



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO



**Cámara
de Comercio
de Bogotá**

**LA LEY MODELO DE UNCITRAL SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL
COMO GUIA Y REFERENCIA DEL CAPITULO SOBRE ARBITRAJE
INTERNACIONAL DE LA LEY 1563 de 2.012**

POR: ANDREW ABELA MALDONADO *

**Trabajo para optar al título Magister en Arbitraje Nacional, Internacional
y de Inversión, modalidad artículo.**

Tutor: Dr. Rafael Bernal Gutiérrez

**MAESTRÍA EN ARBITRAJE NACIONAL, INTERNACIONAL Y DE
INVERSIÓN
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

Bogotá, Colombia

2.022

ANDREW ABELA MALDONADO:

Abogado, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Colegial de Número y Colegial Mayor), especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes; candidato a magister en Arbitraje nacional, internacional y de inversión en la Universidad del Rosario. Tratadista, conferencista y profesor universitario. Actualmente, profesor de Arbitraje Nacional en la Universidad del Rosario. Socio de Abela Maldonado & Asociados Abogados. Miembro de la Lista A de Árbitros de mayor cuantía de los Centros de Conciliación y Arbitraje de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Cali, Medellín, Cartagena, Barranquilla, Santa Marta, Ibagué, Bucaramanga y del de la Superintendencia de Sociedades. Miembro de la lista de Amigables Compondores de los Centros de Conciliación y Arbitraje de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Cali, Santa Marta y Medellín. Miembro de las listas de Mediadores para procedimientos de Recuperación Empresarial de los Centros de Conciliación y Arbitraje de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Cali y Cartagena y miembro de las listas de árbitros internacionales de los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Cali, Medellín y Quito, Ecuador, así como del Centro de Arbitraje de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, CIAC.

El autor expresa su especial agradecimiento al Dr. Rafael Bernal Gutiérrez, por toda su colaboración en la elaboración de este artículo.

I. INTRODUCCION

1. La ley 1563 de 2.012, actual estatuto arbitral en adelante “la Ley” fue el resultado de un extenso proceso regulatorio no siempre exento de dificultades, que ya cumple una década de existencia. Siguiendo su tradición legislativa, Colombia mantiene una estructura dualista, con un régimen propio para el arbitraje nacional y uno expreso y especial para el internacional.

Lo anterior permitió cerrar un ciclo que había comenzado con la expedición de la Ley 315 de 1.996 y que culminó con la Ley, que en sus 2 primeras secciones aborda el arbitraje local y la figura, muy propia, particular y de inexistente aplicación en derecho comparado, de la amigable composición, y en la sección tercera, se ocupa del arbitraje internacional.

2. En materia de arbitraje internacional se ha sostenido con insistencia que la Ley tomó como marco de referencia y como fuente normativa a la ley Modelo sobre Arbitraje Internacional preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “Uncitral”, por sus siglas en inglés, en su versión original de 1985 y con sus modificaciones de 2.006, en adelante “LM”.

El objetivo de este artículo consiste en reiterar y confirmar tal entendimiento y reafirmar su vigencia e importancia, sin perjuicio de recalcar aquellas materias en las que la Ley tiene desarrollos propios, o ajustes meramente formales de redacción, que no afectan el fondo y alcances de la LM, y, fundamentalmente, no suponen que la Ley y el consecuente esquema regulatorio colombiano, se aparten de los estándares básicos que regulan la materia en su práctica usual internacional.

II. LA LEY MODELO DE UNCITRAL:

1. La Uncitral, como parte del sistema de la Organización de Naciones Unidas, ha sido una instancia de vital importancia para el desarrollo y fortalecimiento del derecho mercantil internacional. Su papel en la elaboración y difusión de numerosos proyectos de regulación armonizada, o de convenciones internacionales sobre la materia, ha sido determinante a la hora de globalizar y compatibilizar los diferentes sistemas jurídicos con las prácticas legales de aplicabilidad internacional.
2. Dentro de la innumerable cantidad de instrumentos internacionales que ha promovido la Uncitral se destacan, entre otros, (i) Aquellos relativos a la compraventa internacional (Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional, Viena,

1.980, tal vez la norma internacional de mayor aceptación a nivel internacional y que fuera aprobada en Colombia mediante la ley 518 de 1.999.), (ii) Comercio electrónico (Ley modelo de Uncitral sobre comercio electrónico y guía para su incorporación al derecho interno, 1.996 y modificación del Artículo 5° Bis, aprobado en 1.998, cuyos alcances, junto con otras influencias y desarrollos propios, fueron determinantes para la redacción de la ley 527 de 1.999), (iii) Títulos valores (Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio Internacionales y pagarés internacionales, Nueva York, 1.988.), (iv) Arbitraje comercial internacional objeto de este artículo, y (v) La Convención de Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito Stand-by, de 1.995, que han servido de guía, cuando no de norma interna en los más variados ámbitos de la actividad comercial, complementando o modificando las diferentes regulaciones nacionales..

3. La LM es el resultado de la labor de Uncitral, que siguió el derrotero de instrumentos anteriores -también preparados y difundidos por la Naciones Unidas, en particular de la Convención de Nueva York, de 1.958-, que propugnaban por un sistema armonizado y confiable sobre el arbitraje comercial internacional (lo anterior, sin considerar instrumentos propios y particulares del arbitraje de inversión). Desde su expedición en 1.985 y con un resultado evidente de causa y efecto, se presentó un notorio “boom” de actualización de las regulaciones nacionales, que adaptaron su esquema legal a los preceptos de la LM, o, en ocasiones, estructuraron un sistema monista o pro- monista que no distinguiera, en materia de regulación arbitral, en cuanto a arbitraje local e internacional.

De acuerdo con el registro que lleva la página web de Uncitral (<https://uncitral.un.org>), desde 1.985, 118 jurisdicciones han expedido regulaciones sobre la materia basadas en la LM, algunas con un esquema regulatorio monista como el caso mexicano o guatemalteco para citar esquemas legales latinoamericanos entre los que, por una consideración no siempre fácil de entender, no se encuentra Colombia. Desde Chile, o los Estados Unidos y Canadá, el Reino Unido, Australia, Japón o la muy reciente y tristemente comentada Ucrania, sus regulaciones arbitrales son reconocidas como legislaciones basadas en la LM, que no es el caso “oficial” de nuestro país.

A continuación y con los matices propios del proceso legislativo colombiano, resaltaré cómo la LM fue la influencia definitiva a la hora de redactar la sección internacional de la Ley; de igual manera se establecerá que, con su adopción como eje regulatorio, la regulación colombiana en la materia alcanzó un desarrollo práctico y una estructuración normativa bajo los mejores estándares aceptables para esta disciplina en el entorno internacional (Para mayor desarrollo sobre el tema del monismo o dualismo regulatorio en materia arbitral, véase, Rey Vallejo, Pablo: “Los Modelos Regulatorios del Arbitraje Latinoamericano: Un Análisis de las Normativas del Arbitraje Doméstico en Colombia y en el Hemisferio”, Vuniversitas, Bogotá, No 128, pgs. 245- 284, enero- junio de 2.014).

III. EL CAPITULO SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE LA LEY 1563 de 2.012

1. Si se toma en cuenta la evolución regulatoria colombiana en materia arbitral -que comienza desde el siglo XIX con la ley 105 de 1.890, hasta llegar a un punto de inflexión con su consagración constitucional (no siempre afortunada) en el art 116 de la Constitución de 1.991-, era necesario para el siglo XXI propugnar por un esquema legal que permitiera al país sintonizarse con las tendencias internacionales que venían en auge desde la década de los ochenta del siglo pasado, dada la citada formulación de la LM.

El resultado de este proceso, previo trabajo de comisiones redactoras compuestas por reconocidos expertos, fue la expedición de la ley 1563 que comprende regulaciones tanto en materia de arbitraje nacional como internacional, y que deroga las disposiciones anteriores (como la ley 23 de 1.991, el decreto 2279 de 1.989, el 2651 de 1.991, la ley 446 de 1.998 o el decreto compilatorio 1818 de 1.999, en lo pertinente). Por su parte, la Ley permitió superar las dificultades y limitaciones de la ley 315 de 1.996 (primer intento regulatorio sobre arbitraje internacional), por lo cual se logró un avance notable en la regulación colombiana sobre arbitraje. De esa manera y a pesar de complejidades y limitaciones – sobre todo en materia de arbitraje nacional, que ya suponen la necesidad de ajustes como aquellas que se intentó tramitar en un proyecto de ley que ha circulado desde hace algunos años en el Congreso colombiano-, la Ley constituye un estatuto arbitral moderno, comprensivo y ajustado a los mejores estándares internacionales sobre arbitraje. Sobre este particular, el proyecto de reforma a la Ley (No 009 de 2.021) quedó para ponencia en segundo debate, con lo cual no fue aprobado en el Congreso nacional para la legislatura 2.021- 2.022 -siendo archivado ya por segunda vez por falta de trámite-, por lo cual su suerte dependerá de la agenda legislativa y gubernamental que se desarrolle en un próximo futuro.

2. En materia de la sección 3ª sobre arbitraje nacional, tanto a nivel de la Comisión redactora como en el decurso del trámite legislativo se hizo especial énfasis en el papel determinante, como marco de influencia y de referencia, de la LM. La Gaceta del Congreso No 542 de 29 de julio de 2.011, en su página 21 señaló que la ley, en ese momento a nivel de proyecto de ley, buscaba en materia de arbitraje internacional adoptar una normatividad basada en la LM, máxime cuando ella era la base de un buen número de legislaciones internacionales, incluyendo las de la gran mayoría de países latinoamericanos. A su vez, se resaltó la influencia de regulaciones internacionales, como las de Inglaterra, Chile, España, Perú y México, todas ellas basadas en la LM.

Por ende, desde su misma redacción, la Ley estuvo inspirada y siguió de cerca a la LM sin perjuicio de los ajustes que se le introdujeron, que, como se concluirá y a pesar de no ser la

ley colombiana una “oficialmente” reconocida como fiel seguidora de la LM, si lo es, y por mucho, en su contenido, estructura y desarrollos prácticos.

IV. **PRINCIPALES AJUSTES DE LA LEY 1563 DE 2.012 FRENTE A LA LEY MODELO DE UNCITRAL**

1. Como se ha anotado, la influencia de la LM en la sección 3ª de la Ley es notoria, y benéficamente, determinante. No es casual y así se hizo con toda intención al interior de la comisión redactora, que desde el art. 62 hasta el 116 de la Ley, con las particularidades que se anotarán, se haya seguido linealmente el orden, materias y alcances de los 36 artículos que componen la LM.

Particular énfasis debo hacer al hecho que, para el momento de expedición de la Ley, la LM ya había sido objeto de la modificación efectuada en 2.006, con lo cual fue una LM modificada, no la versión de 1.985 (como ocurrió con numerosas legislaciones expedidas a finales del siglo pasado que han tenido que actualizarse de conformidad), la que inspiró a la Ley. Tampoco es coincidencia que, expedida la Ley y como consecuencia natural, los centros de arbitraje y conciliación que han administrado arbitraje internacional en el país, como los de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Cali o Medellín, hubiesen expedido sus reglamentos sobre arbitraje internacional basados de manera importante en los alcances de la Ley, pero con obvios desarrollos propios que recogen, a su vez, realidades específicas de la sede y experiencias de otros centros arbitrales internacionales, como, por ejemplo el propio reglamento de arbitraje de la Uncitral (aprobado en 2.013), o de la Cámara de Comercio Internacional, la CCI.

2. De los poco más de 60 artículos que compone la sección 3ª de la Ley, la mayoría, superior al 90% siguen en gran medida la redacción de la LM con pequeños ajustes, agrupación de numerales o presentación en diverso orden, pero sin alterar su esencia o contenido. En ellos, pueden presentarse ajustes menores o cambios de terminología, más no alteraciones sustanciales que permitan concluir que la Ley se aparte de los criterios y conceptos contenidos en la LM. (Artículos como los 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70 a 75, 77, 78, 80, 82, 83, 84- este último idéntico en su redacción al 17 D de la LM, 86. 87, 88, 90 a 99, 101, 105, 106, equivalentes a los artículos, algunos mezclados, 2º 2 A, 4º, 5º, 6º, 7º, opción I, 8º a 12, 14, 15, 17, 17B, 17C, 17D, 17F, 17G, 17H, 17J, 18 a 26, 28, 32 y 33 de la LM; tienen una redacción muy similar a la LM, con algunos ajustes menores que no desfiguran su clara influencia).

En otros casos la influencia sigue siendo patente, pero en ellos la Ley incorpora desarrollos, en muchos casos afortunados, que precisan para el ámbito colombiano el alcance de una redacción muy internacional como la de la LM, o que incorporan regulaciones

complementarias que refuerzan el sentido general de lo enunciado por la LM. Es el caso, entre otros, de los artículos 65, 85, 89, 102, 103, y los 113 a 116 (nuevos y sin equivalente en la LM, pero en desarrollo de los anteriores sobre anulación y reconocimiento de laudos internacionales en Colombia equivalentes, respectivamente, a los artículos 3º, 17E, 17I, 29 y 30 de la LM, en los que se sigue la línea de la LM, pero con aportes de la Ley que son interesantes de analizar, como se mencionará más adelante.

De otra parte, existen normas que, siguiendo a la LM en gran medida, presentan ajustes que en nada desnaturalizan sus postulados o bases esenciales, pero en los cuales hay variables relevantes, como son los artículos 62, 76, 79, 81, 100, 104, y 107 a 112 de la Ley, con su equivalencia en los artículos 1º, 13, 16, 17ª, 27, 31, y 34 a 36 de la LM. Frente a ellos la Ley incorpora modificaciones que deben resaltarse, o desarrolla parámetros procedimentales anunciados en la LM, como es el caso del recurso de anulación y de la solicitud de reconocimiento de laudos internacionales, a la par de lo establecido por las convenciones de Nueva York de 1.958 y de Panamá de 1.975. Sobre estos tres grupos, analizaré a continuación los más relevantes ajustes efectuados por la Ley a la LM, que, repito, no la hacen una “pura” ley al estilo LM, es decir una que la reproduzca de manera literal sin ajuste alguno, como lo han hecho varias legislaciones internacionales, pero que, tampoco, suponen que no se trate de una legislación al “estilo” y claramente influenciada por la LM, como se concluirá en este artículo

3. Siguiendo el orden mismo de la Ley, analizaré en seguida los más relevantes ajustes introducidos por la Ley frente a su modelo referencial, la LM, y que hoy constituye la regulación vigente en Colombia sobre arbitraje internacional.

El primer y tal vez de los más significativos ajustes propuestos por la Ley frente a la LM, lo consagra el art 62 de la Ley, en paralelo al 1º de la LM, en materia de criterios de internacionalidad del arbitraje. Efectuando una comparación de los textos, debe destacarse lo siguiente:

- 3.1. La Ley reproduce literalmente los dos primeros incisos del art 1º de la LM, así como cambia de orden el numeral 5º de la LM, como inciso 3º.

Frente a los criterios de internacionalidad, de manera expresa reproduce el primer criterio (numeral 3 a) de la LM), pero con una modificación expresa ya que cambia la palabra “establecimientos”, por la expresión “domicilios”. Esta modificación en nada altera el sentido de este criterio de internacionalidad, es decir, que, al momento de celebración del pacto arbitral, las partes hayan tenido sus domicilios en estados diferentes, entendido como su asiento principal de negocios (o, su residencia para efectos de personas naturales).

La razón central detrás de este ajuste se deriva del alcance propio de la figura del “establecimiento de comercio” ya muy decantada para la época en el derecho colombiano (como el conjunto de bienes organizados por el empresario para el desarrollo de los fines de la empresa, a la luz de lo dispuesto por el art. 515 del Código de Comercio), y con límites y connotaciones muy precisas. En su lugar, se utilizó la expresión “domicilio”, dentro de los lineamientos buscados por la LM., tal y como se define en los art 76, 78 del Código Civil y el numeral 3° del artículo 110 del Código de Comercio, como la residencia acompañada del ánimo de permanecer en ella, y con los claros derroteros que la jurisprudencia y doctrina le han otorgado a este concepto (Es decir, la sede jurídica de la persona, o su asiento legal, como el lugar en el cual se presume que la persona está presente para efectos legales, como lo ha precisado, entre otras, la sentencia C-049 de 1.997 de la Corte Constitucional, con ponencia del Dr. Jorge Arango Mejía). No existe, pues, un cambio relevante frente al sentido de la LM.

Como parte de los diversos temas asociados a esta causal de internacionalidad, la práctica arbitral colombiana ha tenido una discusión sobre el alcance, nacional o internacional, de aquellos procesos arbitrales en los que una parte es nacional -entendida como una personal, natural o jurídica, con domicilio en Colombia-, y su contraparte es la sucursal colombiana de una matriz extranjera, con domicilio principal en el exterior.

Las dos visiones han encontrado acogida en la práctica arbitral, de manera que, como argumentos básicos para sostener que se trata de un arbitraje nacional, se han señalado los siguientes:

- (i) La Ley al usar la expresión domicilio y no la de establecimiento comercial, se refiere al sentido jurídico y de tradición legal sobre su alcance como sede principal y habitual de negocios o residencia de una persona jurídica o nacional, diferente al del simple establecimiento de comercio donde se desarrollan tales actividades y que puede ser múltiple.
- (ii) Asimismo, dicho criterio había sido adoptado por la ley 315 de 1.996, con un alcance más general y con un criterio omnicompreensivo en materia comercial o civil, por lo cual, al referirse al domicilio más cercano al acuerdo arbitral si existieran varios, se entiende suscrito por la sucursal colombiana, y no por su matriz. (Véase Cárdenas Mejía, Juan Pablo, Módulo de Arbitraje Nacional e Internacional, Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2.019. escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m1-1.pdf).

- (iii) El concepto de domicilio, tal y como se entiende en la ley colombiana y lo ha precisado la doctrina y jurisprudencia nacional (vb., los oficios 220-0655565 de agosto 22 de 2.012 y 100-141640 de 14 de julio de 2.016 de la Superintendencia de Sociedades, entre otros), han establecido que el domicilio coincide con el lugar donde opera la sede social a la que se envían documentos y recibe notificaciones, pudiendo una sociedad tener un domicilio principal, así como sus sucursales tener uno propio.
- (iv) Frente a la exigencia del art 471 del Código de Comercio, que toda sociedad extranjera que pretenda realizar actividades permanentes en Colombia abra una sucursal o subsidiaria, para desarrollar sus actividades mercantiles, la sucursal colombiana de una empresa extranjera tiene un domicilio propio en Colombia, cuenta con un capital asignado, y un apoderado o representante que puede contratar en su nombre, en las condiciones de su acto de apertura. Más aún, hasta hace algo menos de 15 años por el solo hecho de ser extranjera, toda sucursal de sociedad extranjera estaba sometida a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, debiendo reportar sus actividades y enviando información contable y financiera de la sucursal, y no necesariamente de la matriz.
- (v) Bajo ese entendido, si se entiende que la actividad de la sucursal asociada está asociada a su domicilio en Colombia, la sucursal no es un simple establecimiento de comercio de su matriz, sino una extensión propia de la misma, con capacidad autónoma de contratación y contabilidad individual, de manera tal que se asimila a un “ente” operativo local.
- (vi) Por su parte, el criterio de internacionalidad tiene un argumento central que se resume en el hecho que la sucursal por más capacidad de contratación que pueda tener no es una persona jurídica diferente a su matriz, por lo cual los efectos jurídicos de cualquier acto que la sucursal celebre se radican en su cabeza y patrimonio, ya que la sucursal carece de personería jurídica propia.

Bajo esta visión, muy sucinta, el proyecto de reforma a la Ley (Que, como se anotó, no pasó a segundo debate en la legislatura 2.021 y 2.022, sin que sea posible saber, a la fecha de preparación de este artículo, si volverá o no a ser presentado a consideración del Congreso por el gobierno nacional para la legislatura 2.022- 2.023), propugnaba por una definición en esta materia al acoger la segunda visión reseñada. Para ello, los consideraba como internacionales en la medida en que, en la hipótesis planteada, el domicilio de una sucursal de sociedad extranjera será el de su matriz. Por lo pronto, el debate sigue abierto y las posturas enunciadas continúan en discusión.

- 3.2. Con la precisión señalada sobre el uso del vocablo “domicilio”, el criterio b) II de la LM es reproducido literalmente en la Ley, como segundo factor de definición de internacionalidad del arbitraje.
- 3.3. Cambio significativo, consistió en la no incorporación en la Ley del tercer criterio de internacionalidad previsto por la LM, es decir, la fijación contractual de las partes en el sentido que el lugar de arbitraje está situado en un estado diferente (criterio b) I de la LM), o que el objeto del pacto arbitral está situado en más de un estado (Criterio c) del art 1º de la LM).

La razón era la obligatoria necesidad de dar cumplimiento a lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-347 de 1.997, con ponencia del Dr. Jorge Arango, en materia de los artículos 1º y 4º, entonces vigentes, de la citada ley 315 de 1.996, que permitía que el simple acuerdo de las partes, sin un criterio objetivo de internacionalidad (por ejemplo, que una de las partes fuera extranjera) pudiese definir el carácter internacional del arbitraje. Por ello, era claro para los redactores de la Ley que el simple acuerdo de las partes no podría ser base definitoria de un criterio de internacionalidad en materia de arbitraje.

- 3.4. A diferencia de lo estructurado en la LM, la Ley incorporó un tercer criterio de internacionalidad (esta vez tomado de la jurisprudencia de la corte de casación francesa, y que fue adoptado como norma positiva en el artículo 1492 del nuevo código de procedimiento civil francés), y es el que la controversia sometida a arbitraje afecte los intereses del comercio internacional. Como lo anota Juan Pablo Cárdenas en su obra “Módulo Arbitraje Nacional e Internacional”, Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019, que se puede consultar digitalmente en <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co>; la jurisprudencia francesa empezó a formular la teoría desde 1.927 con el caso *Pélissier du Besset Vs The Algiers Land and Warehouse*, la que desarrolló con matices en el último siglo, para consolidar una tesis sostenida y continuada, en decisiones de 14 de marzo de 1.989, 17 de enero de 2.002 y 22 de noviembre de 2.007, entre otras.

La amplitud de este criterio, ampliamente desarrollado por la jurisprudencia internacional, se ha decantado por el concepto básico que existe afectación a los intereses del comercio internacional cuando la relación contractual o económica inmersa en el arbitraje (o, una parte de la una u otra, si fuera el caso), supone una transferencia de bienes, servicios, o fondos a través de una frontera internacional, con lo cual su alcance puede ser de gran amplitud. En tal sentido, el proyecto de reforma a la Ley, ya citado, incorporaba expresamente esta precisión sobre la materia

como definición legal. Por ende, esta temática sigue por ser desarrollada en nuestra práctica legal y jurisprudencial.

- 3.5 Finalmente, la Ley incorpora un inciso final, no contemplado en la LM, por el cual *“Ningún Estado, ni empresa propiedad de un Estado, ni organización controlada por un Estado, que sea parte de un acuerdo de arbitraje, podrá invocar su propio derecho para impugnar su capacidad para ser parte en un arbitraje o la arbitrabilidad de una controversia comprendida en un acuerdo de arbitraje”*.

Esta disposición busca precisar y reiterar la aplicabilidad del arbitraje con parte estatal, de manera que se impida el uso o la invocación de su derecho interno como criterio o motivo para una eventual no arbitrabilidad –ya sea subjetiva, alegando su calidad de entidad o parte pública-, u objetiva, al invocar su derecho interno como argumento para evitar que se someta a arbitraje una controversia en particular.

No obstante, en virtud a la viabilidad de denegar el reconocimiento en Colombia de un laudo internacional, a la luz de la Convención de Nueva York, o como causal de anulación (como se anotará más adelante), de aquellas controversias cuyo objeto, según la ley colombiana, no sean objeto de arbitraje, esta disposición, si bien loable y bien intencionada, no impedirá que discusiones o realidades de derecho interno, como la reiterada imposibilidad de arbitrar controversias que versen sobre la legalidad de los actos administrativos en torno a la validez de las facultades extraordinarias previstas en el art. 14 de la ley 80 de 1.993, lleven a la obvia conclusión que laudos arbitrales que toquen estas materias, van a estar irremediamente envueltos en su probable invocación como causal de anulación (en un hipotético arbitraje nacional con sede Colombia, en el que se hubiese asumido competencia), o para efectos de denegar su reconocimiento si fuese internacional con sede fuera del país, en cuyo caso tal denegación sería más que probable, dados los alcances de sentencias como la C-1436 de 2.000 y la SU-174 de 2.007 de la Corte Constitucional, o la de 10 de junio de 2.009 de la sección tercera del Consejo de Estado.

Cabe anotar que el citado proyecto reformativo de la Ley buscaba clarificar que esta disposición opera en virtud del principio de buena fe, de tal forma que su violación supondría desconocer sus alcances. No obstante, como anotación puntual ante un proyecto de ley que no ha tenido curso en el Congreso nacional, el principio de buena fe deberá entenderse bajo estándares internacionales aplicables al arbitraje, sin perjuicio de sus incidencias propias a nivel de la ley, jurisprudencia o prácticas nacionales. No parecería agregar mucho esta adición que buscaba efectuar este proyecto de ley, cuando la buena fe es parte de los principios rectores del arbitraje internacional, a que hace referencia el art 64 de la Ley, en consonancia con el 2 A de la LM:

4. Una segunda materia que debe destacarse, en la que la Ley formula desarrollos frente al texto original de la LM, se refiere a la definición de autoridad judicial. Mientras el ordinal c) del art. 2º de la LM habla de *“tribunal”*, para definir a cualquier órgano del sistema judicial de un

país, la Ley usa la expresión “*autoridad judicial*”, de manera que no exista confusión con el tribunal arbitral, en la que la LM utiliza el mismo vocablo.

En el mismo sentido, el artículo 68 de la Ley desarrolla lo previsto en el art. 6º de LM para establecer que, en materia de lo establecido en los artículos 71, 73 numerales 5 y 6, 76 numeral 2, 77 numeral 1, 88 inciso 1 y 3, 89, 90, 100, 111 y 116 (coincidente con los artículos 11 3) y 4), 13 3), 14, 16 3) y 34 2) de la LM), la autoridad judicial serán los jueces civiles de circuito, salvo cuando en el proceso arbitral actué como parte una entidad pública colombiana, en cuyo caso lo será un juez administrativo.

De otra parte y para efectos del recurso de anulación de laudos internacionales con sede Colombia, o el reconocimiento de laudos internacionales, la autoridad judicial será la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, salvo que sea parte una entidad pública colombiana, o una privada que ejerza funciones administrativas, en cuyo caso lo será la sala plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado; todo lo anterior, dado su carácter de altas cortes de cierre en sus respectivas materias, lo que reitera la ventaja y conveniencia de tener a los más altos tribunales del país manejando la jurisprudencia en torno a estas materias.

Por último y como una curiosidad menor, el art. 63 de la Ley en materia de definiciones efectúa un ajuste a la de “arbitraje” de la LM; ya que reiterando que se trata de cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente, usa la expresión que “*lo administre*”, no que lo “*ejercita*” de la LM; ciertamente menos precisa y técnica que el vocablo “administración”, mucho más usado en la práctica internacional sobre la materia.

5. En materia de recepción de comunicaciones, el art. 65 de la Ley sigue al 3º de la LM con un par de precisiones que en nada la desnaturalizan y que se puntualizan de la siguiente manera:
 - 5.1. En el numeral 1º la Ley agrega al texto, literalmente tomado del 3.1 a) de la LM; que la comunicación escrita se entenderá entregada al destinatario en la dirección estipulada contractualmente entre las partes, y en su defecto, en la dirección de residencia o lugar de actividades habituales.
 - 5.2. De otra parte, en consonancia con la evolución tecnológica y en sintonía con la práctica internacional en la materia (reflejada en los diferentes reglamentos arbitrales), la Ley incorpora un numeral sobre comunicaciones mediante medios electrónicos que se efectúen en las direcciones acordadas, para hacerlas efectivas en el día de su envío salvo la relativa a la notificación de arbitraje que se entenderá efectuada cuando la reciba el beneficiario.

6. En materia del acuerdo de arbitraje, el art 69 de la Ley acoge textualmente la opción I del art.7º de la LM. Sobre el particular y en relación con los arts. 8º y 9º de la LM, la Ley, en sus artículos 70 y 71 los reitera casi textualmente con ajustes menores, básicamente para: (i) Precisar que la autoridad judicial deberá enviar las comunicaciones a las partes del arbitraje, cuando lo soliciten, oportunidad que será hasta la contestación de la demanda, y (ii) Eliminar la frase contenida en el art.8º de la LM, que limita tal envío cuando se compruebe que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible, circunstancias cuya determinación corresponde al tribunal arbitral, bajo los principios de autonomía del pacto arbitral y de kompetenz- kompetenz para fijar su competencia.
7. El capítulo III de la Ley, que sigue la misma numeración de la LM (lo cual reitera su influjo y guía), es desarrollado de manera lineal por los artículos 72 a 78, en consonancia con los artículos 10 a 15 de la LM, con algunas diferencias que conviene resaltar:
 - 7.1.En materia del número de árbitros, se precisa que siempre será impar, fórmula también adoptada por la Ley en materia de arbitraje nacional (art. 7º).
 - 7.2.En consonancia con la práctica internacional, tal y como la recoge la mayoría de los reglamentos arbitrales, la Ley señala que, en materia de nombramiento de árbitros y según los criterios fijados por las partes en su acuerdo de arbitraje, los árbitros podrán no ser abogados, así como que la calidad de abogado habilitado en la sede del arbitraje, o su nacionalidad no impedirán a tal abogado representar a una parte, criterios no consignados en el art. 11 de la LM.
 - 7.3.Siguiendo el esquema y redacción del art 11 de la LM, el art. 73 de la Ley fija en 30 días el término para que la institución arbitral, o la autoridad judicial, en su caso, proceda al nombramiento de árbitros según corresponda.

A su vez, la Ley incluye un nuevo artículo (el 74), no contemplado por la LM, básicamente para señalar que, en el evento de partes múltiples, sus integrantes deberán ponerse de acuerdo para efectos de nombramientos de árbitros.

- 7.4.En materia de recusación y materias conexas, la Ley sigue la estructura de la LM, pero presenta desarrollos importantes en torno al procedimiento y trámite de las recusaciones, que, sin desconocer la esencia de la LM, si la desarrollan de manera especial. En líneas básicas, la Ley acoge los esquemas adoptados en reglamentos de centros internacionales y precisa con detalle su desarrollo, que en la LM se estructura de manera muy general.

En adición a establecer términos para decidir y tramitar las diferentes etapas y escenarios potenciales, se fija la instancia para decidir la recusación (los demás árbitros en caso de

un tribunal plural, o el presidente del tribunal si hay empate, salvo que sea el recusado), o en su defecto, la institución arbitral nominadora, o la autoridad judicial. En todo caso, el árbitro recusado podrá aceptar la situación y retirarse sin que ello implique validar las razones alegadas por la parte que lo recusa. Si bien el art 76 de la Ley es mucho más amplio que el 13 de la LM, sigue sus lineamientos y recoge su redacción sin perjuicio de desarrollar más en detalle el trámite procedimental respectivo.

8. En relación con la competencia del tribunal arbitral, el art. 79 de la Ley sigue los criterios incluidos en el art 16 de la LM con algunos ajustes que no desdibujan el esquema planteado en la LM, y que se resumen de la siguiente manera:

- 8.1. La Ley reproduce la vigencia del principio kompetenz- kompetenz en cabeza del tribunal arbitral, de manera que es su facultad la de decidir sobre su propia competencia, incluyendo las excepciones que afecten la validez o existencia del acuerdo de arbitraje.

En tal sentido, especifica y amplía este principio, esencial para el arbitraje tanto nacional como internacional, al señalar que: *“El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del acuerdo de arbitraje o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquiera otra que tenga por objeto impedir la continuación de la actuación arbitral.”*

De allí, pues, que la Ley reafirma el alcance de la LM en la materia, pero involucra otros conceptos afines al resaltar la competencia única del tribunal para decidir sobre su competencia, al igual que sobre cualquier excepción que se alegue en contra del acuerdo de arbitraje y cuya estimación buscarse impedir una decisión sobre el fondo de la controversia, mencionando con carácter enumerativo, excepciones como la prescripción, caducidad o cosa juzgada. Por ende, la Ley dentro de los parámetros de la LM, amplía su alcance y evita que, por la vía de otras materias alegadas, se pretenda vulnerar la capacidad del tribunal arbitral de decidir sobre su propia competencia.

- 8.2. De igual manera, la Ley reafirma el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje frente al acuerdo o contrato que lo contenga, en la misma línea planteada por el numeral 1° del art. 16 de la LM, no limitándose exclusivamente a la nulidad del pacto arbitral, sino también incluyendo otras figuras jurídicas equivalentes o aplicables, muchas de ellas de reconocida vigencia en derecho comparado y ciertamente en el colombiano, como la inexistencia, anulabilidad o ineficacia, todas ellas reguladas en la ley colombiana, particularmente en los arts. 1740 y ss. del Código Civil, y, particularmente, en los arts. 897 a 904 del Código de Comercio.

- 8.3. La Ley, sobre las premisas y la redacción de los numerales 2) y 3) del art. 16 de la LM, precisa que si se desestiman las excepciones sobre competencia del tribunal como cuestión previa, tal decisión solo puede ser impugnada mediante la interposición del recurso de anulación en contra del laudo final, mientras que si se declara incompetente o acepta haber excedido su mandato, se sigue la fórmula de la LM para impugnar tal decisión dentro de los 30 días siguientes, mediante la vía del recurso de anulación. Cabe anotar que la Ley no reprodujo el texto de la LM que permite que mientras esté pendiente tal decisión, el tribunal continúe actuando inclusive hasta dictar el laudo, ya que considera que tal decisión es un laudo y, por consiguiente, es la anulación la vía para su impugnación.
- 8.4. Por último, la Ley incluye un numeral adicional para regular la hipótesis de decisiones sobre incompetencia de alcance parcial -con el mismo esquema explicado anteriormente, caso en el cual si podrá continuar el tribunal su mandato frente a aquellas materias que no sean objeto de la decisión respectiva.
9. En materia de medidas cautelares y órdenes preliminares (capítulo V de la Ley y IV A de la LM, en el que se reitera, la Ley sigue el orden propuesto por la LM), existe una clara influencia de la LM en la Ley y se plantean ajustes que se pueden resumir de la siguiente manera:
- 9.1. Se reproduce de manera integral el art 17 de la LM, con la sola diferencia que el art 80 no usa la expresión “*menoscabo*” al procedimiento arbitral, sino “*entorpecimiento*”, ajuste que no tiene trascendencia lingüística o jurídica mayor.
- 9.2. De una manera más sistemática que la planteada en la LM (y que, en mi opinión recoge los criterios esenciales de la LM, pero los plantea de manera más ordenada), la Ley establece que los requisitos para otorgar una medida cautelar aplican para todas ellas, sin diferenciar requisitos por tipos de medidas como lo plantea el art. 17 A de la LM. En tal sentido, serán siempre exigibles por el Tribunal y no de manera discrecional para algunos de ellos, como lo plantea la LM.
- Para tal fin, el peticionario deberá acreditar “*la conducencia, pertinencia, razonabilidad y oportunidad de la medida cautelar*”. conceptos cuyos alcances han sido decantados por la doctrina y jurisprudencia especializada sobre la materia.
- 9.3. El término de expiración de la orden preliminar se eleva de 20 a 30 días (Art. 83 de la Ley, frente al 17C de la LM). Como nota a resaltar y siguiendo el tenor de la LM, varias disposiciones de la Ley se transcribieron literalmente de la LM, como por ejemplo el art. 84, idéntico al 17D de la LM.

- 9.4. En relación con la temática de garantías asociadas a las medidas cautelares u órdenes preliminares, se usa la expresión “caución”, propia de la práctica local, en lugar de garantía sin que tal ajuste sea realmente relevante.
- 9.5. Siguiendo el criterio de la nota explicativa al art. 17 H de la LM, la Ley (art.89, se reitera, con algunos ajustes de redacción), reafirma los criterios para negar el reconocimiento o ejecución de una medida cautelar, pero los restringe, en materia de los 4 numerales del ordinal a), cuando ellas pudieron ser alegadas ante el mismo tribunal arbitral.
- 9.6. Es importante anotar que el citado proyecto modificatorio de la Ley (se reitera, archivado a la fecha), planteaba ajustes significativos al art. 90 para, sin modificar la viabilidad de medidas cautelares ante una autoridad judicial, regular un esquema procesal con condiciones, términos y plazos, en la línea ya descrita, cuando la medida cautelar se solicite ante una autoridad judicial colombiana.
10. En relación con el capítulo sobre sustanciación de las actuaciones arbitrales, la Ley sigue de manera muy puntual la redacción de la LM con ajustes menores que me permito reseñar a continuación:
- 10.1. Mientras reitera el principio de trato equitativo a las partes, la Ley (art.92) efectúa un par de ajustes menores a la LM en cuanto a la determinación del procedimiento, para precisar la facultad de las partes de convenir la lex arbitri aplicable al procedimiento arbitral, de manera directa o con referencia al reglamento de un centro arbitral.
- Asimismo, se reitera la facultad fijada en el art 19 de la LM, para que el Tribunal a falta de acuerdo de las partes dirija el arbitraje del modo más conveniente, puntualizando que, en ese evento, no habrá necesidad de acudir a las leyes procesales de la sede del arbitraje.
- 10.2. En materia del lugar de arbitraje, la Ley en su art 93 utiliza la expresión “sede”, sin que ello suponga alterar el sentido asociado. Sin duda, la expresión sede es mucho más usual en la práctica arbitral por lo cual su escogencia en la Ley es razonada, y sigue la tendencia de los reglamentos arbitrales más representativos y aceptados a nivel internacional (Por ejemplo, el art 18 del reglamento de la CCI).
- 10.3. Frente a la asistencia de la autoridad judicial para la práctica de pruebas, el art. 100 de la Ley en consonancia con el 27 de la LM, reitera tal principio con dos ajustes que reafirman su aplicabilidad: (i) La autoridad judicial colombiana no solo “podrá” atender tal solicitud, sino que efectivamente la “atenderá”, con un

carácter obligatorio y no meramente potestativo, y (ii) Se precisa que, en tal evento, la autoridad judicial nacional procederá bajo los parámetros de una comisión judicial.

- 11- Siguiendo literalmente con el orden de la LM, la Ley aboca a partir del art. 101 la temática relativa al pronunciamiento del laudo y la terminación de las actuaciones arbitrales.

En tal sentido, una primera diferencia se presenta en materia de adopción de decisiones con más de un árbitro (art 102 de la Ley, en consonancia con el 29 de la LM). En efecto, y siguiendo el esquema de reglamentos como el de la CCI (art 32), se establece que cuando no hubiese mayoría (Que es la regla básica salvo acuerdo de las partes), la decisión la adoptará el presidente del tribunal, fórmula no contemplada en la LM, pero cuya incorporación resulta conveniente como mecanismo para superar cualquier impasse sobre la materia.

De igual manera y nuevamente para ampliar el campo de acción de la norma, no su restricción o límite, el art. 103 de la Ley establece que no solo operará la transacción como mecanismo de terminación anticipada del proceso arbitral, sino también la conciliación y mediación, mecanismos no previstos por el art 30 de la LM. Nuevamente, este ajuste en nada desnaturaliza a la LM sino, por el contrario, la amplía y perfecciona al incluir otras opciones de solución definitiva de las controversias objeto de debate arbitral, que, como la mediación y conciliación son ampliamente conocidas y usadas en la práctica internacional.

12. En materia de la forma y contenido del laudo, el art 104 de la Ley sigue de manera muy consecuente la redacción del art 31 de la LM con las siguientes precisiones:

12.1. Además de reiterar la necesidad de la firma del árbitro presidente cuando fuera del caso (tal y como se comentó anteriormente), la Ley puntualiza que la falta de una o más firmas no afectará la validez del laudo. Esto con el fin de evitar que la falta de una firma (con la presencia de la mayoría, o, en su defecto, la del presidente del tribunal), afecta la expedición y validez del laudo. Mecanismo similar opera en materia de arbitraje nacional (art. 38 de la Ley), con la particularidad que, de ocurrir, el árbitro respectivo no tendrá derecho a recibir la segunda mitad de sus honorarios.

12.2. La regla básica sobre motivación del laudo, que en la LM encuentra dos excepciones en el acuerdo de las partes y en la adopción de un laudo por acuerdo transaccional de las partes, es seguida por la Ley de manera puntual, con una diferenciación significativa. De esa manera, se reitera esta excepción para laudos

que adopten el acuerdo de las partes para terminar la controversia, pero en cuanto a la falta de motivación por el mero acuerdo de las partes, el numeral 2° de la Ley lo condiciona a que ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia, en su caso, en Colombia.

La razón resulta evidente de conformidad con los principios básicos del debido proceso y la defensa de orden constitucional que son parte del orden público “internacional” de Colombia para efectos tanto del recurso de anulación, como del reconocimiento de laudos extranjeros, en la medida en que involucre a partes domiciliadas o residentes en el país.

En efecto, de manera sistemática la legislación y jurisprudencia nacionales han insistido en la necesidad de motivar los fallos judiciales (concepción aplicable a los laudos arbitrales en virtud del art. 116 de la Constitución colombiana), de manera que no se entiende debidamente expedida una sentencia sin que ella explique y motive las razones de sus decisiones. De lo contrario, se vulneraría una garantía esencial, básica y fundamental del debido proceso como base estructural del sistema legal nacional, y que, por consiguiente, no solo se entiende como una norma de orden público meramente local sino una de aquellas que tipifican el denominado orden público internacional en su acepción universalmente entendida y a la que me referiré más adelante.

De allí, pues, que el alcance de normas como la de los arts. 42 y 280 del Código General del Proceso en materia de procesos judiciales internos encuentran en el art 29 de la Constitución nacional sobre debido proceso una fuente específica y concreta. A su vez la jurisprudencia nacional, en particular de la Corte Constitucional, ha desarrollado en la falta de motivación uno de los eventos que determinan la violación del derecho fundamental al debido proceso, como una forma de defecto sustantivo (al punto de considerar esta circunstancia, como tal, un defecto alegable para efectos de la viabilidad de una acción de tutela contra providencia judicial, y, de manera excepcional, contra laudos arbitrales), como lo ha sostenido en una importante y consolidada serie de sentencias, como las C-590 de 2.005, T- 466 de 2.011, SU- 174 de 2.007, o SU- 173 de 2.015, entre otras.

- 12.3. Como se anotó anteriormente, la Ley usa la expresión “*sede*”, en cambio de “*lugar*” de arbitraje, como el sitio jurídico de trámite del proceso arbitral, y, por ende, para localizar la jurisdicción en la cual se entiende proferido el laudo arbitral, entre otros muchos efectos para efectos de determinar aquella aplicable al recurso de anulación.

13. Por último y como un tema menor, el art. 106 de la Ley sigue casi textualmente al 33 de la LM, con una precisión semántica, ya que el término tanto para solicitar la aclaración o corrección del laudo, como para efectuarla se establece no en 30 días, como señala la LM sino en un mes.
14. En relación con el capítulo de impugnación del laudo arbitral, la Ley sigue muy de cerca la redacción y parámetros de la LM en plena consonancia, además, con la duplicidad de causales alegables en materia del recurso de anulación, con aquellas que permiten denegar el reconocimiento de un laudo internacional a la luz de lo establecido por la Convención de Nueva York, de la que Colombia es parte (Y cuya adhesión fue aprobada mediante la ley 37 de 1.979). Sin perjuicio de lo anterior, es importante efectuar los siguientes comentarios:
 - 14.1. Como nota meramente formal, la Ley usa la expresión “*recurso*” de nulidad y no “*petición*” de nulidad, sin que ello suponga diferencias de fondo en su alcance y propósito.
 - 14.2. De igual manera, el art 107 de la Ley reitera el carácter exclusivo de la anulación, como la única forma de controvertir un laudo con base en razones fundamentalmente de procedimiento y no de orden sustancial. Para ello, incluye una expresa manifestación (también incorporada en materia de arbitraje nacional en el art. 42 de la Ley), en el sentido que. “*la autoridad judicial no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.*”, redacción no incluida en la LM:

Esta redacción adicional de la Ley, en mi opinión, complementa a la LM y busca, expresamente precisar el papel a desempeñar por el juez de anulación para evitar interpretaciones o asunción de funciones ajenas a la práctica del arbitraje internacional y, particularmente (no siempre con resultados satisfactorios), de un juez nacional en materia de la acción de tutela.
 - 14.3. En sintonía con varias legislaciones internacionales (por ejemplo, el art. 126 de la ley peruana de arbitraje, el art. 1717(4) de la ley belga, o la ley suiza, citadas por Dyala Jiménez Figueres en su artículo Renuncia al Recurso de Anulación contra el Laudo: Alcances y Análisis Comparativo, Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión, Pgs. 531 a 537, en <http://djarbitraje.com>), la Ley estructura la posibilidad, no prevista en la LM, por voluntad expresa de las partes ya sea en el acuerdo de arbitraje o en acuerdo posterior, de excluir la aplicabilidad del recurso de anulación, o reducirlo a una o determinadas causales, siempre y cuando ninguna de ellas esté domiciliada o sea residente en Colombia. En materia de

partes domiciliadas en el país, por las razones ya enunciadas sobre orden público internacional asociado al debido proceso en este caso frente al recurso de anulación, esa posibilidad no es viable ya que se considera como parte esencial del debido proceso la posibilidad de controvertir al laudo internacional a través del recurso de anulación y, por ende, su renuncia o reducción solo se permite para partes no domiciliadas en Colombia.

- 14.4. En materia de causales del recurso, la Ley reproduce textualmente aquellas del art 34 de la LM, con la única precisión en materia de la causal (ii) del ordinal b) del art 34 de la LM; (art 107 de la Ley), que el laudo sea contrario al orden público “*internacional*” de Colombia, particularidad no consagrada en la LM, pero que es la regla básica aceptada por la comunidad arbitral internacional.

De esa manera, la Ley sintoniza de manera expresa su regulación positiva con la tendencia internacional de limitar y precisar el alcance de las causales de anulación (como las de negación de reconocimiento de laudos internacionales previstas en la Convención de Nueva York de 1.958, que son espejo), en cuanto a que contraríen el orden público -causal declarable aún de oficio por el juez de anulación-, bajo el criterio de orden público internacional, y no meramente de orden público interno.

Sobre esta temática, cabe señalar que la noción de orden público internacional ha sido el resultado de un proceso evolutivo de carácter eminentemente jurisprudencial con apoyo doctrinal del concepto tradicional y nacional de orden público, con el propósito de delimitar la necesaria interacción entre las providencias y laudos arbitrales internacionales frente a su reconocimiento en otra jurisdicción, a la luz de su legislación interna.

En este sentido, y con base en el alcance de la Convención de Nueva York, era pertinente precisar el concepto de “*orden público de cada país*”, que permitía, en este caso aún por vía oficiosa, negar tal reconocimiento sobre la base que el laudo extranjero pudiese afectar normas internas catalogables como tales. Lo anterior, además, porque sin perjuicio de los criterios máximos que la citada convención establece para solicitar tal reconocimiento (base necesaria de una futura ejecución de tal laudo extranjero en el país respectivo), el detalle específico de tal trámite es del resorte de cada legislación nacional. Temática que también ha permeado, para bien, a muchas legislaciones nacionales en materia de exequatur de sentencias judiciales extranjeras regidas en su mayoría por legislaciones procesales internas, esquema que ha operado en Colombia desde hace varias décadas, y que ha permitido decantar una noción de orden público internacional aplicable no solo al reconocimiento de laudos, sino también al de sentencias extranjeras.

Bajo esta perspectiva, muy general, se ha ido construyendo un concepto evolutivo, no siempre concreto o preciso, marcadamente jurisprudencial para establecer que se entiende por “orden público”, para los efectos citados de la Convención de Nueva York, paralelo y mucho más restringido que el tradicional de orden público interno, que no es otro que el del orden público internacional. Dado el marcado criterio internacionalista de la Convención de Nueva York, la noción restringida de orden público internacional reafirma una seguridad estandarizada para reiterar que un laudo extranjero va a obtener su reconocimiento en otra jurisdicción con bases claras y solo será posible su denegación alegando causales taxativamente previstas. Este mismo criterio es el que aplica para efectos de la anulación de un laudo internacional con sede Colombia.

En líneas generales, la noción de orden público internacional tiene los siguientes elementos básicos:

- Es un concepto eminentemente nacional, que cada jurisdicción construye con base en su sistema de valores y su arquitectura jurídica y social. No es igual el esquema legal de un país latinoamericano, que el que vive uno asiático, o una monarquía autárquica árabe.
- No es una noción legal, sino dinámica de creación jurisprudencial y evolutiva según cambien los parámetros sociales, económicos y jurídicos de cada país.
- No corresponde necesariamente a criterios religiosos o sociales, pero sí refleja la arquitectura jurídica básica de un país en concreto.
- Es una noción restrictiva, que debe favorecer el carácter internacional del arbitraje, en los términos de la Convención citada. (Para un mayor detalle, véase, el artículo “La Agencia Comercial y los Sistemas de Distribución en el Arbitraje Comercial”, Santiago Talero Rueda, Revista de Derecho Privado No 44, Universidad de los Andes, 2.010.

Por ende y más allá de las particularidades de cada país, esta noción enmarca aquel conjunto de principios básicos, fundamentales, que un estado busca proteger en su sistema social y que definen sus criterios de justicia y de moralidad pública, lo que abarca sus normas básicas de funcionamiento social y político, es decir, sus normas de orden público de “dirección”, o de “policía”, más no toda

norma interna de orden público, así como sus compromisos internacionales con otros estados u organizaciones internacionales.

Se trata, en consecuencia, de los elementos básicos y estructurales del sistema legal de un país con una visión restringida, lo que ha supuesto que normas básicas como el derecho a la defensa, al debido proceso, el respeto a tratados internacionales, la igualdad ante la ley, la protección de minorías, la prohibición de la esclavitud y de la trata de seres humanos, y las leyes antimonopolio, o la normatividad comunitaria europea, por solo citar algunos ejemplos, se hayan tipificado como las clásicas circunstancias que delimitan su contenido.

De allí pues, que solo si una norma interna de orden público tiene estos matices básicos, que la convierten en una de orden público internacional, podrá ser invocada como causal válida para solicitar la denegación de reconocimiento de un laudo extranjero, con la carga argumentativa y probatoria respectiva para quien la alega.

A su vez, esta visión de orden público internacional se ve reforzada con una noción más global de común aceptación, con lo cual adquiere ribetes universales o “transnacionales” bajo la noción de orden público “realmente” internacional, dada su aceptación ampliada. En tal sentido, ese contenido (v.gr., la violación al debido proceso o la defensa), como pilar del sistema judicial mundial, daría lugar a considerar una denegación de tal reconocimiento si el laudo, o su anulación bajo la Ley, por ejemplo, hubiese sido el producto de un trámite arbitral que no hubiera permitido su adecuado ejercicio bajo estándares aceptables.

En tal sentido, la Sala Civil Corte Suprema de Justicia ha venido construyendo y aplicando desde hace ya varias décadas la noción de orden público internacional, con los contornos anteriormente citados, en sentencias como las 19 de Julio de 1.994, noviembre 6 de 1.996, julio 27 de 2.011 y agosto 13 de 2.002. En materia concreta de reconocimiento de laudos internacionales, la Corte Suprema ha reiterado esta tesis en sentencias como las de 30 de enero de 2.004, 27 de julio de 2.011, 24 de junio de 2.016, 8 de febrero y 24 de mayo de 2.017.

- 14.5. Novedad importante más no descontextualizada frente a la LM, la constituye la regulación contenida en el art 109 de la Ley sobre el procedimiento para tramitar el recurso de anulación y cuyas notas principales son las siguientes:

- 14.5.1. La LM al no regular el procedimiento para tramitar la anulación, defirió a cada ley nacional el manejo correspondiente. En el caso colombiano, se trata de un procedimiento expedito y acorde con estándares internacionales. Para ello y dentro del mes siguiente (no 3 meses como lo señala la LM) a la notificación del laudo o de su aclaración, deberá interponerse con invocación y sustentación de las respectivas causales.
- 14.5.2. Operará un rechazo de plano si la interposición del recurso es extemporánea, no sustentada o basada en causales diferentes a las expresamente consagradas en la Ley, después de lo cual se tramitará de manera rápida con un traslado a las partes opositoras para sus comentarios y una decisión judicial en un término no mayor a 2 meses. Como comenté anteriormente, la autoridad judicial en Colombia son la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, como regla general, y la Sección 3ª del Consejo de Estado para aquellos arbitrajes que involucren una entidad pública o un particular que ejerza función administrativa.
- 14.5.3. La Ley establece que la decisión de anulación regulará los efectos a que haya lugar, incluyendo las costas respectivas, precisando que habrá condena en costas si no prosperase ninguna de las causales invocadas, salvo que el recurso lo hubiese interpuesto el Ministerio Público, entidad que está facultada para su procesamiento, pero cuya participación en arbitrajes internacional con parte pública colombiana no tiene los alcances previstos en la misma Ley (art 49), para el arbitraje nacional.
- 14.5.4 . La Ley no incorporó el numeral 4) del art. 34 de la LM en materia de suspensión, a petición de parte, del trámite de anulación con el propósito de adoptar medidas que eliminen la causal de anulación.
- 14.5.5. La Ley expresamente señala que la interposición de la anulación no suspende la ejecución del laudo, así como que contra la decisión de anulación no procede acción o recurso alguno, norma clara y que no admite discusión alguna,

A pesar del expreso alcance del art. 67 de la Ley, en dos específicos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre tutela en materia de laudos en arbitraje internacional (sentencias SU 500 de 2.015 y T- 354 de 2.019), se ha esbozado una tesis para desconocer su aplicación que se puede resumir bajo los siguientes parámetros:

- 14.5.5.1 La acción de tutela sería procedente, aún a pesar de la prohibición del 67 de la Ley, al considerar que la Constitución y el sistema de protección de derechos fundamentales prevalece sobre una ley.
- 14.5.5.2. La tutela procedería (sin perjuicio de la libertad de escogencia de las partes de la ley sustancial a ser aplicada para decidir el fondo la controversia), contra laudos que, al menos parcialmente, estuvieran regidos por ley colombiana.
- 14.5.5.3. Los requisitos de procedibilidad serían los mismos aplicables a tutelas contra laudos nacionales, pero con una connotación de “*excepcionalísima*”, sin definir su alcance.
- 14.5.5.4. No aplicaría para laudos que se rigiesen por ley extranjera, aún con sede Colombia. No es claro, si un laudo con sede extranjera que aplique ley colombiana pudiera ser objeto de tutela, pero tal hipótesis parece imposible en la práctica.
- 14.5.5.5. Las causales de anulación aplicables abarcan la violación del orden público internacional de Colombia, con lo cual y sin precisar este concepto, la exigencia de agotar este recurso frente a laudos sede Colombia se vería “*reforzada*”.

Si bien estas dos sentencias no desembocaron en decisiones que concediesen la tutela, o, mucho menos, que supusieran alguna nulidad de los laudos en cuestión, el solo planteamiento de la posibilidad que un laudo internacional pueda ser objeto de una tutela interna ha generado enorme discusión y no poca preocupación, dado que a nivel internacional tal tipo de acciones son no solo inusuales sino altamente criticadas.

En líneas generales, los planteamientos de la Corte Constitucional, aún en “construcción” abren una ventana de posibilidades altamente inconvenientes. No solo resulta discutible que se señale que el art. 67 de la Ley es inaplicable de hecho, cuando quiera que el juez constitucional colombiano estimase que existen violaciones a derechos fundamentales bajo criterios de derecho interno nacional meramente jurisprudenciales, sino que hacer aplicable una tutela por el solo hecho que un tribunal arbitral sede Colombia aplique ley colombiana supone desconocer que la voluntad de las partes -expresada en el acuerdo de arbitraje-, es el origen de todo arbitraje máxime si es internacional del arbitraje, con lo cual la sede o el derecho aplicable no lo convierten en “nacional” para efectos de un control constitucional local.

Basta pensar que sucedería ante un arbitraje internacional, sede Colombia que aplique derecho colombiano por decisión de las partes, en el que actúen árbitros y partes no colombianas para entender la dificultad en aplicar la posición asumida por las citadas sentencias de la Corte Constitucional.

Por lo demás, el carácter “excepcionalísimo” de la procedencia de la tutela se vuelve un concepto difuso, lo que lleva a que, como ha ocurrido con el concepto de “excepcional”, en materia de arbitraje nacional, la tendencia es aplicar al arbitraje los parámetros que se han desarrollado para la procedibilidad de tutelas contra sentencias judiciales locales, recalcando el carácter especial del arbitraje, pero con un notorio matiz subjetivo y discrecional del juez constitucional. Razón por la cual la doctrina ha señalado que, ante esta realidad, sería deseable desligar las causales de procedibilidad de una tutela en arbitraje internacional de aquellas del nacional, para hacerlas mucho más exigentes y excepcionales, y en tal sentido dar un alcance inequívoco y no discrecional, del concepto “excepcionalísimo”. Véase, Santiago Talero Rueda: “Tutela contra laudos arbitrales: hacia una solución en arbitraje local e internacional”, Anuario de Derecho Privado No 3, Universidad de los Andes

A su vez, teniendo el laudo sede Colombia el carácter de laudo interno para efectos de su reconocimiento, la existencia del recurso de anulación garantiza una plena contradicción, eso sí bajo los estrictos criterios y causales que operan para el arbitraje internacional. Por ello, la posibilidad de una tutela bajo criterios tan imprecisos solo genera discusiones poco afortunadas que en nada contribuyen a consolidar un ambiente de seguridad jurídica tan necesario y deseable en esta materia.

Cabe anotar que, mediante providencia de 23 de abril de 2022, el Consejo de Estado se abstuvo de tramitar una tutela contra dos órdenes procesales emitidas por un tribunal arbitral internacional sede Colombia. Si bien tal decisión resulta afortunada, las razones argüidas despiertan preocupación ya que se fundamenta en la visión anterior de la Corte Constitucional sobre el art. 67 de la Ley, y el hecho que la tutela solo procede frente a laudos arbitrales internacionales y no en materia de órdenes procesales, lo que parece ya crear un patrón jurisprudencial de consecuencias impredecibles.

En consecuencia, no resulta afortunada la posición esbozada hasta hoy por la Corte Constitucional que, de concretarse y volverse doctrina unificada, generaría enormes dificultades para la consolidación del arbitraje nacional con sede Colombia; por lo cual sería más que deseable que, cuando esta corporación aboque esta materia en el futuro fije una

posición que aplique la Ley (en particular, su art. 67), como normatividad vigente.

- 14.5.6. Por último y de manera similar a lo regulado en el art 43 en materia de arbitraje nacional, la Ley a diferencia de la LM regula los efectos de una decisión de anulación, para señalar que si prospera la causal prevista en el numeral 1° literal a), del artículo 108 se declarará la nulidad del laudo, pudiendo las partes acudir ante la autoridad judicial competente. Tal nulidad también ocurrirá frente a las causales señaladas en el numeral 2 del artículo 108.

Por su parte, si lo fuesen las señaladas en el numeral 1° literal b), c) y d), del artículo 108 se declarará la nulidad del laudo, sin perjudicar al acuerdo de arbitraje. Asimismo, se faculta al subsiguiente tribunal arbitral o a la autoridad judicial, en su caso, para apreciar las pruebas practicadas en el curso del trámite arbitral.

15. En materia del capítulo sobre reconocimiento y ejecución de laudos, la Ley sigue a la LM casi al pie de la letra, con las siguientes notas características:
- 15.1. El art 111 de la Ley reproduce casi textualmente al 35 de la LM y, por ende, establece la eficacia del procedimiento de reconocimiento del laudo extranjero, bajo los parámetros de la Convención de Nueva York.
- 15.2. Sin perjuicio de ello y como desarrollo del art 7° de la citada convención sobre ley más favorable, la Ley establece que se considerarán como laudos nacionales (y, por ende, no requerirán del trámite de reconocimiento previo), aquellos derivados de arbitrajes internacionales con sede Colombia siempre y cuando no se hubiese pactado la renuncia al recurso de anulación, ya explicada. Esta particularidad de la ley nacional dota al arbitraje internacional con sede Colombia, de una ventaja notable de cara a la posible ejecución posterior de un laudo en el país frente a laudos expedidos en sedes diferentes.
- 15.3. En materia de motivos para negar el reconocimiento de un laudo internacional, la Ley en su art 112 (al amparo de la Convención de Nueva York), reproduce de manera casi literal al 36 de la LM con la sola precisión -ya explicada frente al recurso de anulación-, de señalar que la causal b) (ii), se refiere a la violación del orden público internacional de Colombia.
- 15.4. La Ley incorporó 4 artículos adicionales (113 a 116), no contemplados en la LM y que en nada desnaturalizan su alcance, para fijar con claridad y al amparo de la

nota explicativa a este artículo los alcances de este procedimiento. En tal sentido, la Ley precisa lo siguiente:

- 15.4.1. La decisión en esta materia es de única instancia y contra ella no procede recurso alguno.
- 15.4.2. A este procedimiento se les aplicará la sección internacional de la Ley y los tratados y convenciones pertinentes, y no el derecho interno de Colombia incluyendo sus normas procesales
- 15.4.3. Se regula un trámite expedito para esta materia, a partir de la solicitud con documentación completa (que puede ser complementada a petición de la autoridad judicial colombiana), con un traslado a la contraparte de 10 días y una resolución en los 20 días siguientes.
- 15.4.4. Una vez otorgado el reconocimiento, el laudo extranjero es plenamente ejecutable en Colombia, ejecución que se tramitará ante los jueces competentes.

V. **CONCLUSIONES:**

1. El análisis del capítulo internacional de la Ley y su comparación con la LM permite concluir inequívocamente, que la legislación arbitral colombiana es un reflejo muy cercano y fidedigno del esquema planteado por LM:

Más allá de la no inclusión de Colombia en el listado oficial de la Uncitral sobre jurisdicciones que la acogen, no cabe duda sobre el hecho que la Ley es una típicamente LM. Sin perjuicio de los ajustes ya explicados, la Ley es un cuerpo regulatorio unitario y compacto inspirado en su estructura, espíritu y alcances en la LM.

2. Con la expedición de la Ley 1563 de 2012, en su capítulo sobre arbitraje internacional (y sobre el nacional, a pesar de cierto carácter procesalista que tampoco impide afirmar que se trata de una regulación completa basada en los principios básicos del arbitraje como la consagración de la validez y eficacia de un pacto arbitral, su autonomía frente al acuerdo que lo contenga, y con la vigencia expresa del principio kompetenz- kompetenz), Colombia tiene ya por más de una década un estatuto arbitral estructurado sobre reconocidos estándares internacionales, con la guía y referencia de la LM.

Bajo ese contexto, la promulgación de la Ley aunada a la labor de los centros de arbitraje nacionales (que, como los de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín y Cali ya cuentan

con reglamentos en la materia basados en los estándares más representativos de la industria y que han conformado listas de árbitros del más alto nivel), ha permitido consolidar un andamiaje regulatorio e institucional propicio y estructurado, lo que ha generado un crecimiento importante del arbitraje internacional con sede Colombia.

Desde la experiencia compleja que supuso la Ley 315 de 1996, la Ley permite al país consolidar no solo su práctica arbitral local, sino también y con clara importancia frente a una estructura comercial y legal globalizada, una internacional en la que el arbitraje es una de la más representativas fórmulas de solución de conflictos no solo entre partes nacionales y extranjeras, sino también como sede de arbitrajes internacionales con partes no colombianas, que han visto en los centros arbitrales colombianos y en sus reglamentos, junto con el marco regulatorio provisto por la Ley como marco de referencia residual, una jurisdicción confiable y atractiva.

3. Sin perjuicio de lo anterior, será tarea tanto de la comunidad arbitral como de la jurisprudencia y doctrina continuar afianzando al arbitraje internacional con sede en Colombia, como una jurisdicción acompasada con la realidad internacional para empezar a ventilar y definir (si es del caso, aún desde una perspectiva de ajuste regulatorio en lo pertinente), todas las temáticas que afloran en la materia y que, sin ser objeto de este artículo, deberán ocupar la agenda académica futura. La extensión del pacto arbitral a no signatarios, en la línea por ejemplo del art. 14 de la ley peruana de arbitraje, el alcance más amplio del concepto de arbitrabilidad para temas que involucren la validez de actos administrativos relativos a las facultades extraordinarias a las que se refiere el art. 14 de la ley 80 de 1993 (y, en general las particularidades asociadas al arbitraje nacional con parte pública), el arbitraje en temas medio ambientales y en temas económicos asociados al derecho penal, de consumo, de familia o laboral, la evidente necesidad de seguir acompasando el arbitraje nacional más a los estándares internacionales y menos a las tradiciones procesalistas locales, serán entre muchas otras, las materias a ser debatidas como parte de ese temario de asuntos que permitan seguir el sendero de consolidación del arbitraje colombiano como un referente internacional de importancia.
4. Por último y más allá del claro alcance de la Ley sobre el papel reducido de la intervención de las autoridades judiciales en un arbitraje internacional, es conveniente que la futura jurisprudencia de la Corte Constitucional comprenda sin equívocos la dinámica del arbitraje internacional (que aún en países como España o Perú, que contemplan figuras similares a la tutela se han alejado de las tendencias colombianas casi únicas a nivel de derecho comparado), para que su interpretación sobre la aplicabilidad de la tutela sobre arbitrajes internacionales con sede Colombia con uso de ley nacional, se alejen de los parámetros anunciados en sus dos providencias de 2.015 y 2.019. Por ello, debe recalcarse que, aún en ese evento, un laudo arbitral no debe estar sujeto a controles constitucionales ajenos a

estándares internacionales para, en su lugar, definir que serán la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, en su caso, quienes por la vía del recurso de anulación y con base exclusiva en las causales establecidas en la Ley, determinen la existencia de cualquier defecto derivado del laudo arbitral.