico, podríamos afirmar que ante una reducción de los costes de transacción los individuos son más propensos a transar bienes jurídicos entre sí. Ahora, si los costes de transacción aumentan, se desincentiva la utilización de determinado mecanismo jurídico.

En un sistema jurídico el principal creador de costes de transacción es el Estado. El caso prototípico de creación de costes de transacción es la creación de impuestos. Lo anterior es más comprensible a partir de un ejemplo práctico: si en determinado caso yo considero que estaría dispuesto a pagar por un auto (en términos jurídicos, realizar un contrato de compraventa para adquirir el derecho real de propiedad), una cantidad igual a \$100 y otra persona está dispuesta a venderla por esa misma cantidad, significa que para mí el bien "X" (el auto) tiene un valor inferior a "Y" (\$100). A su vez, implica que para la otra persona el bien "X" tiene un valor superior al bien "Y". En dichas condiciones ideales es bastante probable que la transacción se realice, esto es, que yo adquiera el bien "X" por un precio dado "Y". Sin embargo, si para la adquisición de ese bien "X" el Estado impone un impuesto "Z" (v.g. IVA de 16%) esto aumenta su precio a "X+Z" (\$116). Sin embargo, el impuesto no aumenta el valor que el individuo le asigna al bien "X"; así, de acuerdo con el porcentaje de impuesto sobre la transacción, resulta más improbable que la misma se lleva a cabo y por lo tanto el bien "X" (auto) ni el bien "Y" cambien de dueño.

Lo anterior ilustra la implicación de los costes de transacción como costes económicos ajenos al valor asignado de los bienes intercambiados en relación con la posibilidad de concretar una transacción.

En el ámbito jurídico, los costes de transacción son relativamente altos y frecuentes. Por ejemplo, el coste de transacción de lograr la declaratoria de prescripción adquisitiva de dominio puede incluir el coste del abogado para llevar el proceso, los costes de escrituración y un factor bastante importante y que usualmente es relegado a un segundo plano: el tiempo.

En efecto, el tiempo es uno de los mayores costes de transacción en los procesos jurídicos. Para una empresa que disputa ante el sistema judicial el pago en virtud de una compraventa de maquinaria equivalente a dos (2) millones de dólares, el tiempo que el Estado se demora determinando si tiene dicho un derecho representa un coste económico en términos de coste de oportunidad, esto es, todas las inversiones que pudo haber realizado y el dinero que pudo haber ganado dicha empresa de contado con los recursos en efectivo durante el tiempo que dure el proceso, más allá de la indexación por la normal depreciación de la moneda o los intereses comerciales que puedan generarse por virtud de la ley.

Así, el tiempo como coste de transacción es frecuentemente minimizado por los operadores jurídicos que por lo general atienden a otro tipo de lógicas. Ejemplo de lo anterior, al aumentar los términos para presentar alegatos o recursos en teoría se estaría actuando en el interés jurídico de las partes; sin embargo, bien podría estarse actuando en contra del interés económico de las mismas.

En el mismo sentido de lo expuesto anteriormente, la teoría económica postula que ante mayor incertidumbre respecto de los resultados de una decisión menos propensos son los individuos a tomar dichas decisiones. Existe un ambiente de incertidumbre cuando falta conocimiento seguro respecto del desenlace o consecuencias futuras de alguna acción, situación o elemento patrimonial, lo que implica un riesgo cuando se aprecia la posibilidad de una contingencia con potencial de generar pérdidas o la proximidad de un daño. Aunque la incertidumbre puede ser más o menos cuantificable y previsible, en todo caso, en cuanto menos previsible sea una situación y por lo tanto menos cuantificable el riesgo derivado de la incertidumbre, menos propensos serán los sujetos a tomar decisiones en el marco de dichas incertidumbres.

Aterrizando los conceptos anteriores al objeto de este trabajo, resulta válido afirmar que en términos del proceso arbitral existen varias consideraciones económicas:

a. Los costes de transacción en términos de tiempo son reducidos frente a los jueces estatales

Dado que la naturaleza contractual y procesal del derecho arbitral permite a las partes firmantes del pacto arbitral en cualquiera de sus modalidades (cláusula compromisoria y compromiso) fijar inclusive el tiempo máximo de duración del procedimiento y las normas procesales aplicables al mismo, para las partes es una alternativa viable compensar los costes del arbitraje respecto del tiempo de duración del mismo para tener una clara certeza de los costes finales de la transacción y, en caso de ser una ecuación beneficiosa, acudir al

arbitraje reduciendo los costos totales del proceso. Lo anterior ocurre con alta frecuencia en litigios de cuantías considerables.

b. Garantía de especialización

En la justicia estatal es bastante usual que los jueces sean legos en los temas sometidos a su consideración. Así, por ejemplo, un juez civil del circuito con bastante frecuencia no será experto en Derecho financiero internacional mediante figuras jurídicas de *non incorporated joint venture* para inversión en mercados accionarios, por lo tanto un conflicto de esta naturaleza tendría más probabilidades de ser fallado incorrectamente en manos de dicho juez que en manos de árbitros de experticia reconocida, escogidos por las partes para ese proceso en específico. Lo anterior, aumenta los márgenes de certeza de las partes respecto de los procesos jurídicos, disminuye la incertidumbre y aumenta la propensión a tomar decisiones jurídicas, a transar.

c. La inexistencia de recursos ordinarios en el arbitraje

En el marco del Derecho arbitral, con mayor frecuencia en arbitrajes internacionales no suelen ser interpuestos recursos contra los laudos arbitrales. Algunas legislaciones, incluso, permiten a las partes renunciar a cualquier recurso. Lo anterior, dado que no existe en el arbitraje una segunda instancia para cuestiones sustanciales y el recurso de anulación de laudos, que es el recurso más usual, es de naturaleza extraordinaria y solo opera por cuestiones procesales. Lo anterior implica que en la práctica el arbitraje es un proceso de tiempo reducido y de única instancia lo que disminuye los costos de transacción y aumenta la seguridad jurídica al no estar sometidas las partes a la incertidumbre de la decisión de un fallador de segunda instancia.

III. LAS DESVENTAJAS ECONÓMICAS DE LA TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES

a. Costos de transacción

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 solo puede ser expresado con el viejo adagio de que "el remedio resulta peor que la enfermedad".

b. El desincentivo de la incertidumbre sobre el resultado

Los jueces constitucionales, además, no son por lo general especialistas en los asuntos sometidos a arbitraje, lo que también aumenta la incertidumbre y el riesgo respecto de la decisión judicial, creando un desincentivo grave a utilizar dicho mecanismo de solución de controversias en Colombia, ante lo cual se plantean dos alternativas: las partes se verán inclinadas a volver al vetusto sistema de justicia ordinaria congestionándolo aún más o podrán llevarse sus arbitrajes fuera del país haciendo que el país deje de percibir los cuantiosos recursos que le significa administrar justicia arbitral en manos de privados.

c. Competitividad

Aunado a lo anterior, el índice de competitividad de un país por lo general está fuertemente influenciado por la estabilidad de su sistema de resolución de controversias y la certeza que este pueda brindarles a posibles inversores. La acción de tutela contra laudos arbitrales actúa en contra de todo lo anterior, haciendo menos atractivo al país para los inversores que eventualmente deseen realizar sus transacciones al interior del mismo, y marginándolo del gran circuito del arbitraje internacional del que ya se han lucrado países como Francia, Estados Unidos, Inglaterra y más recientemente, en nuestro vecindario, Perú y Chile.

CONCLUSIÓN

El Análisis Económico del Derecho permite una visión distinta a la tradicional, un acercamiento a problemas jurídicos irresueltos y que si bien en Colombia esta metodología ha sido infravalorada por considerarse casi que dogmáticamente contrapuesta a las garantías básicas y fundamentales del Estado Social de Derecho, no debe desecharse de plano su utilidad como insumo básico de discusión alrededor de un sinnúmero de problemáticas.

El problema principal del acercamiento colombiano es la existencia aparente de un dilema entre la aplicación de los postulados del Análisis Económico del Derecho y aquellos principios básicos fundamentales orientadores del Estado Social de Derecho. Sin embargo, esta aparente contradicción no es más que un falso dilema en muchas ocasiones. Ejemplo de lo anterior es el estudio realizado en el presente artículo acerca de la acción de tutela, estandarte de la resolución de conflictos sobre derechos fundamentales por parte del Estado contra laudos arbitrales como mecanismo insignia de solución litigiosa entre particulares sin intromisión estatal.

En este en particular, se desprende del análisis propuesto que la acción de tutela contra laudos arbitrales va *a priori* en contravía de los intereses económicos de las partes, intereses económicos en cuanto a competitividad del sistema judicial y por esta vía en contra de principios también fundamentales del Estado Social de Derecho. Principios tales como el derecho a una resolución pronta y eficaz de conflictos jurídicos con una garantía mínima de claridad en las reglas de juego jurídico procesales. Lo anterior, como expresión básica del principio de seguridad jurídica.

Un estudio más profundo y sistemático de la materia podría derivar conclusiones aún más contundentes y no tan lejanas de lo aquí planteado en cuanto a cómo la incertidumbre sobre las resultas de los procesos arbitrales aumenta la propensión a incumplir contratos en los que se pacten cláusulas compromisorias. Lo anterior, por cuanto la existencia de mecanismos de impugnación no especializados aumenta la probabilidad de salir avante de un proceso heterocompositivo incluso ante el incumplimiento de obligaciones contractuales. Lo anterior no dista mucho de la realidad material en lo concerniente a los fallos de los jueces constitucionales sobre aspectos sometidos a justicia arbitral.

El presente artículo cumple así con su función de análisis preliminar del problema objeto de estudio desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho. Esto, con la intención de ilustrar de forma sucinta y concreta un aspecto esencial del problema de la acción de tutela contra laudos arbitrales que ya ha sido planteado en términos jurídicos en múltiples escritos, y sin mayor pretensión que la de sentar bases para una aproximación más detallada y sistemática al asunto desde un enfoque económico desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho .

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO FRANCO, F. y. (2004). *El Arbitraje de consumo : una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*. (C. E. TOMÁS, Ed.) Valencia: Tirant lo Blanch.
- ARIAS, D. (2010). "Control de Tiempos y Costes y Elección del Tribunal Arbitral", en Y. D. RAFAEL BERNAL GUTIÉRREZ. *Hacia una mayor eficacia en el Arbitraje. control de tiempos y costos* (pp. 39-47). Bogotá: Universidad del Rosario.
- BORN, G. (2009). *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer.
- BOTERO, C. (2002). *Acción de tutela contra providencias judiciales en el ordenamiento jurídico colombiano*. Disponible en www.dejusticia.org: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=265. Consultado el 10 de 11 de 2012.
- COASE, R. H. (1994). *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza Editorial.
- MISTELIS, L., KRÖLL, S., & M. LEW, J. (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.
- ROBERT M. SHERWOOD, G. S. (1994). "Judicial systems and economic performance", en *The Quarterly Review of Economics and Finance*, 34, 101-116.
- STIGLER, G. J. (octubre de 1992). "Law or Economics?", en *Journal of Law and Economics*, 35(2), 455-468.
- WILLIAMSON, O. E. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press.
- ZULETA, E. (2011). *El Concepto de Laudo Arbitral*. Bogotá: Universidad de Rosario.