

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA



DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

MONOGRAFÍA JURÍDICA PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO

TÍTULO: El fantasma de la tutela en el arbitraje comercial internacional. ¿Se ha fraccionado el concepto del Orden Público Internacional colombiano?

Presentado por:

Roberto Mendola Castillo

Director:

Rafael E. Wilches Durán

Bogotá D.C

2021

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.....	10
1.1 Concepto de Arbitraje Internacional Comercial y acercamiento al Problema.....	10
1.2 Relación con los mecanismos de control.....	15
- <i>Aspectos Generales</i>	15
- <i>La intervención estatal en el arbitraje internacional y los mecanismos de control</i>	16
- <i>Concepto de sede</i>	18
- <i>Los mecanismos de control en la Ley 1563 de 2012</i>	19
- <i>Relación entre el OPI y los mecanismos de control</i>	21
2. CARACTERÍSTICAS DEL OPI: TRATAMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.....	23
2.1 Análisis doctrinal del OPI.....	23
- <i>Función de la institución</i>	23
- <i>Enfoques y principales problemas</i>	25
- <i>Ámbito negativo de aplicación del OPI: dos precisiones</i>	26
- <i>Ámbito de aplicación positivo</i>	29
- <i>Características</i>	30
- <i>Contenido del OPI</i>	35
2.2 El OPI en otras latitudes: España y Francia, Estados Unidos, México y Chile.....	38
- <i>El caso español y francés</i>	38
- <i>Estados Unidos de América</i>	46
- <i>México</i>	47
- <i>Chile</i>	49
2.3 Desarrollo Jurisprudencial en Colombia.....	51
- <i>Desarrollo del OPI por parte de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia</i>	51
- <i>Desarrollo del OPI por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado</i>	62

- <i>Panorama Jurisprudencial del OPI en jurisdicción ordinaria y jurisdicción contencioso-administrativa</i>	63
3. LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES	67
3.1 Consideraciones preliminares.....	67
3.2 La procedencia de la tutela contra laudos internacionales.	70
3.3 Requisitos para la procedencia de la tutela contra laudos internacionales y el OPI como elemento central.....	72
3.4 La aclaración de voto de la Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado <i>¿Diferente interpretación del OPI por parte de la Corte Constitucional?</i>	74
3.5 Análisis de la situación: Ubicación del problema y diagnóstico.....	76
- <i>¿Se ha entendido correctamente el OPI colombiano?</i>	77
- <i>¿Se trata de un “descuido” hermenéutico o del inicio de un “debate” sobre cómo debe entenderse y aplicarse el OPI?</i>	80
- <i>¿Qué consecuencias podría tener una diferente interpretación del OPI por parte de la Corte Constitucional?</i>	81
4. CONCLUSIONES	83
5. BIBLIOGRAFÍA	87

RESUMEN:

Antes del 2019, la Corte Suprema de Justicia había interpretado el Orden Público Internacional colombiano de manera restrictiva. Sin embargo, a partir de la sentencia T-354 de 2019, parece que la Corte Constitucional le ha dado un alcance más amplio sin una justificación clara. Resulta importante analizar las características, contenido y aplicación del Orden Público Internacional y verificar si la Corte Constitucional lo ha interpretado de manera diferente, dado que representa un elemento central en el contexto de los mecanismos de control de laudos arbitrales internacionales y, recientemente, en sede de tutela contra laudos arbitrales internacionales.

ABSTRACT:

Before the 2019, the Supreme Court of Justice had interpreted Colombian International Public Policy narrowly. However, the Constitutional Court, starting from the judgement T-354 of 2019, seems to have extended the scope without a clear justification. It is important to analyze the characteristics, the substance and the application of the International Public Policy and verify if it has been interpreted differently by the Constitutional Court, since it represents a core concept in the context of the mechanisms of control of international arbitral awards and, recently, in the field of the *tutela* against international arbitral awards.

PALABRAS CLAVE:

Arbitraje Internacional–Orden Público Internacional– Laudo Arbitral–Acción de Tutela

KEY WORDS:

International Arbitration–International Public Policy–Arbitral Award–Constitutional Actions

INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo es el de analizar la figura del Orden Público Internacional colombiano (de ahora en adelante OPI), construido a través de un ejercicio jurisprudencial, principalmente en el contexto de los mecanismos de control de laudos arbitrales internacionales y, recientemente, en sede de tutela contra laudos arbitrales internacionales.

Para poder alcanzar los fines propuestos, en esta introducción se presentará el problema jurídico a enfrentar y la metodología que se adoptará para tal propósito. En el primer capítulo, se presentarán algunas consideraciones previas sobre el arbitraje internacional y la ubicación del OPI en relación con los mecanismos de control establecidos en el estatuto arbitral colombiano. En el segundo capítulo se intentará delimitar el concepto de OPI, desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial, tomando en cuenta también el desarrollo que ha tenido en otros Estados; en el tercer capítulo se presentará el desarrollo de la Corte Constitucional (de ahora en adelante CC) en cuanto a la posibilidad de interponer tutelas contra laudos arbitrales internacionales y el rol que juega el OPI en dicho contexto. Además, en esta sección se analizará si existe una diferencia entre la interpretación del OPI adelantada por la Corte Suprema de Justicia (de ahora en adelante CSJ) y aquella propuesta por la Corte Constitucional, y qué consecuencias podría tener para el ordenamiento jurídico colombiano un fraccionamiento hermenéutico.¹ Finalmente, en el cuarto capítulo se concluirá con la presentación de los resultados del trabajo adelantado.

¹ En seguida, al momento de precisar la razón de ser del título de este trabajo, se contextualizará esta expresión. Sin embargo, se utiliza en el presente texto para indicar el distanciamiento en la interpretación del concepto de OPI entre la CSJ y la CC.

De acuerdo con la estructura propuesta, en seguida se encuadrará el problema jurídico sobre el que se desarrolla el tópico a tratar.

En el ámbito del arbitraje internacional colombiano, el Orden Público Internacional es un concepto que funciona como requisito en las solicitudes de reconocimiento de laudos internacionales con sede en un Estado extranjero, y como causal de anulación de los laudos internacionales cuya sede es Colombia. En general, tanto tales requisitos como las causales de anulación pueden ser considerados como un mecanismo de control, en virtud del cual los Estados, a través de las autoridades judiciales competentes, pueden analizar la validez de los laudos internacionales, bajo causales taxativas y con un criterio restrictivo. A pesar de que posteriormente² se explicarán más a fondo, es necesario adelantar que, aunque de algún modo sirven a un fin común—de hecho, tanto los requisitos de reconocimiento como las causales de anulación son prácticamente idénticos—, no son lo mismo y no producen los mismos efectos. Sin embargo, el concepto de Orden Público Internacional ha sido entendido y aplicado de la misma manera en ambas circunstancias. Lo anterior se compagina con la filosofía pro-arbitraje establecida y favorecida por la Ley Modelo de arbitraje de la CNUDMI, en la que se inspira la Ley 1563, y la Convención sobre Reconocimiento de laudos arbitrales de Nueva York de 1958, aprobada por Colombia a través de la Ley 39 de 1990.

Según el estatuto arbitral colombiano, en sus artículos 67 y 68, se establecen los límites de la intervención de las autoridades judiciales y cuáles tienen competencia para estudiar los recursos de anulación y las solicitudes de reconocimiento. Si la controversia se suscita entre particulares, la autoridad judicial competente será la Corte Suprema de Justicia; si la

² El tema relativo a los mecanismos de control será desarrollado en el capítulo primero.

controversia involucra una entidad pública, la autoridad judicial competente será el Consejo de Estado (de ahora en adelante CE). Las autoridades antes mencionadas, especialmente la CSJ, se han encargado de definir el concepto de Orden Público Internacional, adoptando una posición bastante favorable al arbitraje y que podría definirse como minimalista. De manera sucinta, es posible entender el OPI como aquellas nociones jurídicas que hacen de fundamento a las instituciones básicas del Estado y que no pueden ser desconocidas por un laudo arbitral internacional. Desde este punto de partida se empezó a construir un concepto un poco más definido, siendo también ejemplificado a través de una lista no taxativa de derechos que harían parte del OPI y algunos criterios para poder interpretarlos.

Actualmente, el gran debate que se está dando hace referencia a la posibilidad de interponer acciones de tutela contra laudos arbitrales internacionales. Esta puerta fue abierta recientemente, a partir de la sentencia T-354 de 2019. En dicha decisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia se establecieron las reglas para definir la procedencia de esta acción frente a los laudos arbitrales internacionales cuya sede es Colombia. A pesar de lo anterior, en realidad no se descarta la posibilidad de que se pueda interponer una acción de tutela en casos de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros³, sobre todo contra las sentencias que reconocen el laudo; lo que han comentado al respecto los expertos es que se seguirían las mismas pautas establecidas en la sentencia de tutela antes mencionada⁴. Una de las preguntas centrales que se desprende de la sentencia antes

³ Por laudo arbitral internacional “extranjero” ha de entenderse como aquel proferido en el marco de un arbitraje internacional con sede en un Estado diferente a Colombia. En el primer capítulo se explicará de manera más detenida la diferencia entre un laudo internacional “nacional” y “extranjero”.

⁴ Cfr. Medina Casas, Héctor Mauricio, Tutela contra laudos internacionales, Asuntos Legales, 5 de septiembre de 2019, Accedido enero 14, 2021. <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/hector-mauricio-medina-531081/tutela-contra-laudos-internacionales-2904524>.

mencionada es la siguiente: ¿Cuál es la relación entre la interposición de tutelas contra laudos internacionales y el Orden Público Internacional?

Esto es de suma importancia, porque el OPI ha sido puesto por la Corte Constitucional como un elemento central del análisis de procedibilidad de la acción de tutela en este escenario. Sin embargo, resulta aún más interesante analizar la manera en cómo la Corte Constitucional interpreta el OPI, pues pareciera darle un alcance muy diferente y más abierto que aquel que había establecido la CSJ; es por esto último que surgen preguntas adicionales: ¿Existe un fraccionamiento de la interpretación que se le ha dado al OPI a partir de la sentencia T-354 de 2019? ¿Es un problema del contenido de la interpretación o de la manera en cómo se interpreta? Los anteriores cuestionamientos son fundamentales para entender cuáles podrían ser los efectos de una diferente interpretación del OPI por parte de la CC y la CSJ, siendo que la tutela ha entrado en el mundo del arbitraje comercial internacional colombiano, probablemente, para quedarse.

Ahora, es necesario precisar que no se pretende poner en tela de juicio la posibilidad de interponer tutelas en contra de laudos internacionales, sino que se toma como presupuesto para responder a los siguientes problemas jurídicos lo siguiente: i) establecer si existen diferencias entre la interpretación del OPI por parte de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia; ii) definir cuáles serían las posibles consecuencias que podría tener para el ordenamiento jurídico colombiano un fraccionamiento hermenéutico sobre el OPI. Para solucionar los problemas jurídicos planteados, la metodología que se adoptará es de tipo

“doctrinal”—también conocido como “black letter”⁵—, dado que se intentará responderlos a partir de un análisis basado en textos legales (Leyes, Sentencias, Tratados Internacionales, doctrina especializada, etc.).

En cuanto al título escogido— “El fantasma de la tutela en el arbitraje comercial internacional colombiano. ¿Se ha fraccionado el entendimiento del Orden Público Internacional colombiano? —vale la pena subrayar que se ha utilizado la palabra “fantasma” más desde un punto de vista etimológico (una aparición), que desde un punto de vista despectivo, por dos razones principales: primero, porque la Sentencia T-354/19 es el primer pronunciamiento en el que se analiza de manera específica la procedibilidad de la acción de tutela contra laudos internacionales; segundo, porque no es la acción de tutela en sí lo que se critica sino la interpretación que se adelanta sobre el OPI por la CC que, de diferir con aquella desarrollada por la CSJ y el CE, produciría una ruptura en su entendimiento y aplicación: un fraccionamiento hermenéutico.

⁵ Chynoweth, Paul. “Legal research in the built environment: A methodological framework”, Research Institute for the Built and Human Environment, University of Salford, 2008, pág. 672. Es posible consultar el texto a través del siguiente enlace: <http://usir.salford.ac.uk/12467/>

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

1.1. Concepto de Arbitraje Internacional Comercial y acercamiento al problema

De manera genérica, el arbitraje es considerado como un mecanismo alternativo de solución de conflictos en virtud del cual las partes de una cláusula compromisoria o pacto arbitral (un negocio jurídico) deciden someter una controversia presente o futura, derivada de una relación jurídica previa, ante un tribunal arbitral⁶, en lugar de optar por acudir a las cortes nacionales. Sin embargo, en Colombia la regulación en materia de arbitraje es de carácter “dualista”, dado que se regula de manera separada y diferente el arbitraje nacional del internacional⁷. Entonces, ¿cuándo se entiende que existe un arbitraje internacional? La respuesta a esta pregunta se encuentra en los tres criterios de internacionalidad establecidos en el artículo 62 de la L.1563:

- Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o

⁶ Artículo 1, Ley 1563 de 2012: “El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.”

⁷ El marco normativo del arbitraje internacional en Colombia es el siguiente: - la Convención de Nueva York de 1958, la Convención de Panamá de 1975, la Convención de Montevideo de 1979, y la Ley 1563 de 2012. Una explicación clara del ámbito de aplicación del marco normativo es posible encontrarlo en: Cárdenas Mejía, Juan Pablo. "Módulo Arbitraje nacional e internacional", Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019, consultable en línea: <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m1-1.pdf>

- El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o
- La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.

De verificarse uno de los anteriores criterios, el arbitraje será internacional, sin necesidad de que se manifieste de manera expresa; así mismo, ante la ausencia de uno de estos criterios, la manifestación de las partes en cuanto a la internacionalidad del arbitraje no tendrá valor⁸.

Para seguir delimitando el concepto mencionado, es necesario precisar que existen diferentes clases de arbitraje internacional, que varían dependiendo de los actores y asuntos que se resuelven. Por esto se habla de arbitrajes internacionales: de inversión; entre Estados; y comerciales⁹. En el presente texto, este último tipo de arbitraje internacional es el que se ha tomado como objeto de estudio, el cual puede describirse de la siguiente manera:

“Por otra parte, el arbitraje puede buscar resolver controversias relativas al comercio internacional, entendido por tal el intercambio de bienes o servicios. Este arbitraje puede desarrollarse entre dos personas de carácter particular, o puede ser parte en el mismo un estado o una entidad pública, que ha celebrado un contrato para adquirir bienes o servicios o

⁸ Cárdenas Mejía, Juan Pablo. "Módulo Arbitraje nacional e internacional", Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019, pág.143.

⁹ Ibídem, pág.152.

para que se ejecute una obra pública. En estos casos la controversia se vincula al derecho internacional privado. Es el arbitraje más común”¹⁰.

En lo que se refiere a los demás tipos de arbitraje internacional, vale la pena mencionar que, en el arbitraje de inversión, los actores involucrados son el inversionista y el Estado receptor de inversiones; el objeto del arbitraje será el de decidir si hubo un incumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de protección de la inversión, de acuerdo con los tratados en los que se basa¹¹. En lo que se refiere al arbitraje internacional entre Estados, este se considera como un medio de solución de controversias de carácter jurisdiccional¹²—en oposición a los diplomáticos—, en virtud del cual los Estados involucrados en una controversia internacional acuerdan¹³ resolver sus diferencias por esta vía, por ejemplo, para solucionar una disputa sobre límites territoriales.

De esta manera, se puede apreciar que en los tres tipos de arbitraje mencionados es posible encontrar la participación de los Estados, sin embargo, mientras en el arbitraje comercial internacional es una posibilidad que se puede presentar o no, en los demás casos siempre estarán presentes.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Ídem.

¹² Schettini Villacís, Benjamín. "Los medios de solución pacífica de controversias y el arbitraje internacional", AFESE - Asociación de Funcionarios y Empleados del Servicio Exterior, no. 60, Quito, 2014, pp. 25-29. Extraído de: <https://www.afese.com/img/revistas/revista60/arbitraje.pdf>.

¹³ Es importante aclarar que el compromiso arbitral, el acuerdo, celebrado entre los Estados tiene el carácter de un tratado internacional.

Ahora, cuando se analiza la manera en cómo se resuelven las controversias relativas a contratación comercial internacional, el arbitraje internacional comercial se propone como uno de los más exitosos métodos de solución de controversias¹⁴. Para entender este fenómeno es necesario mencionar que, ante una relación jurídica comercial internacional, dado que se tiene contacto con más de un ordenamiento jurídico, suelen surgir ciertas dificultades debidas a dos fenómenos particulares que han sido estudiados en el marco del Derecho Internacional Privado: el conflicto de jurisdicciones y el conflicto de leyes; “los primeros se refieren a la necesidad de determinar los tribunales competentes para conocer y decidir sobre una situación jurídica privada internacional y los segundos aluden a la necesidad de establecer el ordenamiento jurídico que le es aplicable. El derecho internacional privado estudia este tipo de conflictos y, con base en ello, busca establecer las normas que rigen las relaciones jurídicas privadas internacionales”¹⁵.

En este escenario, el arbitraje comercial internacional se propone como una solución, debido a su naturaleza contractual y autónoma. En virtud de lo anterior, por ejemplo, las partes que de manera voluntaria pactan una cláusula arbitral, tienen una grandísima autonomía para decidir, entre otras cosas, la ley aplicable al contrato y el procedimiento a seguir; además, estarán acudiendo a un tercero (el árbitro) que dirimirá de manera definitiva la controversia

¹⁴ Alves, Rafael Francisco, Gaillard, Emmanuel y otros. “Cuestiones claves del arbitraje internacional”, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, pp. 36-40.

¹⁵ Ochoa Jiménez, María Julia, Zapata Flórez, Jonathan, y Carrillo Gamboa, Paola. "La elección del derecho aplicable en el derecho internacional privado colombiano", Revista Estudios Socio-Jurídicos, Universidad de Antioquia, 2019, pág.93. Extraído de:http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/11914/1/OchoaMaria_2019_EleccionDerechoAplicableDerechoInternacional.pdf

con base en la Ley y el procedimiento escogidos por las partes, evitando así discusiones sobre los aspectos antes mencionados.

A pesar de lo anterior, y si bien es cierto que el arbitraje es un modo “privado” de resolver controversias, tanto la autonomía contractual como la actividad del árbitro, a nivel internacional, encuentran ciertos límites normativos¹⁶, cuyos linderos son difíciles de trazar: se está haciendo referencia al Orden Público Internacional, definido usualmente como un concepto difícil de gobernar e impredecible, cuya delimitación ha sido considerada como un verdadero desafío, tanto que ciertos autores se refieren al OPI como un “dolor de cabeza” o como “un caballo difícil de domar”¹⁷.

Por estas razones, procedo a exponer inicialmente la ubicación del OPI en relación con los mecanismos de control, para así fijar algunos aspectos centrales en relación con el arbitraje

¹⁶ Es bueno precisar que el OPI no es el único límite en el contexto del arbitraje internacional, sino que existe otro importantísimo: la arbitrabilidad que, además, acompaña al OPI como causal de anulación y denegación de reconocimiento de laudos internacionales. La arbitrabilidad se entiende como aquellos asuntos que pueden ser objeto de un pacto arbitral, determinando así su validez y la competencia de los árbitros para dirimir la controversia. Usualmente, lo inarbitrable hace referencia a asuntos que desbordan el interés privado y que tienen virtualidad de afectar el interés general. Este concepto varía dependiendo de cada Estado y está vinculado con el OPI, dado que han tenido una relación inversamente proporcional: mientras la arbitrabilidad se expande, el OPI se restringe. Sobre la relación entre el OPI y la arbitrabilidad puede consultarse en González de Cossío, Francisco. "Orden público y arbitrabilidad: dúo-dinámico del arbitraje", Revista Auctoritas Prudentium, no. 1, 2008. Consultable en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5047666>

¹⁷ Ciertos autores se refieren al OPI como un “dolor de cabeza” o como “un caballo difícil de domar”. El autor Héctor Medina Casas, citando a Francisco González de Cossío, se refiere de la siguiente manera al asunto: “Ahora bien, la claridad de la función del orden público contrasta con la difusa definición que existe alrededor de este concepto, particularmente en el ámbito del reconocimiento de laudos extranjeros. González de Cossío, por ejemplo, ha manifestado sobre esta problemática lo siguiente: “Un laudo puede ser anulado o su ejecución negada en caso de que sea contrario al orden público. El concepto y alcance de esta causal ha sido el dolor de cabeza de jurisdicciones diversas. El motivo obedece a lo complejo y fluctuante de la noción”. Medina Casas, Héctor Mauricio. “El Orden Público Internacional en el reconocimiento de laudos extranjeros: Concepto difuso de aplicación restrictiva”, Arbitraje PUCP, no. 4, 2014, pp. 153-159. Por otro lado, la segunda expresión, “*the unruly horse*” (en su acepción inglesa), fue utilizada por Borroughs, J., en el caso Richardson v. Mellish, 1824.

internacional y la intervención estatal. En un segundo momento, se presentará el contenido conceptual del OPI, desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial.

1.2 Relación con los mecanismos de control

- *Aspectos Generales.*

La institución arbitral se fundamenta sobre una característica esencial: la autonomía. De manera sintética, la autonomía puede analizarse desde *tres puntos de vista*¹⁸: primero, se hace referencia la naturaleza contractual del arbitraje; las partes de una relación comercial internacional pueden celebrar un negocio jurídico, llámese acuerdo arbitral o cláusula compromisoria, en virtud del cual deciden que sus controversias (presentes o futuras) sean resueltas por un árbitro y no por un juez estatal. Además, debido al carácter internacional del asunto, la autonomía de las partes es tan amplia que pueden regular aspectos trascendentales del arbitraje, tales como la ley aplicable al fondo de la controversia, el procedimiento que se seguirá por parte de los árbitros, y la sede del arbitraje, entre otras cosas¹⁹. En segundo lugar,

¹⁸ En este sentido se pronuncia María Fernanda Vásquez Palma: “El instituto arbitral plantea ciertos principios, como el respeto a la autonomía de la voluntad, pues a partir de aquel se suscribe el contrato arbitral y se decide una serie de materias adjetivas y sustantivas que regirán el arbitraje; el principio de autonomía del árbitro en cuanto su facultad de decidir ciertos asuntos como su propia competencia; y la autonomía de la institución arbitral en relación con la justicia estatal, de manera que aquella se entiende independiente de esta última. Este último da origen, a su vez, al principio de intervención mínima, que básicamente restringe las actuaciones de los tribunales estatales al apoyo y al control del laudo, en aras de no inmiscuirse de forma innecesaria en la revisión del fondo del asunto”. Vásquez Palma, María Fernanda. “Nulidad y ejecución del laudo en el arbitraje comercial internacional. Disquisiciones sobre este doble control, causales de nulidad y revisión de la jurisprudencia chilena”, Revista Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana, no. 136, 2018, pp. 179–27.

¹⁹ Artículos 92, 93 y 101, L. 1563.

el principio de autonomía hace referencia a la autonomía del árbitro, en cuanto éste es independiente en el ejercicio de sus funciones y su competencia depende, en principio, de la voluntad de las partes. En este sentido, se desarrolla el principio de “*kompetenz kompetenz*” (competencia competencia”) en virtud del cual el árbitro es el primero llamado a decidir sobre su propia competencia²⁰. Tercero, tal vez de manera genérica, se hace referencia a la autonomía de la institución arbitral, en cuanto esta es independiente de las autoridades judiciales estatales. En este último sentido, se suele hablar del principio de intervención mínima y se considera que los Estados, en principio, no se deben involucrar en el arbitraje internacional, salvo las situaciones en que se les permite, y sólo a través de las autoridades judiciales designadas en las regulaciones arbitrales de cada Estado²¹. Lo anterior guarda armonía con el entendimiento definitivo del laudo arbitral, dado que éste no puede ser analizado en una ulterior instancia por parte de una corte estatal; es por ello que se habla de la “no revisión de fondo” (que puede ser entendida como un corolario del principio de intervención mínima), quedando las cortes limitadas a los mecanismos de control²² que se explicarán en seguida.

- *La intervención estatal en el arbitraje internacional y los mecanismos de control*

²⁰ Artículo 79, L. 1563.

²¹ Artículos 67 y 68, L. 1563.

²² Radicati Di Brozolo, Luca “Las normas imperativas y el arbitraje internacional”, en: “Cuestiones claves del arbitraje internacional”, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, pp.526-527.

La intervención estatal en materia arbitral puede categorizarse de dos maneras: función de apoyo y función de control²³.

Se habla de una función de apoyo en aquellas circunstancias en las cuales el árbitro necesita remitirse a determinadas autoridades estatales que están facultadas para poder impartir determinadas órdenes, restringir algunos derechos o solicitar alguna información, todo en aras de asegurar el correcto y eficaz desarrollo del arbitraje (piénsese en las medidas cautelares o alguna solicitud probatoria particular).

Cuando se habla de funciones de control estatal sobre la actividad arbitral, usualmente se hace referencia a dos mecanismos particulares: i) el recurso de anulación y ii) el proceso de reconocimiento. Estos mecanismos se definen de control porque permiten a los Estados, a través de las autoridades judiciales competentes, analizar la validez y compatibilidad de los laudos internacionales de cara a su ordenamiento jurídico. Ambos operan de manera posterior al momento en que se dicta el laudo, dado que se busca que las cortes no interfieran durante el procedimiento arbitral; es también por esto que los árbitros son los primeros en decidir sobre su competencia y sobre las circunstancias que puedan afectar la validez o existencia del acuerdo arbitral²⁴. El recurso de anulación es de competencia de los jueces del Estado de la sede del arbitraje, y se refiere a la posibilidad de impugnar la validez del laudo por razones taxativamente establecidas, sin revisar el fondo de la decisión²⁵. El proceso de

²³ Vásquez Palma, María Fernanda. “Nulidad y ejecución del laudo en el arbitraje comercial internacional. Disquisiciones sobre este doble control, causales de nulidad y revisión de la jurisprudencia chilena”, Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, no. 136, 2018, pág.3.

²⁴ Caivano, Roque J. “La renuncia a los recursos”, en: “Cuestiones claves del arbitraje internacional”, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, pág. 381.

²⁵ Ibídem, pág. 383.

reconocimiento se refiere a la homologación de la decisión arbitral en un Estado distinto al de la sede en el cual se quiere ejecutar. En otras palabras, para que dicho laudo pueda producir efectos en un Estado distinto al de la sede, la autoridad competente tiene que examinar ciertos presupuestos de autenticidad del documento que lo contiene y verificar otras exigencias, en su mayoría de carácter procesal, también establecidas de manera taxativa²⁶. En cuanto a los efectos de estos controles es necesario advertir que son diferentes. La anulación del laudo arbitral tiene un carácter más absoluto, dado que sus efectos trascienden las fronteras de la sede, impidiendo que pueda ser reconocido en otros Estados²⁷. Por otro lado, el no reconocimiento está destinado a tener un alcance menos amplio, pues solo tendrá efectos en el Estado donde se deniega su reconocimiento.

- *Concepto de sede*

Antes de proseguir, es oportuno aclarar un concepto mencionado en las líneas anteriores: la “sede” del arbitraje. Cuando se usa este término no se está haciendo referencia a un lugar

²⁶ Ídem.

²⁷ Resulta ilustrativa la causal V, a) del artículo 112, L.1563: incluye el hecho de que el laudo haya sido anulado como una causal de denegación de reconocimiento, aunque a instancia de parte. Además, el alcance de la anulación es un tema que ha suscitado muchos debates, sobre todo porque diversas jurisdicciones han aceptado el reconocimiento de laudos arbitrales anulados. Al respecto, es necesario hacer algunas anotaciones: según la Convención de NY de 1958 y la L. 1563, esta causal tiene que ser probada por la parte que la propone y no puede ser declarada de oficio. La doctrina también pone de manifiesto dos situaciones que deben considerarse. Primero, es necesario distinguir ontológicamente el laudo arbitral de la sentencia que lo anula. El reconocimiento se predica del primero, el laudo, y no del segundo, la sentencia del tribunal de la sede. Por otro lado, también se hace referencia al estudio de las causales por las que fue anulado en la sede, pues si son de carácter internacional, debería denegarse el reconocimiento, mientras que, si no lo son, debería reconocerse el laudo. Es posible encontrar más información en: Secretaría de la CNUDMI, “Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras”, 2016. Consultable en: https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=10&menu=729&opac_view=-1; Correa Angel, Diana “El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral”, Revista e-mercatoria, Vol. 7, no. 2, 2008, extraído de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2046>

específico o geográfico, sino a “una noción de naturaleza jurídica”²⁸; en efecto, se considera a la sede como el vínculo jurídico en virtud del cual el arbitraje se relaciona con un determinado Estado²⁹. Además, es un concepto que tiene una importancia transversal en la materia del arbitraje internacional. Sus consecuencias son resumidas, de manera muy completa, en la siguiente reflexión: “(...) *En otras palabras, la ley de la sede del arbitraje, conocido como lex loci arbitri o lex arbitrii será el vínculo que servirá para determinar el sistema de referencia que proporcionará el marco jurídico del arbitraje y las autoridades judiciales con capacidad de intervención sobre él, sea en su faceta positiva (asistir a los árbitros como jueces de apoyo) o negativa (anulación de laudos). Más aún, el papel central de la sede se reflejará en el alcance universal de su jurisdicción sobre el laudo, pues si este se anula, esta sentencia tendrá, en principio, trascendencia en otros sistemas jurídicos.*”³⁰

- *Los mecanismos de control en la Ley 1563 de 2012*

Entrando más a fondo en la regulación colombiana, la Ley 1563 establece, en su artículo 67, el principio de intervención mínima estatal, y en los artículos 67 y 68 se establece el marco de actuación de las autoridades judiciales y cuáles de ellas pueden intervenir. Como ya se dijo en la Introducción de este escrito, si la controversia se suscita entre particulares, la

²⁸ Silva-Romero, Eduardo “La sede del arbitraje comercial internacional: la perspectiva de la Corte Internacional de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, no. 4, 2003, pág. 94.

²⁹ Ídem

³⁰ Vásquez Palma, María Fernanda. “Nulidad y ejecución del laudo en el arbitraje comercial internacional. Disquisiciones sobre este doble control, causales de nulidad y revisión de la jurisprudencia chilena”, Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, no. 136, 2018, pág.4.

autoridad judicial competente será la Corte Suprema de Justicia; si la controversia involucra una entidad pública, la autoridad judicial competente será el Consejo de Estado.

Por otro lado, es importante recalcar que la institución del arbitraje internacional colombiano está influenciada por dos instrumentos internacionales históricamente célebres y exitosos: la Convención de Nueva York de 1958 (aprobada por Colombia bajo la Ley 39 de 1990) y la Ley Modelo de la CNUDMI (en la que se inspira la L.1563). Además de su función armonizadora y uniformadora, es importante tenerlos en cuenta³¹ al momento de estudiar los mecanismos de control, dado que su arquitectura responde a una filosofía favorable al arbitraje y al principio de mínima intervención, puesto que:

1. Se establecen únicamente dos controles: a) el recurso extraordinario de anulación, inspirado en la Ley Modelo y regulado del artículo 108 al 110, y b) el procedimiento de reconocimiento, regulado del art. 111 al 116 de manera acorde a la Convención de Nueva York. Este último sólo se requiere para los laudos arbitrales internacionales dictados en una sede diferente a Colombia; mientras que el primero tiene por objeto los laudos internacionales dictados con sede en el Estado colombiano³². La única excepción a las reglas anteriores se da en el caso de que el arbitraje tenga sede en

³¹ L.1563, Art. 64, “En la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

Las cuestiones reguladas en materia de arbitraje internacional que no estén expresamente resueltas en ella se resolverán de conformidad con los principios generales que la inspiran.” (...)

³² De acuerdo con el artículo 111 de la L.1563, los laudos internacionales corresponden a la decisión proferida en un arbitraje internacional; los laudos internacionales que deben ser sometidos a un proceso de reconocimiento para que produzcan efectos se denominan como “**extranjeros**” (por haber sido dictados en una sede diferente a Colombia); mientras que aquellos que no lo necesitan, y que sólo pueden ser objeto de un recurso extraordinario de anulación se denominan “**nacionales**” (por haber sido dictados con sede en Colombia).

Colombia y las partes hayan renunciado al recurso de anulación³³; si se verifica la anterior situación, para que el laudo arbitral tenga efectos en Colombia, es necesario que surta un proceso de reconocimiento³⁴.

2. Tanto el recurso de anulación como la denegación de reconocimiento operan así: de manera posterior; sólo proceden por las causales establecidas de manera taxativa; y sólo pueden ser declarados por parte de la autoridad judicial competente.
3. Además, en ambos escenarios, las causales son prácticamente idénticas y su estructura puede clasificarse de dos maneras: a solicitud de parte y de oficio. Las primeras, además de haber sido solicitadas, deben ser probadas por la parte interesada; mientras que las segundas pueden ser declaradas por el juez competente en caso de que se verifiquen³⁵.

- *Relación entre el OPI y los mecanismos de control*

Habiendo explicado de manera breve los principales aspectos de los mecanismos de control, es necesario responder a la pregunta sobre la que se centra este subcapítulo: ¿cuál es la relación entre los mecanismos de control y el Orden Público Internacional? La respuesta es sencilla: una de las dos causales que opera de oficio, tanto en caso de anulación como de

³³ La posibilidad de renunciar total o parcialmente al recurso de anulación está consagrada en el artículo 107 de la L.1563, que establece como requisito que “ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en Colombia”. Lo anterior ha sido considerado como un gran avance en materia de arbitraje internacional y una medida óptima para evitar tácticas dilatorias; véase por ejemplo el siguiente artículo: Medina Casas, Héctor Mauricio. “La anulación de laudos internacionales en Colombia”, Asuntos Legales, 17 de abril de 2017. Consultable en: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/hector-mauricio-medina-531081/la-anulacion-de-laudos-internacionales-en-colombia-2496981>

³⁴ El artículo 111 de la L.1563 reza: “Los laudos dictados en arbitrajes internacionales cuya sede sea Colombia se considerarán laudos nacionales y, por ende, no estarán sujetos al procedimiento de reconocimiento y podrán ser ejecutados directamente sin necesidad de este, **salvo cuando se haya renunciado al recurso de anulación, caso en el cual será necesario su reconocimiento.**” (negrilla fuera del texto original)

³⁵ Artículos 108 y 112 de la L.1563.

denegación de reconocimiento, es la violación del Orden Público Internacional de Colombia; concepto que, independientemente del mecanismo en virtud del cual se estudia, ha sido interpretado y aplicado—por lo menos en Colombia— de manera idéntica, y las autoridades judiciales competentes lo han entendido también de una misma forma, o por lo menos sin grandes diferencias.

2. CARACTERÍSTICAS DEL OPI: TRATAMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Una vez ubicada la institución del OPI en el contexto de la regulación colombiana de arbitraje internacional, en las siguientes líneas se intentará desarrollar de la manera más clara posible el contenido del OPI. Para ello, en primer lugar, en el acápite denominado “*Análisis doctrinal del OPI*”, se hará una revisión basada en la doctrina especializada, tendiente a fijar aspectos de suma importancia, tales como: la función que desempeña en el ámbito del arbitraje internacional; sus características más sobresalientes; el contenido que, normalmente, se le atribuye; los enfoques y problemáticas sobre la aplicación de esta institución. En un segundo momento, en los acápites denominados “*El OPI en otras latitudes: la UE (España y Francia), Estados Unidos, México y Chile*” y “*Desarrollo Jurisprudencial en Colombia*” se abordará el desarrollo del OPI a través del desarrollo jurisprudencial colombiano y desde experiencias diferentes a la colombiana.

2.1 Análisis doctrinal del OPI

- *Función de la institución*

El éxito que ha experimentado el arbitraje internacional refleja su aptitud para imponerse como el “(...) mecanismo de solución de controversias ordinario para una enorme cantidad

de relaciones jurídicas internacionales”³⁶. Lo anterior no podría haber sucedido sin la existencia de una confianza predicada tanto por aquellos que optan por acudir a este mecanismo para resolver sus controversias, como por parte de los Estados. Por esto, existe la posibilidad de aplicar, en determinados casos, normas extranjeras y de ejecutar decisiones judiciales también extranjeras, que reflejan el ánimo cooperativo y recíproco típico de las relaciones y compromisos internacionales entre Estados, necesarios para el desarrollo de la economía global³⁷. A pesar de lo anterior, los Estados también se reservan, de manera excepcional, la posibilidad de impedir la aplicación de normas extranjeras o la ejecución de laudos internacionales en caso de que sean incompatibles con sus principios básicos y fundamentales: su “Orden Público Internacional”. La función que desarrolla esta institución es de tipo defensivo ³⁸ dado que, gracias a esta, los Estados pueden “contar con una barrera que les permita proteger sus instituciones esenciales y su orden jurídico de leyes y decisiones extranjeras que no sean compatibles con ellos”³⁹. Más que un profundo antagonismo entre los Estados y el arbitraje internacional, el OPI representa la base de un delicado equilibrio. Representa al mismo tiempo un límite y una condición de la autonomía del arbitraje

³⁶ Alves, Rafael Francisco, Gaillard, Emmanuel y otros. “Cuestiones claves del arbitraje internacional”, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, pág.35.

³⁷ Piénsese, por ejemplo, en el grandísimo éxito que han tenido tanto la Convención de Nueva York de 1958, que según los datos de la CNUDMI cuenta con ciento sesenta y ocho Estados parte, y la Ley Modelo de la CNUDMI, adoptada por más de ochenta países. Estos datos pueden corroborarse en la siguiente página web: <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration>

³⁸ Gutiérrez Castillo, Víctor. “El orden público en el Derecho Internacional Privado”, en: Teoría general del derecho internacional privado (eds. Laura Victoria García Matamoros, Antonio Agustín Aljure Salame), Legis Editores, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016. pág. 127.

³⁹ Medina Casas, Héctor Mauricio. “El Orden Público Internacional en el reconocimiento de laudos extranjeros: Concepto difuso de aplicación restrictiva”, Arbitraje PUCP, no. 4, 2014, pág.153.

internacional⁴⁰ pues, sin este control, la confianza de los Estados se vería disminuida y el éxito y existencia del arbitraje internacional podrían verse gravemente perjudicados⁴¹.

- *Enfoques y principales problemas*

Dependiendo del enfoque adoptado por los jueces de control, el análisis del OPI será referido: al de su ordenamiento jurídico, si opta por un entendimiento “internacional”⁴²; o a nociones comunes a todos los Estados civilizados y no solamente los del Estado al que está vinculado, si opta por una visión que ha sido denominada “transnacional”⁴³.

Las dificultades relativas al entendimiento del OPI se fundamentan en dos grandes problemas que afloran al momento de definirlo: primero, el de individuar cuál es el contenido del OPI; segundo, el de encontrar la intensidad del análisis que debe efectuar el juez de control en caso de una posible violación del OPI⁴⁴. Dependiendo de las respuestas a las anteriores problemáticas, es posible entender la posición ideológica defendida por el intérprete: si opta por un entendimiento extensivo de normas imperativas que conforman el OPI y adopta un análisis también amplio sobre el estudio de su vulneración, entonces estaremos en presencia de una visión “maximalista”; por el contrario, si opta por reducir el contenido del OPI a

⁴⁰Racine, Jean-Baptiste. “Las normas que estructuran el orden público internacional en el arbitraje comercial internacional”, en: El orden público y el arbitraje (Eric Loquin y Sébastien Manciaux, directores académicos), Editorial Universidad del Rosario, Cámara de Comercio de Bogotá, CREDIMI, Bogotá, 2016, pág. 3.

⁴¹ Cárdenas Mejía, Juan Pablo. “El concepto de orden público en el arbitraje internacional”, en: Teoría general del derecho internacional privado (eds. Laura Victoria García Matamoros, Antonio Agustín Aljure Salame), Legis Editores, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016, pág.142.

⁴²Medina Casas, Héctor Mauricio. “El Orden Público Internacional en el reconocimiento de laudos extranjeros: Concepto difuso de aplicación restrictiva”, Arbitraje PUCP, no. 4, pp. 154 -155.

⁴³ Zappalá, Francesco. “Auténtico orden público internacional desde la óptica del arbitraje internacional”, Revista de Derecho Público, n.o 34, Universidad de los Andes, 2015, pág. 19-20. DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.34.2015.33>

⁴⁴ Radicati Di Brozolo, Luca “Las normas imperativas y el arbitraje internacional”, en: “Cuestiones claves del arbitraje internacional”, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, pág. 528.

cuestiones sencillamente esenciales y a un análisis menos intenso de la posible vulneración, se estará en presencia de una visión “minimalista⁴⁵”.

- *Ámbito negativo de aplicación del OPI: dos precisiones*

Primero: No es un concepto transnacional. De acuerdo con los enfoques atrás mencionados, en el momento de estudiar el OPI es usual encontrarse con dos corrientes principales: la primera sostiene que esta institución se caracteriza por tener un rasgo esencialmente transnacional, o verdaderamente internacional, y común a todas las civilizaciones; mientras que la segunda sostiene que el OPI está íntimamente relacionado con cada Estado y las instituciones que, según ese particular sistema legal, no pueden ser inaplicadas o desconocidas, a pesar de estar en un contexto internacional⁴⁶. Esta última ha sido la más acogida⁴⁷; por lo tanto, lo usual⁴⁸ es que el OPI se considere un concepto local que varía

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 529-533.

⁴⁶ Cárdenas Mejía, Juan Pablo. “El concepto de orden público en el arbitraje internacional”, en: Teoría general del derecho internacional privado (eds. Laura Victoria García Matamoros, Antonio Agustín Aljure Salame), Legis Editores, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016, pág. 143.

⁴⁷ La anterior posición no ha estado exenta de críticas pues, si se acepta una aproximación local del OPI, entonces la seguridad jurídica podría peligrar ante una multiplicación hermenéutica, pues habría tantas interpretaciones como Estados, en palabras de Francesco Zappalá: “(...) Representa una desorientación conceptual hablar de orden público internacional agregándole un gentilicio como francés, colombiano o italiano, porque al hacerlo deja de ser internacional para convertirse en orden público del Estado del gentilicio. La demostración de su desacierto se encuentra en que, si por absurdo fuera posible que cada país estableciera el concepto de orden público internacional, existirían tantos órdenes públicos internacionales como países. Conclusión que en la realidad transnacional es inadmisibile, porque equivaldría a una inseguridad planetaria del concepto de orden público. (...) Para que una norma de interés social se eleve a rango de orden público como causal de invalidez de un laudo internacional tiene que tratarse de una noción básica de moralidad y de justicia del sistema jurídico relevante y, por tratarse de arbitraje internacional, el sistema jurídico relevante no puede ser un país determinado, sino el derecho transnacional, de donde se concluye que la fuente del orden público internacional no puede ser de origen estatal.” Zappalá, Francesco. “Auténtico orden público internacional desde la óptica del arbitraje internacional”, Revista de Derecho Público, n.o 34, Universidad de los Andes, 2015, pp. 21-22.

⁴⁸ Existen pronunciamientos en los que se ha adoptado una visión más cercana al entendimiento transnacional. Cárdenas Mejía, en la obra ya citada—Cárdenas Mejía, Juan Pablo. “El concepto de orden público en el arbitraje

dependiendo del alcance y contenido que cada Estado le atribuye⁴⁹ . Es por esto que algunos autores sostienen que el calificativo de “internacional” está mal utilizado, dado que sería más correcto hablar de un “orden público en el sentido del Derecho Internacional Privado”⁵⁰.

Desde una perspectiva normativa, los instrumentos internacionales que tratan del OPI se refieren usualmente al de un Estado particular; tanto la Convención de Nueva York como la Ley Modelo de la CNUDMI, la primera en el artículo V, literal b), y la segunda en los artículos 34, b (ii) y 36, b (ii), establecen que, si el laudo es contrario al OPI del Estado de la sede, o su ejecución o reconocimiento son contrarios al OPI⁵¹ del Estado⁵² donde se pretende reconocerlo, podrá ser anulado o no reconocido.

internacional”, en: Teoría general del derecho internacional privado (eds. Laura Victoria García Matamoros, Antonio Agustín Aljure Salame), Legis Editores, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016—, se refiere a las cortes de Suiza. En este foro —comenta—, se ha entendido que el OPI no se refiere exclusivamente al sistema legal suizo sino a la civilización de la que hace parte el juez, en este caso la civilización occidental.

⁴⁹ Medina Casas, Héctor Mauricio. “El Orden Público Internacional en el reconocimiento de laudos extranjeros: Concepto difuso de aplicación restrictiva”, Arbitraje PUCP, no. 4, pág. 155.

⁵⁰Gutiérrez Castillo, Víctor “El orden público en el Derecho Internacional Privado”, en: Teoría general del derecho internacional privado (eds. Laura Victoria García Matamoros, Antonio Agustín Aljure Salame), Legis Editores, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016. pág. 126.

⁵¹ En estos instrumentos se hace referencia al “orden público” sin el atributo de internacional, puesto que no en todos los Estados se denomina de la misma manera. Sin embargo, ha de entenderse que se está hablando del OPI, pues en este sentido se pronuncian tanto el “International Law Association London Conference (2000), Interim Report On Public Policy As A Bar To Enforcement Of International Arbitral Award” como el “International Commercial Arbitration. International Law Association, Resolution 2/2002. Recommendations On The Application Of Public Policy As A Ground For Refusing Recognition Or Enforcement Of International Arbitral Awards”. Consultables en: <https://www.ila-hq.org/index.php/committees>

⁵² La guía de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, al tratar el tema, afirma lo siguiente: “(...) el orden público al que se refiere el artículo V 2) b) de la Convención de Nueva York es el orden público del Estado del foro. En efecto, el artículo V 2) b) se refiere expresamente a ‘el orden público de ese país’ en referencia al país en que se solicita el reconocimiento y la ejecución del laudo. Sin embargo, al examinar el carácter internacional o nacional del orden público, la mayoría de las jurisdicciones reconocen que no es probable que una mera infracción del derecho interno constituya una causal que permita denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo por razones de orden público”. Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras”, Secretaría de la CNUDMI, Naciones Unidas 2016, pág. 266.

En cuanto a las regiones americanas, Medina Casas afirma:

“(…) En lo que concierne a la aplicación de leyes extranjeras, el artículo 5 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado indica que no se aplicará la ley extranjera en un Estado, si la misma se considera contraria a los principios que conforman su orden público. En el mismo sentido, pero ahora en materia arbitral, la Convención de Panamá de 1975 establece en el artículo 5 numeral 2 que puede negarse el reconocimiento de un laudo extranjero siempre que dicho laudo sea contrario al orden público del país en el cual se pretende su reconocimiento.”⁵³

Por su parte, la Ley 1563, al regular las causales de anulación y de denegación de reconocimiento, se refiere específicamente al Orden Público Internacional *de Colombia*, siguiendo así los parámetros de los instrumentos internacionales antes mencionados, y optando por una visión local y no transnacional del OPI.

Segundo: No es equivalente a las normas imperativas. A pesar de que se dijo que el OPI no es un concepto de alcance transnacional sino local, esto no significa que coincida con las normas imperativas de cada Estado, o su *Orden Público “interno”*. Este último está conformado por normas imperativas que limitan la autonomía de las partes, impidiendo cualquier pacto en contrario. Si la norma imperativa regula asuntos como la organización estatal y los principios esenciales y derechos fundamentales que la caracterizan, dicha norma se define como de “dirección”; si la norma imperativa está instruida por una finalidad particular, y defiende los intereses de un sector o un grupo específico, se estará en frente a

⁵³Medina Casas, Héctor Mauricio. “El Orden Público Internacional en el reconocimiento de laudos extranjeros: Concepto difuso de aplicación restrictiva”, Arbitraje PUCP, no. 4, pág. 153.

una norma imperativa de “protección”. En el ámbito internacional se ha dicho que el desconocimiento de una norma imperativa, en principio, no justifica la denegación del reconocimiento o la impugnación de un laudo internacional por ser violatorio del OPI. Este tiene un alcance más limitado, pues sólo se refiere a la vulneración de normas imperativas de dirección y no de protección⁵⁴.

- *Ámbito de aplicación positivo*

Desde otra aproximación: lo que sí es el OPI. El Orden Público tiene *tres* dimensiones: una *transnacional*, una *internacional* y otra *doméstica*. La dimensión transnacional es la más restringida y, a la vez, la que más tiende a lo general: hace referencia a aquellos “principios universalmente reconocidos por las naciones civilizadas”⁵⁵. De manera diferente, la dimensión internacional se encuentra en la mitad del espectro porque se refiere a las instituciones (locales) básicas y esenciales que caracterizan la organización estatal de un determinado ordenamiento jurídico (normas imperativas de dirección)⁵⁶. Por último, la dimensión doméstica representa el espectro más amplio, dado que hace referencia a todas las

⁵⁴ Un ejemplo de una norma que ha sido considerada en Colombia como de protección es el artículo 1328 del Código de Comercio relativo a la agencia mercantil. Este punto fue estudiado en la siguiente sentencia: CSJ, SC, 24 de junio de 2016, MP Ariel Salazar Ramírez Rad. 11001-02-03-000-2014-02243-00, que se analizará en la página 55 del presente trabajo.

⁵⁵ International Law Association London Conference, Committee on International Commercial Arbitration, 2000, pág.7. Consultable en la siguiente página: <https://www.ila-hq.org/index.php/committees>

⁵⁶ Medina Casas, Héctor Mauricio. “El Orden Público Internacional en el reconocimiento de laudos extranjeros: Concepto difuso de aplicación restrictiva”, Arbitraje PUCP, no. 4, pág. 155.

normas de carácter imperativo de un Estado, independientemente de la finalidad que persigan o el interés que protejan.

Ahora, esta diferenciación, que en lo teórico pareciera tener linderos claros o por lo menos identificables, en la práctica se presenta de manera matizada puesto que el OPI en el sentido internacional, *a veces*, puede coincidir con valores y principios reconocidos por todas las civilizaciones o por la comunidad internacional (como en el caso de la proscripción de la esclavitud o la discriminación), y *a veces no*⁵⁷; por lo tanto: el Orden Público en el sentido del Derecho Internacional Privado tiene un alcance más amplio que el transnacional y más restringido que el interno⁵⁸.

- *Características*

El OPI suele ser definido como un concepto difuso e impreciso. Dado su carácter local y la multiplicidad de Estados que actúan simultáneamente a escala internacional, no es fácil alcanzar un entendimiento unívoco y preciso; sin embargo, sí es posible presentar algunos de sus rasgos más característicos, identificando la lógica que les subyace.

Los atributos principales del OPI son tres: dinamismo, actualidad y excepcionalidad.

⁵⁷ García Matamoros, Laura. “Revisión del concepto de orden público de derecho internacional privado. estudio en homenaje a Carlos Holguín Holguín”, Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, no. 370 2020, pp. 166 y 167. Disponible en: http://revistaacademiacolombianajurisprudencia.acj.org.co/index.php/revista_acj/article/view/99

⁵⁸ Cárdenas Mejía, Juan Pablo. “El concepto de orden público en el arbitraje internacional”, en: Teoría general del derecho internacional privado (eds. Laura Victoria García Matamoros, Antonio Agustín Aljure Salame), Legis Editores, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016, pág. 141.

1. El primero se manifiesta en un sentido *temporal* y en uno *espacial*. Desde el punto de vista temporal, el OPI no es un concepto invariable o inmutable, sino que cambia con el transcurso del tiempo. La transformación de los sistemas jurídicos puede afectar su entendimiento, haciendo más o menos difícil su anulación o no reconocimiento. Desde el punto de vista espacial, el OPI cambia dependiendo del Estado en el que se analiza, pues, como se dijo anteriormente, es un concepto local y no transnacional, por lo que un laudo puede ser (al mismo tiempo) compatible con determinado sistema legal e incompatible respecto de otro.

El dinamismo conlleva ciertos interrogantes que dificultan la tarea del juez de control, dado que no parecería ser claro, por ejemplo, en qué momento se produce la violación y frente a qué OPI, cuál es el grado de intensidad del control y de la violación, y cuál es el alcance de los efectos de la vulneración.

Frente a los anteriores cuestionamientos, los otros dos rasgos del OPI, de actualidad y excepcionalidad, entran en juego desarrollando una función “limitadora”, como se explica a continuación.

2. El criterio de actualidad permite entender el momento en que se produce la violación y el OPI al que se refiere. En este sentido, se sostiene que el OPI que se tiene en cuenta no es ni el vigente al momento de la celebración del contrato ni el vigente al momento en el que se profiere el laudo, sino el “actual”: el vigente en el momento en que el juez analiza si debe ser anulado o no reconocido. Lo anterior puede tener sus

matices, especialmente tratándose de cambios legislativos que prohíban o permitan determinados asuntos en materia de contratos.

En este sentido, Cárdenas afirma:

*“(…) Sin embargo, este principio debe ser objeto de dos precisiones. En efecto, puede suceder que exista una nueva ley imperativa contraria al contrato que se debate. En este caso, los principios generales sobre la aplicación de la ley conducirán a sostener que la nueva ley no es aplicable al contrato ya celebrado, por lo cual, no debería considerarse que en tal caso el laudo que reconozca dicho contrato sea contrario al orden público internacional. Si, por el contrario, la nueva ley elimina la restricción impuesta, habrá que examinar el porqué del cambio. Si el cambio obedece a que se ha modificado el principio mismo que fundaba la regla de orden público y por ello no se estiman ya contrarios a las reglas del Estado tales acuerdos, puede considerarse que la violación del orden público ha desaparecido. Sin embargo, puede tratarse de un mero cambio de regulación, que obedece a circunstancias contingentes, pero que significa eliminar el hecho de que el Estado considera reprochables las conductas que desconocen este tipo de regulaciones. En tal caso, no se podría afirmar que ha desaparecido la violación de orden público”.*⁵⁹

En un sentido similar, Víctor Gutiérrez Castillo precisa lo siguiente:

⁵⁹ *Ibíd.*, pág.163.

“(…) Carácter flexible: es decir, su contenido ha de ser estimado por el juez en el caso concreto y al momento de dictar su decisión. Esta situación, como todas, acepta excepciones: deben aceptarse excepciones por aplicación de los criterios del Derecho intertemporal (el respeto a los derechos adquiridos puede exigir que se tome en consideración el orden público tal y como se entendía en un momento anterior a aquel en el que se resuelve)”⁶⁰

3. La aplicación restrictiva o característica de excepcionalidad es de importancia capital, dado que limita el dinamismo del OPI en dos sentidos: en cuanto a la intensidad del control y la trascendencia de la violación, y en cuanto a la atenuación de los efectos de la violación.

En relación con el primer sentido, es bueno recordar que, en principio, le está vedado al juez de control efectuar un análisis de fondo de la decisión, por lo que su intervención es de carácter limitado. Esto se desprende también del principio de favorabilidad de la institución del arbitraje internacional y de la finalidad de los laudos internacionales. Si no fuera así, el mismo sentido de los mecanismos de control se desnaturalizaría, dado que se estaría otorgando al juez de control la potestad de sustituir la decisión del árbitro y crear una nueva decisión que resuelva de mejor manera, según su criterio, la controversia. Este aspecto es sumamente importante y se torna en un asunto delicado en el contexto del OPI pues, por su naturaleza difusa,

⁶⁰ Gutiérrez Castillo, Víctor “El orden público en el Derecho Internacional Privado”, en: Teoría general del derecho internacional privado (eds. Laura Victoria García Matamoros, Antonio Agustín Aljure Salame), Legis Editores, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016, pág. 130.

puede invitar al juez a analizar el fondo de la decisión⁶¹. Como consecuencia, se tiene que, si el juez de control no puede sumergirse en las cuestiones de fondo, la violación del OPI debe emerger y ser visible desde la superficie, sin que se requiera de lentes especiales. Tan es así que algunas jurisdicciones han afirmado que la violación debe ser tan grave y manifiesta que tiene que “*quemarle los ojos al juez*”⁶². De todas maneras, también dependerá de la postura ideológica, minimalista o maximalista, adoptada por el juez estatal⁶³. Si es “minimalista”, al momento de verificar una supuesta vulneración del OPI, esta no puede ser de cualquier tipo, sino que debe aparecer de manera evidente (sin necesidad de un examen estricto)⁶⁴. Si opta por una posición maximalista, el examen será más amplio e implicará una revisión más profunda del laudo⁶⁵.

La segunda manifestación del criterio restrictivo, como se dijo, es la atenuación de sus efectos. Estos pueden ser negativos (en el sentido de que no se aplica una norma o un laudo extranjero) y positivos (se sustituye la norma inaplicada con una aplicable

⁶¹ Ídem. Según Cárdenas, esta es una de las razones por las que se ha apoyado la eliminación de la violación del OPI como causal para anular o denegar el reconocimiento de un laudo internacional. Cárdenas Mejía, Juan Pablo. “El concepto de orden público en el arbitraje internacional”, en: Teoría general del derecho internacional privado (eds. Laura Victoria García Matamoros, Antonio Agustín Aljure Salame), Legis Editores, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016, pág. 141.

⁶² Esta expresión fue utilizada en el fallo de 18 de noviembre de 2004 de la Corte de Apelaciones de París en el caso Thales c. Euromissile. Según Cárdenas, este caso es emblemático, dado que se fijaron los parámetros de la intensidad de control, el cual debe ser mínimo y “sólo debe ser ejercido respecto de violaciones flagrantes, efectivas y concretas por el laudo arbitral”, Cárdenas Mejía, Juan Pablo. “El concepto de orden público en el arbitraje internacional”, en: Teoría general del derecho internacional privado (eds. Laura Victoria García Matamoros, Antonio Agustín Aljure Salame), Legis Editores, Universidad del Rosario, Bogotá, pág. 160.

⁶³ Íbidem, pág.161.

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Ídem.

según el Estado donde se anula o reconoce)⁶⁶. El carácter restrictivo se manifiesta en este escenario en la posibilidad de *separar* el contenido de un laudo que se considera violatorio del OPI, preservando todo aquello que sea compatible (separabilidad)⁶⁷.

Para resumir las ideas expuestas, es posible afirmar, como lo hace Medina Casas, que el Orden Público internacional es un “concepto difuso de aplicación restrictiva”⁶⁸.

- *Contenido del OPI*

La definición del contenido del OPI es una cuestión algo espinosa. La falta de definiciones legales, tanto de su naturaleza como de su contenido, hace que sea una noción de construcción jurisprudencial, cuyo contenido material viene revelado poco a poco, dependiendo de las circunstancias especiales de cada caso en concreto, y en relación con las nociones básicas de moral y justicia de cada Estado. Por esto, más que un concepto definible, el OPI parecería ser un *test* o un método que permite considerar un laudo como compatible o no con un

⁶⁶ Gutiérrez Castillo, Víctor “El orden público en el Derecho Internacional Privado”, en: Teoría general del derecho internacional privado (eds. Laura Victoria García Matamoros, Antonio Agustín Aljure Salame), Legis Editores, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016, pág.131.

⁶⁷ El principio de separabilidad no está directamente referido a la excepción de OPI; sin embargo, a nivel internacional se ha aplicado, aceptando la posibilidad de reconocimientos parciales, por ejemplo. Así se ha recomendado en la Resolución 02 de la Asociación Internacional de Derecho Privado. Ver Medina Casas, Héctor Mauricio. “El Orden Público Internacional en el reconocimiento de laudos extranjeros: Concepto difuso de aplicación restrictiva”, Arbitraje PUCP, no. 4, pág. 159; Gutiérrez Castillo, Víctor “El orden público en el Derecho Internacional Privado”, en: Teoría general del derecho internacional privado (eds. Laura Victoria García Matamoros, Antonio Agustín Aljure Salame), Legis Editores, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016, pág.132.

⁶⁸ Así se plantea en el título del artículo de Medina Casas ya mencionado: “El Orden Público Internacional En El Reconocimiento De Laudos Extranjeros: Concepto Difuso De Aplicación Restrictiva”.

determinado ordenamiento jurídico, lo que sería consecuente con la función defensiva, aunque excepcional, atrás mencionada.

Dada la potencial peligrosidad del OPI en relación con la efectividad de los laudos internacionales, los instrumentos internacionales y las leyes nacionales que lo mencionan casi nunca lo delimitan y, si lo hacen, es de manera muy genérica⁶⁹. Sin embargo, y tal vez justamente por eso, ha existido un esfuerzo a nivel internacional para poder individuar cuáles son las fuentes normativas del OPI. En este escenario, resulta de importancia trascendental mencionar la Resolución 02 de 2002 formulada por la Asociación de Derecho Internacional⁷⁰ (ILA, por su sigla en inglés). Este documento contiene algunas recomendaciones sobre la aplicación del OPI por las cortes estatales (en escenarios de reconocimiento de laudos internacionales) y se establecen tres categorías normativas que caracterizan el contenido del OPI:

- i. Los principios fundamentales
- ii. Las leyes de policía

⁶⁹ Las normas que mencionan el OPI no siempre utilizan la misma terminología y existen diferentes denominaciones que, también, reflejan la manera en cómo se entiende el concepto. Para apreciar este fenómeno puede resultar interesante la lectura del siguiente artículo, donde el autor muestra la manera en cómo se denomina el OPI en las leyes de arbitraje alrededor del mundo, bajo tres denominaciones principales; i) orden público de un determinado Estado; ii) orden público internacional; iii) incorporando la Convención de Nueva York por referencia. Fry, James D. "Désordre Public International under the New York Convention: wither truly international public policy", Chinese Journal of International Law, 2009, pp. 81-134. Por otro lado, regulaciones en materia de arbitraje internacional, como la de Australia, en su "International Arbitration Act" de 1974, en el art.8 (7 a), Parte II, intenta limitar y evitar dudas sobre la aplicación del OPI (public policy) cuando hace referencia al hecho de que un laudo es afectado por fraude o corrupción, o se produce un quebrantamiento de la justicia natural. Este ejemplo es tomado en: Cárdenas Mejía, Juan Pablo. "El concepto de orden público en el arbitraje internacional", en: Teoría general del derecho internacional privado (eds. Laura Victoria García Matamoros, Antonio Agustín Aljure Salame), Legis Editores, Universidad del Rosario, Bogotá pág.145.

⁷⁰ Puede consultarse a través del siguiente enlace: <https://www.ila-hq.org/index.php/committees> . Para mayor comprensión, también se recomienda leer: International Law Association London Conference (2000), Interim Report On Public Policy As A Bar To Enforcement Of International Arbitral Award, consultable a través del siguiente enlace: <https://www.ila-hq.org/index.php/committees>

iii. Las obligaciones internacionales asumidas por los Estados

Paso a exponer cada categoría, como sigue:

- i. Los principios fundamentales son aquellos que se consideran como tales en el Estado donde se está efectuando el control sobre el laudo internacional, y pueden clasificarse en dos grandes subcategorías: sustanciales y procesales. Para poder establecer si un principio es o no fundamental se aconseja tener en cuenta “la naturaleza internacional del caso y la conexión del mismo con el sistema jurídico del foro y, por el otro, la existencia de un consenso internacional en relación con la importancia y prevalencia del principio.” En su acepción sustancial, se hace referencia al principio de no abuso de los derechos, el principio de buena fe, el principio de *pacta sunt servanda* (fuerza obligatoria de los contratos), la prohibición de expropiación sin indemnización, y la prohibición de actividades contrarias a las buenas costumbres. En su acepción procesal se hace referencia a la imparcialidad del árbitro, la prohibición de proferir un laudo por fraude o corrupción, la violación de reglas propias del debido proceso en materia de debida notificación, cosa juzgada, igualdad entre las partes, y el nombramiento de los árbitros.
- ii. Las leyes de policía se consideran como aquellas normas que protegen intereses esenciales de un Estado en el ámbito político, social o económico. Piénsese, por ejemplo, en aquellas que regulan el régimen cambiario y el tributario, la libre competencia, las normas de protección ambiental, o normas de protección del

consumidor. En el contexto europeo también entran en esta categoría las normas de protección de los agentes comerciales⁷¹.

- iii. En cuanto a las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, si un laudo es contrario a éstas, no podrá ser reconocido ni podrá ser considerado como válido. Los ejemplos⁷² que se proponen son las resoluciones de Naciones Unidas o convenios internacionales.

2.2 El OPI en otras latitudes: España y Francia, Estados Unidos, México y Chile

- *El caso español y francés*

Antes de referirnos a los casos de España y Francia, es necesario poner de presente algunos aspectos importantes del OPI desarrollados a nivel europeo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de ahora en adelante TJUE). Este análisis se debe hacer desde dos niveles: uno, teniendo en cuenta la manera cómo el TJUE ha interpretado el OPI en relación con normas comunitarias; el otro, teniendo en cuenta que la labor principal del TJUE no es la definir el OPI de cada Estado de la UE, sino de “controlar los

⁷¹ Cárdenas Mejía, Juan Pablo. “El concepto de orden público en el arbitraje internacional”, en: Teoría general del derecho internacional privado (eds. Laura Victoria García Matamoros, Antonio Agustín Aljure Salame), Legis Editores, Universidad del Rosario, Bogotá, pág.157.

⁷² *Ibidem*, pág. 158. Según Cárdenas, las decisiones adoptadas por la comunidad internacional que imponen un bloqueo a un Estado también son un ejemplo de obligaciones internacionales.

límites dentro de los cuales los tribunales de cada Estado Miembro puedan recurrir a este motivo”⁷³.

Desde el primer nivel, el TJUE ha entendido la “excepción de orden público” como una violación manifiesta de una norma fundamental de un Estado, no solamente desde una perspectiva local, sino también desde una perspectiva comunitaria, dado que los principios del derecho de la UE también se entienden incluidos en los ordenamientos jurídicos nacionales, particularmente las libertades fundamentales y los derechos humanos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención Europea de Derechos Humanos⁷⁴. Además, también existen pronunciamientos del TJUE en los que se hace referencia a normas comunitarias en materia económica⁷⁵. En materia de libre competencia el referente es el caso *Eco Swiss*, en el que se señaló que el artículo 81 del tratado que crea la Comunidad Económica— Actual artículo 101 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea— es una norma de OPI y su violación puede justificar la anulación de un laudo arbitral⁷⁶. En otros dos casos⁷⁷ relativos a unas controversias sobre contratos de agencia mercantil regidos

⁷³ Espinosa Sanabria, Irene Isabel. "La incidencia del orden público internacional en el arbitraje internacional comercial", Trabajo de fin de grado, Universidad Pontificia Comillas, 2020, pág.16. Enlace: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/38579>

⁷⁴ Gössl, Susanne Lilian. "The public policy exception in the European civil justice system", *The European Legal Forum-Forum iuris communis Europae*, no. 4, 2016, pp. 86 - 87. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/311622230_The_public_policy_exception_in_the_European_civil_justice_system

⁷⁵ Cárdenas Mejía, Juan Pablo. “El concepto de orden público en el arbitraje internacional”, en: *Teoría general del derecho internacional privado* (eds. Laura Victoria García Matamoros, Antonio Agustín Aljure Salame), Legis Editores, Universidad del Rosario, Bogotá, pág. 156.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 157. Los casos que se citan son: el caso *Ingmar* y el caso *Accentuate Ltd v. Asigra Inc.*; en el primero el contrato de agencia se regulaba por las leyes del Estado de California, mientras que en el segundo por la ley de Canadá.

por leyes extracomunitarias, el TJUE estableció que “debían aplicarse las normas europeas contenidas en los artículos 17 y 18 de la Directiva 86/635 sobre agencia comercial, por ser estas normas imperativas”⁷⁸. Siempre en el contexto del contrato de agencia comercial, el TJUE ha afirmado que las cortes nacionales pueden aplicar el OPI, en lugar de las normas comunitarias, si se comprueba que “el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico, conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la citada Directiva (...)”⁷⁹

Desde el segundo nivel, el TJUE requiere a las cortes de los Estados Miembros justificar las razones por las cuales determinados “valores” nacionales hacen parte de su OPI. En cuanto a la intensidad del control por parte de los jueces estatales, el TJUE no ha dado instrucciones específicas sobre el alcance del control, sino que se ha pronunciado de manera algo genérica para no desbordar sus funciones. En relación con este asunto vale la pena transcribir el siguiente comentario: “(...) *El Alto Tribunal Europeo para no extralimitar sus competencias, solo estableció los límites cuyo quebrantamiento implicaría la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo, precisando que, ha de considerarse una violación sumamente manifiesta de una norma que sea considerada esencial, o de un derecho reconocido fundamental para el ordenamiento jurídico del Estado en el cual se pretende reconocer el laudo.*”⁸⁰

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ Ídem. Se hace referencia a la Sentencia del 17 de octubre de 2013, C-184/12.

⁸⁰ Espinosa Sanabria, Irene Isabel. "La incidencia del orden público internacional en el arbitraje internacional comercial", Trabajo de fin de grado, Universidad Pontificia Comillas, 2020, pág.16.

Después de las anteriores anotaciones sobre el entendimiento del OPI a nivel europeo, ahora se expondrá lo relativo al caso español y al caso francés.

En España el OPI (usualmente denominado como “orden público” por las cortes españolas) encuentra consagración expresa como causal de anulación⁸¹ y denegación de reconocimiento de laudos internacionales⁸². No resulta extraño que en ninguna de las normas mencionadas no se “defina” lo que se entiende por “orden público”; por esta razón ha sido identificado como un concepto indeterminado, cuyo desarrollo ha sido de carácter jurisprudencial⁸³. En cuanto a la definición que se le ha venido dando en España, se ha entendido como un concepto diferente al orden público interno⁸⁴, que consiste en el conjunto de principios y valores esenciales de un grupo social que delimitan el límite de la autonomía de la voluntad privada en el marco del arbitraje⁸⁵ y, debido a su carácter indeterminado y de difícil concreción, también en España se ha optado por aplicarlo de manera “restrictiva”⁸⁶; por ende, un laudo solo podrá cuestionarse por razones de OPI cuando lo contrarie de manera grave y lo vulnere de manera manifiesta y evidente⁸⁷; si

⁸¹ Ley 60 de 2003 (Ley de Arbitraje), art.41, literal f.

⁸² Convención de Nueva York de 1958, art. V.2.b), por remisión del art.46 de la Ley 60 de 2003.

⁸³ Fernández Rozas, José Carlos. “Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española”, Revista de arbitraje comercial y de inversiones, Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación Instituto Universitario de Estudios Europeos Universidad CEU San Pablo, Madrid, vol. 8, no 3, 2015., pág. 824. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/35098/>

⁸⁴ *Íbidem*, pág 848.

⁸⁵ Espinosa Sanabria, Irene Isabel. “La incidencia del orden público internacional en el arbitraje internacional comercial”, Trabajo de fin de grado, Universidad Pontificia Comillas, 2020, pág. 13.

⁸⁶ Fernández Rozas, José Carlos. “Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española”, Revista de arbitraje comercial y de inversiones, Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación Instituto Universitario de Estudios Europeos Universidad CEU San Pablo, Madrid, vol. 8, no 3, 2015, pág. 83.

⁸⁷ *Ídem*.

no fuera así, se vulneraría el principio de no revisión del fondo de la controversia⁸⁸. Además, es importante resaltar que el OPI que el juez español debe tener en cuenta es el “local” y el “actual”, o sea el vigente en España en el momento de efectuar el análisis en sede de anulación o reconocimiento⁸⁹. Dada la importancia del OPI, su control procede de oficio⁹⁰ por parte de la autoridad judicial, con las restricciones y límites antes expuestos. En lo que respecta el contenido del OPI, las cortes y la doctrina española lo han entendido tanto desde el punto de vista sustancial como procesal. Sobre estas manifestaciones, el antes citado Fernández Rozas se pronuncia de la siguiente manera:

*“Orden público material: cuando se infringen los valores consagrados como fundamentales para la sociedad, porque los mismos se entienden como intangibles en un concreto contexto histórico, sociopolítico, económico y cultural. Este correctivo está integrado por aquellos principios políticos, económicos, morales y sociales que conforman el marco jurídico identificador de un estado o un país en cada momento histórico. La práctica apunta a que dentro de esta noción podría incluirse el deber de actuar de buena fe, la prohibición de abuso de derecho, prohibición de discriminación o la prohibición de expropiación sin un debido proceso (...)”*⁹¹

Refiriéndose al aspecto procesal ⁹² prosigue de la siguiente manera:

⁸⁸ Íbidem, pág. 835.

⁸⁹ Íbidem, pág. 833.

⁹⁰ Íbidem, pág. 844.

⁹¹ Íbidem, pp.839-840.

⁹² Es interesante para el desarrollo del presente trabajo la precisión que aporta la experiencia española en cuanto a la vulneración del OPI procesal, dado que no es suficiente con que se compruebe una irregularidad procedimental, “sino o únicamente aquellas que por su gravedad han afectado a los principios de igualdad,

*“Orden público procesal: Abarca las reglas rectoras del debido proceso, en concreto el derecho de las partes a ser debidamente llamadas al arbitraje, la igualdad en el trato, el derecho a ser oído, la prohibición de parcialidad y la falta de independencia, fraude o corrupción por parte de los árbitros. Dicho en otros términos: cuando en el procedimiento arbitral no se han respetado los principios de contradicción, defensa e igualdad de oportunidades entre las partes litigantes.”*⁹³

Más allá de las anteriores manifestaciones, el orden público protege los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico, por lo que también deben entenderse como incluidos principios jurídicos fundamentales que deban ser garantizados por el juez, y principios importantes del Derecho de la Unión Europea⁹⁴.

Es necesario agregar que, en el caso español, a partir del año 2015⁹⁵, se ha desarrollado un entendimiento del OPI en sentido económico—orden público económico—, *“en el que se incluyen ciertas reglas básicas y principios irrenunciables de la contratación en supuestos de especial gravedad o singularmente necesitados de protección”*⁹⁶, especialmente en consideración al principio de buena fe en la contratación aplicado a los productos financieros complejos. Lo anterior ha suscitado algunas críticas a nivel doctrinario y tiene su fundamento en la utilización errónea del concepto para analizar de “fondo” la controversia arbitral

audiencia o contradicción, dando lugar a una situación de indefensión de la parte afectada”, *Íbidem*, pág 843. Lo anterior responde a la aplicación del criterio restrictivo al momento de determinar la vulneración del OPI en su faceta procesal.

⁹³ *Ídem*

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 841-842

⁹⁵ Se hace referencia a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 28 de abril del 2015 STSJ M 1286/2015

⁹⁶ *Ibidem*, pág. 827.

resuelta por el laudo impugnado por vulnerar el OPI, contrariando así el carácter restrictivo del concepto⁹⁷.

En el caso francés, la norma rectora en materia de OPI es el artículo 1520 del Código de Procedimiento Civil. En este caso se usa la denominación de Orden Público Internacional, aunque no se define; por lo tanto, también ha sido un concepto indeterminado de desarrollo doctrinal y jurisprudencial.⁹⁸

En cuanto a la definición de OPI, se ha entendido como el conjunto de aquellos valores y principios que, dada su importancia en el contexto francés, no pueden ser desconocidos ni siquiera en escenarios internacionales⁹⁹. En cuanto a las manifestaciones y características del OPI en Francia, es posible afirmar que se considera como “local” (o sea el OPI francés)¹⁰⁰, que es diferente a las normas de orden público interno (en virtud de la misma denominación) y que manifiesta tanto desde un punto de vista “procesal” como “sustancial”^{101 102}. En el sentido procesal se ha entendido como las garantías de debido proceso que tienen que ser

⁹⁷ Ídem. Para un análisis más detallado del caso consultar: Vélez Fraga, Manuel;Gómez-Iglesias Rosón, Luis. “La anulación de laudos arbitrales por vulneración del orden público en las recientes resoluciones del tribunal superior de justicia de Madrid”, Actualidad Jurídica, no. 43, 2016. Consultable en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5095/documento/foro01.pdf>

⁹⁸ Delobbe, Gauthier. "L'étendue du contrôle de l'ordre public dans le cadre du recours en annulation des sentences arbitrales: étude des situations belges et françaises", Université de Liège, Liège, 2020, pág.23. Disponible en: <https://matheo.uliege.be/handle/2268.2/9172>

⁹⁹ Ídem. La anterior definición también es reportada por las Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras”, Secretaría de la CNUDMI, Naciones Unidas 2016, pág. 264.

¹⁰⁰ Ídem.

¹⁰¹ Ídem.

¹⁰² Sobre el tema también es posible consultarlo en el reporte anual de la Corte de Casación francesa, citado por Delobbe Gauthier: Cour de cassation, Rapport annuel 2013. Consultable en: https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour_de_cassation_rapport_2013.pdf

aseguradas por el árbitro en el marco del procedimiento arbitral, especialmente en cuanto a la igualdad de las partes, el principio de contradicción, el acceso a la justicia arbitral o los principios de Estoppel y el fraude procesal¹⁰³. Desde el punto de vista sustancial o material, el OPI se ha aplicado en escenarios de corrupción, blanqueamiento de capitales y leyes de policía.¹⁰⁴

En lo que se refiere a la intensidad del control, en Francia no ha sido un tema pacífico y ha sido objeto, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, de un importante debate que ha oscilado entre un criterio maximalista y uno minimalista¹⁰⁵. En el primer extremo, el caso que la doctrina suele señalar es el caso “Pyramids”, en el que se estableció un gran margen de discreción judicial en cuanto a la constatación de los elementos de hecho y derecho a la hora de analizar la ocurrencia de alguna de las causales establecidas en el artículo 1520¹⁰⁶. Luego de esta decisión, este criterio se aplicó a la causal de violación de OPI, pero en eventos en donde se alegaba fraude¹⁰⁷. Así que no había certeza (por parte de la doctrina) de si aplicaba en general o en casos donde se alegara ese tipo de situaciones. El tiempo trajo una respuesta encarnada en la solución adoptada en dos famosos casos: Tháles y Cytec.¹⁰⁸ En ambos la postura jurisprudencial varió y el péndulo empezó a oscilar hacia una vertiente minimalista: el control desarrollado por parte del juez, tratándose de la violación del OPI, es de carácter “extrínseco” y debe realizarse bajo criterios de actualidad y “limitado al carácter

¹⁰³ Ídem.

¹⁰⁴ Ídem.

¹⁰⁵ Jarrosson, Charles. “La intensidad del control del Orden Público” en: “El orden público y el arbitraje” (Eric Loquin y Sébastien Manciaux, directores académicos), Editorial Universidad del Rosario, Cámara de Comercio de Bogotá, CREDIMI, Bogotá, 2016, pág. 169-172

¹⁰⁶ Ídem

¹⁰⁷ Ídem.

¹⁰⁸ Ídem.

flagrante, efectivo y concreto de la violación alegada”¹⁰⁹. Sin embargo, el debate no ha terminado, los críticos de la corriente minimalista alegan que un control tan limitado es, en realidad, insuficiente y, más bien, aparente, y algunas decisiones recientes parecen retomar algunas posturas (aunque matizadas) de la corriente maximalista¹¹⁰.

- *Estados Unidos de América*

En cuanto a la consagración y denominación del OPI, la terminología adoptada en Estados Unidos de América, de acuerdo con el art. 207 del FAA, es la de “*public policy*”, sin el atributo de internacional, dado que opera una remisión a la Convención de NY. Tampoco en este caso se define legalmente qué se entiende por este concepto, siendo así su contenido desarrollado jurisprudencialmente¹¹¹.

Tradicionalmente, E.E.U.U. ha mostrado una posición favorable al arbitraje internacional y ha defendido una aplicación restrictiva de la excepción de orden público¹¹². Lo anterior puede extraerse de consideraciones jurisprudenciales que establecen que sólo puede ser aplicado frente a violaciones de principios fundamentales de justicia y que debe ser interpretado de manera favorable al arbitraje internacional¹¹³.

¹⁰⁹ Ídem.

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ Tosun, Huseyin Alper. “Public Policy Concepts in International Arbitration”. Tesis doctoral, UC Berkeley, 2019, pág. 63. Disponible en: https://escholarship.org/content/qt4xj024n0/qt4xj024n0_noSplash_a6a5f7f49ce3df3ccc4b1090fc9a15de.pdf?≡pwzt7i

¹¹² Ídem.

¹¹³ Ibídem, pág. 64.

En cuanto a la “definición” de lo que se entiende por OPI, la jurisprudencia estadounidense ha definido esta excepción como aquellas “nociones básicas de moralidad y justicia”¹¹⁴ o aquellos “principios fundamentales de justicia”¹¹⁵. En lo que se refiere a las características y al contenido o manifestaciones del OPI, se ha entendido como diferente al orden público nacional¹¹⁶, por lo que no pueden considerarse como sinónimos, de no ser así, se estaría contrariando la intención propuesta por la Convención de NY¹¹⁷. Como en otras latitudes, también en el caso estadounidense es posible encontrar manifestaciones sustanciales y procesales. El sentido sustancial se ha analizado en relación con: violaciones a las sanciones impuestas por Estados Unidos a otros países, régimen de intereses, derecho de competencia y competencia desleal, y en el ámbito financiero¹¹⁸. Por otro lado, el sentido procesal se ha estudiado en relación con: reconocimiento de laudos anulados, falta de imparcialidad, falta de motivación, fraude y, desde un punto de vista genérico, violaciones a reglas procesales de carácter fundamental¹¹⁹.

- *México*

¹¹⁴ *Ibidem*. El autor toma esta expresión de uno de los casos más célebres y citados (también en la Sentencia CSJ, SC, 27 de julio de 2011, MP Ruth Marina Díaz Rueda, Rad. 11001-0203-000-2007-01956-00.): *Parsons & Wittemore v. Société Générale*.

¹¹⁵ * dem*.

¹¹⁶ *Ibidem*, pág.63.

¹¹⁷ * dem*.

¹¹⁸ *Ibidem*, 66-74.

¹¹⁹ *Ibidem*, pp.75-81.

En México, la excepción de orden público se encuentra presente en diferentes codificaciones, como la civil, la mercantil y otras de tipo procesal¹²⁰. Sin embargo, no existe una definición legal del concepto.

Según González de Cossío, la posición de México al respecto puede considerarse en sintonía con el criterio aceptado internacionalmente: una posición minimalista y favorable al arbitraje¹²¹. En cuanto a definición, el mismo autor propone una y cita otras que han sido expuestas por las cortes mexicanas. En cuanto a la propia, entiende por orden público:

*“(...) las instituciones jurídicas que reflejan los sentimientos más caros de sistema jurídico”*¹²².

En cuanto a lo propuesto por la jurisprudencia, el autor mexicano afirma:

“(...) El orden público determina un estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad; esta idea está asociada con la noción de paz pública, objetivo específico de las medidas de gobierno. En sentido técnico se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones

¹²⁰ Siqueiros, José Luis, "El Orden Público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales", *Jurídica*, Revista del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana 32,2002, pág.10. Disponible en: <https://www.derecho.unam.mx/seminarios/descargas/internacional/SiqueirosPrieta.PDF>.

Resulta importante mencionar los artículos 1457 y 1461 del Código de Comercio mexicano, que regulan respectivamente las causales de anulación y denegación de reconocimiento y se refieren a la contrariedad del laudo con el “Orden Público”.

¹²¹ González de Cossío, Francisco. "Hacia una Definición Mexicana de “Orden Público”, pág.5. Extraído de : <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Definicion%20de%20Orden%20Publico.pdf>

¹²² *Ibidem* , pág.9.

*que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos, (no está bajo el imperio de la autonomía de la voluntad) ni por la aplicación del derecho extranjero”*¹²³.

Según lo anterior, la excepción de orden público vendría siendo un mecanismo que permite defender intereses fundamentales de la sociedad cuando sean puestos en riesgo por la aplicación de la ley o de una sentencia foránea. Además, a nivel jurisprudencial, se ha entendido como un concepto diferente a la noción general de “Derecho Público”¹²⁴ y a la noción de normas imperativas¹²⁵. En cuanto a la intensidad del control, no ha habido mucha claridad al respecto, pues no hay, como tal, una línea jurisprudencial que, de manera clara— cómo por ejemplo en el caso de Thales —especifique el grado de control y el tipo de violación que podrían justificar la aplicación de la excepción de orden público¹²⁶.

- *Chile*

El desarrollo chileno en cuanto al tema del OPI es interesante por su similitud con lo ocurrido en Colombia. En efecto, en Chile la excepción de Orden Público Internacional figura como causal de anulación y denegación de reconocimiento de laudos arbitrales, y su desarrollo ha sido de tipo jurisprudencial, dado que no existe una definición legal del mismo¹²⁷.

¹²³ *Ibidem*, pág.3.

¹²⁴ *Ibidem*, pág.7.

¹²⁵ *Ídem*. Es necesario resaltar que el autor es claro en subrayar que la posición sobre este punto ha sido un poco ambigua y se presta a diferentes interpretaciones.

¹²⁶ González de Cossío, Francisco "Orden público y arbitrabilidad: dúo-dinámico del arbitraje", Revista Auctoritas Prudentium, no.1, 2008,pág. 11. Consultada en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5047666>

¹²⁷ Vásquez Palma, María Fernanda. “Nulidad y ejecución del laudo en el arbitraje comercial internacional. Disquisiciones sobre este doble control, causales de nulidad y revisión de la jurisprudencia chilena”, Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, no. 136, 2018, pp. 9-11.

La jurisprudencia chilena ha diferenciado de manera expresa el OPI del orden público interno¹²⁸, estableciendo que el primero responde a los principios y reglas fundamentales del derecho chileno (adoptando una visión localizada)¹²⁹.

En cuanto a su contenido, se ha encuadrado desde un punto de vista sustancial y procesal¹³⁰; según el primer rasgo, se han tenido en cuenta: la prohibición de abuso del derecho, la protección de los intereses políticos, sociales y económicos esenciales del Estado, y el respeto a las obligaciones asumidas por este con otros Estados u organismos internacionales¹³¹; de acuerdo con el segundo, se han considerado principios fundamentales como las condiciones del debido proceso, el trato igualitario de las partes, la existencia de un procedimiento contradictorio, la imparcialidad del tribunal arbitral, o la corrupción de alguno de sus miembros¹³².

Ahora bien, la intensidad del control efectuado por la autoridad competente en la materia ha sido entendida como de alcance limitado y restringido, acorde al principio de mínima intervención y autonomía del arbitraje¹³³.

Visto lo anterior, es posible afirmar que en Chile también se ha optado por una visión minimalista y restrictiva en la interpretación y aplicación del OPI en sede de control del laudo arbitral, siendo así un país favorable al arbitraje internacional.

¹²⁸ *Ibidem*, pág.10.

¹²⁹ *Ídem*.

¹³⁰ *Ídem*

¹³¹ *Ídem*

¹³² *Ídem*

¹³³ *Ibidem*, pág.11.

2.3 Desarrollo Jurisprudencial en Colombia

Como se ha venido diciendo, la regulación colombiana en materia de arbitraje internacional no da una definición de OPI, sino que se limita a adoptar una determinada terminología, a precisar el carácter territorial o local del instituto, y a establecerlo como causal de oficio de anulación de laudos arbitrales internacionales dictados en Colombia, y como causal de oficio de denegación de reconocimiento de laudos internacionales extranjeros. Ahora, el desarrollo que ha tenido el OPI ha sido llevado a cabo por las autoridades competentes en materia de control de laudos internacionales que, según el artículo 68 de la Ley 1563, son: la Corte Suprema de Justicia (de ahora en adelante “CSJ”), Sala Civil, y el Consejo de Estado (de ahora en adelante “CE”), Sección Tercera. A continuación, se expondrá brevemente el estado actual de la jurisprudencia alrededor del OPI colombiano, y se extraerán las características y el contenido que se le ha dado, especialmente por parte de la CSJ.

- Desarrollo del OPI por parte de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia

Desde los primeros pronunciamientos de la CSJ —relativos a controversias comerciales internacionales— en los que se ocupó del OPI, a pesar de que en ese entonces lo denominaba “orden público” a secas, acertaba en contextualizarlo desde una perspectiva internacional, considerándolo como un mecanismo que permite proteger las instituciones básicas de un Estado de la aplicación de normas extranjeras o laudos o sentencias foráneos que puedan

atentar contra su integridad; también se ha planteado, desde ese entonces (a partir de los años noventa del siglo XX), que es un concepto de aplicación restrictiva y que debe responder a criterios de actualidad, dado que cambia dependiendo de la mutación de las instituciones fundamentales de cada Estado en el tiempo.

Por ejemplo, en la Sentencia del 19 de julio de 1994¹³⁴, la Corte estudió una demanda de exequatur que recaía sobre una sentencia proveniente del Estado de Florida, E.E.U.U, en la que se resolvía una controversia bancaria suscitada entre el Sr. Luis A. Duque Peña y siete entidades bancarias estadounidenses, condenando al primero por haber incumplido un contrato de mutuo y los contratos de garantía que lo respaldaban. La parte vencida se opuso durante el trámite de exequatur, alegando que se había producido una supuesta violación del OPI por el desconocimiento de las normas del régimen cambiario colombiano, por no haber respetado los requisitos establecidos los artículos 128 y 129 del Decreto 44 de 22 de marzo de 1967 sobre los “préstamos externos que recibían las personas residentes en Colombia” y la venta forzosa de las divisas provenientes de dichos negocios jurídicos al Banco de la República.

En esta ocasión, la Corte fue muy prudente a la hora de analizar el contenido del OPI y se limitó a definirlo de manera muy genérica, presentándolo como un límite a la aplicación de normas o decisiones foráneas en aras de proteger las instituciones fundamentales de cada Estado. En cuanto a sus características, se consideró como un concepto local, que cambia dependiendo del país y del paso del tiempo (mutable), y que debía responder a criterios de actualidad. Por otro lado, aunque no excluyó la regulación cambiaria del contenido del OPI,

¹³⁴ CSJ, SC, del 19 de julio de 1994, MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Expediente No. 3894.

desestimó la argumentación de la parte opositora, considerando que la regularidad de la sentencia debía contrastarse con base en la regulación cambiaria vigente al momento del exequatur (Ley 9ª de 1991), que era favorable a un proceso de apertura económica y facilitaba las transacciones de los residentes en Colombia con el exterior.

En 2004, la Sala Civil tuvo la posibilidad de pronunciarse sobre este asunto en dos ocasiones, también en un proceso de exequatur de sentencias extranjeras y no de reconocimiento de laudos arbitrales, como se expone a continuación.

En la primera oportunidad, en sentencia del 30 de enero de 2004¹³⁵, la Corte analizó una solicitud de exequatur de una sentencia proveniente de los tribunales de Florida, E.E.U.U, que condenaba a la compañía Frontier de Colombia S.A por haber incumplido un contrato de transacción celebrado con la compañía Aovan CE Petroleum, Inc. La compañía condenada se opuso al exequatur, alegando que se violaba el “orden económico de Colombia” por contrariar normas relativas el régimen de intereses y exigibilidad de las obligaciones. La Corte sostuvo que no se había vulnerado el “orden público” de Colombia, entendiéndolo desde una perspectiva internacional, y poniendo de relieve que no se refiere a cualquier norma imperativa sino a las instituciones fundamentales de un Estado. Además, también hizo alusión al carácter excepcional y dinámico de esta institución y a su comprensión “actual”.

En la segunda ocasión, en sentencia del 6 de agosto de 2004¹³⁶, se estudió una supuesta violación el OPI por contrariar la regulación de intereses de Colombia, en el contexto de

¹³⁵ CSJ, SC, 30 de enero de 2004, MP José Fernando Ramírez, Rad. 1100102030002002-0008-01.

¹³⁶ CSJ, SC, 6 de agosto de 2004, MP Edgardo Villamil Portilla, Rad. 11001-0203-000-2001-0190-01.

exequatur de una sentencia proveniente de las cortes portuguesas, en la que se resolvía una controversia en materia de agencia comercial. En esta ocasión, se evidenció la necesidad de construir un “orden público—en sentido del Derecho Internacional Privado— dinámico, tolerante y constructivo que reclama la comunidad internacional en el mundo contemporáneo”, diferenciándolo del orden público interno: el primero es más amplio que el segundo, puesto que no se ocupa de proteger ni la “organización política vernácula” ni los “derechos fundamentales de los ciudadanos”.

A partir del año 2011, la CSJ varía de alguna manera el acercamiento que había tenido en materia de OPI, dado que intenta hacer un análisis más profundo de la institución en cuestión, y una delimitación conceptual de su contenido, renunciando a una cierta “prudencia” que invitaba a no definirlo demasiado.

La sentencia del 27 de julio de 2011¹³⁷ representa el cambio mencionado. En esta ocasión, la Corte estudió una solicitud de reconocimiento de un laudo internacional que resolvía una controversia relativa al incumplimiento de obligaciones pactadas en el marco de un consorcio—integrado por Petrotesting S.A, Southeast Investment Corporation y Ross Energy S.A.S—conformado para desarrollar actividades de “exploración y producción incremental” de hidrocarburos, de acuerdo con el “Contrato para Producción Incremental (CPI) Sur Oriente” celebrado con Ecopetrol. Las primeras dos compañías mencionadas demandaron a Ross Energy ante un tribunal arbitral internacional con sede en Nueva York, que condenó a esta última por haber infringido sus obligaciones frente a las demás consorciadas. Posteriormente, la compañía vencida se opuso al reconocimiento del laudo internacional en

¹³⁷ CSJ, SC, 27 de julio de 2011, MP Ruth Marina Díaz Rueda, Rad. 11001-0203-000-2007-01956-00.

Colombia, alegando, entre otras cosas, que se estaría vulnerando el OPI colombiano, por contrariar (supuestamente) normas relativas a la explotación de recursos naturales.

En el momento de verificar la supuesta violación del OPI, la Corte hizo un análisis basado en el derecho comparado, refiriéndose explícitamente al Orden Público “Internacional”, y confirmó los criterios propuestos por la misma Sala en los pronunciamientos anteriores; pues sostuvo que el OPI es un concepto de aplicación restrictiva que coincide con los principios que hacen de base o fundamento a las instituciones del Estado colombiano. Sin embargo, lo innovador de esta decisión se encuentra en la presentación de aquellos principios que pueden conformar el OPI colombiano, así:

- la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos
- la buena fe
- la imparcialidad del tribunal arbitral
- el respeto al debido proceso

Es bueno aclarar que no se trata de una lista taxativa, sino que se trata de un ejercicio ejemplificativo; además, se precisó que, para vulnerar el OPI, se necesita de un evidente “resquebrajamiento” de los principios básicos expuestos, y no una sencilla contradicción.

Unos meses después, en sentencia del 19 de diciembre de 2011¹³⁸, la Corte tuvo ocasión de analizar el OPI, resolviendo una solicitud de reconocimiento de un laudo internacional

¹³⁸ CSJ, SC, 19 de diciembre de 2011, MP Fernando Giraldo Gutiérrez, Rad. 11001-0203-000-2008-01760-00.

proferido en el marco de un arbitraje con sede en París, que resolvía la controversia (suscitada entre la sociedad Drummond Ltd y Ferrovías en Liquidación y Ferrocarriles Nacionales de Colombia S. A. Fenoco) por el incumplimiento de las obligaciones originadas en un “contrato operacional de transporte privado” (de carbón). El estudio del OPI en este caso fue bastante sintético, pues se limitó a recoger los aspectos centrales de la sentencia del 27 de julio del mismo año, haciendo énfasis sobre la diferencia entre el orden público interno e internacional, su aplicación restrictiva, su carácter local y sobre la lista ejemplificativa antes mencionada. Sin embargo, es de resaltar que en esta ocasión la Corte fue muy explícita en cuanto al tratamiento de la intensidad del control y de la violación, pues afirmó que no cualquier infracción de un principio básico justifica la denegación de reconocimiento, sino que tiene que ser de “tal magnitud que no sea posible su ejecución en el ámbito nacional”.

Cinco años más tarde, en sentencia del 24 de junio de 2016¹³⁹, la Corte decidió sobre una solicitud de reconocimiento de un laudo parcial definitivo proferido en el marco de un arbitraje internacional con sede en Houston, Texas, E.E.U.U. La controversia solucionada por los árbitros se desató en virtud del incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de agencia que debía ser ejecutado en Colombia, y que había sido celebrado entre una compañía estadounidense y una compañía colombiana, sometiendo la relación jurídica a la Ley del Estado de Texas.

La compañía colombiana, durante el procedimiento arbitral y luego en oposición a la solicitud de reconocimiento, alegó que tanto el pacto de ley aplicable como la cláusula

¹³⁹ CSJ, SC, 24 de junio de 2016, MP Ariel Salazar Ramírez Rad. 11001-02-03-000-2014-02243-00.

compromisoria eran inválidos, por contrariar normas de “Orden Público”, dado que la regulación comercial colombiana (art.1328 Cod.Co.) establece que los contratos de agencia ejecutados en Colombia se rigen por la ley nacional. En este caso, el análisis que efectuó la Corte para establecer si se vulneraba o no el OPI colombiano es bastante completo: se remitió tanto al derecho comparado como a la jurisprudencia de la Sala en la materia, y dio un mayor orden en la delimitación conceptual del OPI. Además, hizo referencia a las categorías de OPI bajo el prisma de la Resolución de 2002 de la Asociación de Derecho Privado Internacional, y analizó si en el caso en concreto se había sido vulnerado el OPI desde el punto de vista procesal y sustantivo, concluyendo que no se había atentado de ninguna manera contra los principios básicos de la organización estatal colombiana, bajo ninguna de las dos acepciones. Cabe resaltar que también se reconoció que el OPI solamente está integrado por normas que se catalogan como de “dirección”, dado que son aquellas “cuyo contenido puede ser político, económico o social, se condensan los principios fundamentales de las instituciones y la estructura básica del Estado o de la comunidad”, a diferencia de las normas de protección, cuya finalidad es la de proteger un sector específico y no los principios básicos del Estado, como lo son las normas del Código de Comercio que regulan el contrato de agencia.

Poco tiempo después, en sentencia del 7 de septiembre de 2016¹⁴⁰, se decidió una solicitud de reconocimiento de un laudo internacional dictado con sede en Perú, en el que se resolvió una controversia— Empresa de Generación Eléctrica del Sur S.A contra el Consorcio Pisco— relativa al incumplimiento de un contrato de obra para la construcción de un

¹⁴⁰ CSJ, SC, 7 de septiembre de 2016, MP Luis Armando Tolosa Villabona, Rad.11001-02-03-000-2014-02737-00.

gaseoducto, y se declaró su resolución. En este caso, la Corte se refirió al OPI haciendo alusión a su carácter excepcional, y delineó sus elementos característicos, definiéndolo como un mecanismo de protección de los intereses esenciales de cada Estado (en materia social, económica o política), razón por la cual cada ordenamiento jurídico reacciona de manera diferente frente a la lesión que puede sufrir en razón de la aplicación de normas extranjeras. Además de lo anterior, la Corte consideró los siguientes elementos como parte de su contenido: “los principios fundamentales de las instituciones, como, por ejemplo, el ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral, el respeto al debido proceso, resquebrajamiento de garantías constitucionales, violentamiento de intereses políticos, sociales y económicos esenciales del Estado.”

El año siguiente, la CSJ se refirió al OPI en diferentes oportunidades, aunque se destacan las que se mencionan a continuación. En sentencia del 18 de abril de 2017¹⁴¹, proferida en el marco de un recurso de anulación en contra de un laudo arbitral internacional, dictado con sede en Colombia, que resolvía una controversia entre dos consorcios —CICE contra Geo Bauer—, relativa al incumplimiento de un contrato de obra para la construcción de unos pozos de agua. En este caso, el análisis sobre el OPI se ocasionó debido a una supuesta vulneración del principio de congruencia por parte del tribunal arbitral. La Corte afirmó que el principio antes mencionado—contrariamente a la imparcialidad del tribunal arbitral y al respeto del debido proceso— no hace parte del OPI, dado que no tiene un alcance fundamental independiente en el ordenamiento jurídico colombiano y no aparece en el

¹⁴¹ CSJ, SC, 18 de abril de 2017, MP Luis Alonso Rico Puerta, Rad. 11001-0203-000-2016-01312-00.

contenido “procesal” del OPI propuesto en la citada Resolución 2002 de la Asociación de Derecho Privado Internacional. Resulta, por lo menos, interesante encontrar que en esta ocasión, se estableció que no es posible subsumir en la causal de violación de OPI “supuestos que como los relacionados con el instituto del fallo congruente, ya están contemplados en otro móvil de invalidación del laudo internacional, como para el presente caso es el establecido en el literal c) del numeral 1 del artículo 108 del Estatuto de Arbitraje”¹⁴².

En sentencia del 12 de julio de 2017¹⁴³, la Corte se ocupó de una solicitud de reconocimiento de un laudo arbitral dictado con sede en Chile, que resolvía una controversia entre dos compañías—Tampico Beverages Inc. contra Productos Naturales de la Sabana S.A. Alquilería— en la que se debatió la terminación unilateral de un contrato de licencia y la existencia de un contrato de agencia. El debate relativo al OPI surgió en virtud de la oposición al reconocimiento del laudo internacional por parte de Productos Naturales de la Sabana S.A Alquilería, dado que el Dr. Eduardo Silva Romero, que había sido elegido como árbitro por parte de Tampico Beverages Inc., no había revelado que era socio de una firma que participaba en un arbitraje CIADI en el que el abogado de Tampico fungía como árbitro. La opositora alegaba que esta circunstancia afectaba aspectos esenciales del debido proceso,

¹⁴² Esta interpretación evidencia una postura bastante restrictiva y posiblemente más favorable en relación con la suerte del laudo. Sin embargo, la argumentación no menciona el hecho de que ni la Ley Modelo UNCITRAL ni la Ley 1563 prohíben que un mismo hecho pueda ser subsumido tanto en las causales de anulación establecidas en el numeral 1) del artículo 108 como en la causal 2)-b del mismo artículo, sobre violación del OPI colombiano (especialmente en su acepción procesal). Además, piénsese que, mientras las causales de anulación previstas en el numeral primero tienen que ser solicitadas por la parte interesada y probadas por esta, la “excepción” de OPI procede de oficio y su verificación es más compleja y excepcional. Lo anterior es también predicable en el caso de las causales de denegación de reconocimiento, y este asunto particular puede consultarse en la “Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras”, Secretaría de la CNUDMI, Naciones Unidas 2016, pp.279-281.

¹⁴³ CSJ, SC, 12 de julio de 2017, MP Aroldo Wilson Quiroz, Rad. 11001-02-03-000-2014-01927-00.

como la independencia e imparcialidad y que, como consecuencia, se vulneraba el OPI de Colombia. La Corte desarrolló una argumentación muy contundente y ordenada, haciendo énfasis en los principios rectores que deben guiar la interpretación del juez de control. En el momento de analizar el OPI colombiano es interesante que, al momento de definir su contenido, además de mencionar los principios enunciados a partir de la sentencia del 27 de julio de 2011, hizo referencia a los “derechos fundamentales”, los “bienes jurídicos tutelados por los tipos penales” y “otros estándares que salvaguardan un mínimo de moralidad en la sociedad”.

En cuanto al problema jurídico, sostuvo que, a pesar de que la conducta del árbitro podía ser considerada reprochable desde la perspectiva de normas nacionales, no tuvo la virtualidad para afectar el OPI procesal de Colombia. En efecto, la independencia e imparcialidad del juzgador (el árbitro) sí hacen parte del núcleo esencial del ordenamiento jurídico colombiano, y también son estándares procesales universalmente reconocidos, pero—argumenta la Corte—el análisis de la vulneración debe ser de tipo restrictivo y su interpretación acorde a los principios de “pro-internacionalidad” y pro-ejecución. Aplicando el principio de interpretación pro-internacional, se sostuvo que el estándar de imparcialidad que puede vulnerar el OPI tiene que responder a un criterio de razonabilidad, y no puede depender de los estándares locales. De manera consecuente, y seguramente innovadora, la Corte hizo un análisis basado en parámetros internacionales, haciendo referencia al documento de “Directrices IBA sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional 2014”, en el que se exponen las situaciones que, en el contexto del arbitraje internacional, pueden poner en entredicho la objetividad del árbitro, y encontró que, en el caso en concreto, la conducta por la que había sido cuestionado el árbitro no estaba incluida como una de aquellas

que debía revelar, cuestión que tampoco aparece en la regulación arbitral internacional de la Ley 1563. Además, la Corte fue atenta en precisar que, aunque pueda existir una conducta reprochable desde una perspectiva internacional, ésta se debe materializar en una afectación demostrable y, de tal magnitud, que “afecte el núcleo esencial de la imparcialidad, condición *sine qua non* para rehusar el exequatur”. Como consecuencia, no se encontró vulnerado el OPI colombiano.

En 2018, la Corte analizó nuevamente el OPI. En sentencia del 23 de marzo de 2018¹⁴⁴, la Sala Civil decidió una solicitud de reconocimiento de un laudo internacional dictado con sede en Madrid, que declaraba el incumplimiento de un contrato comercial de compraventa de “coque metalúrgico” celebrado entre una sociedad de Emiratos Árabes Unidos, Innovation Worldwide DMCC, y una sociedad colombiana, Carboexco C.I. Ltda. En esta ocasión, la Corte adelantó un estudio de oficio de la vulneración del OPI de Colombia, y encontró que no se había vulnerado de ninguna manera. Esta decisión es interesante en dos sentidos. Primero, se analiza desde una perspectiva general la regulación concerniente al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros; segundo, en cuanto al OPI se retoman aspectos centrales, como la diferencia entre el orden público interno y el internacional, los tipos de normas que conforman este último —normas de dirección—, y las categorías de OPI sustantivo y procesal¹⁴⁵.

¹⁴⁴ CSJ, SC, 23 de marzo de 2018, MP Ariel Salazar Ramírez, Rad.11001-02-03-000-2017-00080-00.

¹⁴⁵ Esta decisión despertó, en su momento, la atención de comentaristas en esta materia en algunos artículos de revistas jurídicas, por ejemplo: Medina Casas, Héctor: “El proceso de reconocimiento de laudos extranjeros”, Asuntos Legales, 6 agosto de 2018, extraído de <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/hector-mauricio-medina-531081/el-proceso-de-reconocimiento-de-laudos-extranjeros-2756700>

En los siguientes años (hasta la fecha presente) existen otras decisiones de la Corte que tratan del OPI; sin embargo, siguen la línea jurisprudencial hasta aquí trazada y no adicionan elementos diferentes a los hasta aquí planteados¹⁴⁶.

- *Desarrollo del OPI por parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado*

Desde el punto de vista del CE, el análisis puede ser algo más sucinto, dado que ha tenido un entendimiento acorde al de la CSJ, y usualmente se ha referido a esta última a la hora de tratar el OPI. Vale la pena mencionar que lo ha identificado como el conjunto de principios básicos que fundamentan el Estado colombiano, haciendo referencia a la prudencia del juez de control a la hora de interpretar el OPI, y ha definido su contenido de manera bastante interesante, marcando la exclusión conceptual de las normas de orden público interno y transnacional de la siguiente manera: “(...) *En este sentido, integrará dicho orden público, inclusive, aquellos principios jurídicos de derecho internacional que, por ejemplo, participen de las nociones de jus cogens u obligaciones erga omnes, por así compartirlas, en la práctica jurídica el Estado colombiano, sin que, en todo caso, se acepte una absoluta posición enteramente universal o transnacional en el tema*”¹⁴⁷. En cuanto a la delimitación de los principios que pueden integrar el OPI, la Sección Tercera ha hecho referencia a

¹⁴⁶ Ejemplos de esto pueden encontrarse en las siguientes sentencias: CSJ, SC, 19 de diciembre de 2018, MP Margarita Cabello Blanco, Rad. 11001-02-03-000-2017-03480-00; CSJ, SC, 15 de enero de 2019, MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, Rad. 11001-02-03-000-2016-03020-00.

¹⁴⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de abril de 2015. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 11001-03-26-000-2014-00162-00(52556).

aquellos principios ejemplificados por la CSJ, tanto desde un punto de vista procesal (oportunidad razonable de defensa, notificación adecuada e igualdad de tratamiento a las partes) como desde un punto de vista sustantivo (entendido de una manera genérica como los “valores” y principios esenciales del Estado)¹⁴⁸. En la jurisdicción de lo contencioso administrativo se ha entendido que el Derecho Comunitario Andino hace parte del OPI, tanto desde un punto de vista sustancial como procesal¹⁴⁹, particularmente en referencia a la interpretación prejudicial ante el Tribunal de la CAN.

- *Panorama Jurisprudencial del OPI en jurisdicción ordinaria y jurisdicción contencioso-administrativa*

Para condensar el panorama jurisprudencial planteado, vale la pena presentar las siguientes consideraciones:

- I. Es posible afirmar que la Sala Civil de la CSJ ha seguido una corriente “minimalista”, pues considera el OPI como un concepto diferente al orden público

¹⁴⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 17 de abril de 2020. M.P. Marina Adriana Marín. Rad. 1101-03-26-000-2019-00015-00(63266).

¹⁴⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 13 de abril de 2015. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 11001-03-26-000-2014-00162-00(52556). En esta sentencia se hace referencia a otra decisión de la misma corporación en la que se anula un laudo por no haber solicitado la interpretación prejudicial ante el Tribunal de la CAN (Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de 9 de agosto de 2012, Rad.11001-03-26-000-2012-00013-00 (43045)). Para Cárdenas, que también se refiere a este asunto, esto sería una manifestación de la integración de las leyes de policía al contenido del OPI. Cárdenas Mejía, Juan Pablo. “El concepto de orden público en el arbitraje internacional”, en: Teoría general del derecho internacional privado (eds. Laura Victoria García Matamoros, Antonio Agustín Aljure Salame), Legis Editores, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016, pág. 158.

interno de carácter local (colombiano) y de aplicación restrictiva; el control debe efectuarse a partir de parámetros actuales (el OPI que se tiene en cuenta es el vigente al momento de estudiar la solicitud de reconocimiento o la anulación de un laudo internacional) y debe soportarse en criterios de internacionalidad y favorabilidad del arbitraje.

- II. En cuanto al contenido, para la CSJ el mismo está conformado por normas de dirección, que son aquellas que desarrollan las instituciones que forman parte de la estructura básica de la organización estatal en materia económica, social o política: en este sentido, se ha hecho especialmente referencia a principios fundamentales desde un punto de vista sustantivo y procesal, haciendo hincapié en los siguientes: la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso; desde una perspectiva más genérica, también se han mencionado como integrantes del OPI los derechos fundamentales, los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales, y otros estándares mínimos de moralidad.
- III. Adicionalmente, es destacable que, en no pocas ocasiones, la CSJ—en virtud del principio de interpretación “pro-internacional”—ha utilizado fuentes del Derecho Comparado y de *soft law*, especialmente aquellas utilizadas en el ámbito del arbitraje internacional (como la varias veces mencionada Resolución 2002 de la Asociación de Derecho Privado Internacional, las Directrices IBA, o la Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras), para encauzar su interpretación y para definir, en parte, el contenido del OPI.

- IV. En cuanto a la intensidad del control y de la vulneración, la CSJ ha sido bastante clara en que no cualquier vulneración de una de estas categorías normativas es suficiente para anular o denegar el reconocimiento de un laudo internacional, sino que debe ser evidente y grave, y no puede suponer una intromisión excesiva por parte del juez de control.
- V. Por otro lado, la CSJ no ha puesto mucha atención a algunos temas, tales como la separabilidad del contenido del laudo en caso de verificarse la vulneración del OPI, o la manifestación del efecto atenuado, ni tampoco ha habido un desarrollo del OPI, al estilo europeo¹⁵⁰, en el que se analizan aspectos de la organización política, económica o social¹⁵¹.
- VI. En cuanto al CE, esta corporación también ha diferenciado el OPI del orden público desde el punto de vista interno y transnacional, haciéndolo coincidir con las instituciones básicas del Estado colombiano, desde una perspectiva sustancial y procesal. Además, se hace alusión al carácter restrictivo y excepcional de esta institución.
- VII. Es importante mencionar que la Sección Tercera del CE ha considerado las normas de la Comunidad Andina como integrantes del OPI, tanto desde un punto de vista sustancial como procesal.

¹⁵⁰ Por ejemplo, Juan Pablo Cárdenas hace referencia a algunas decisiones en ámbito europeo en las que se ha sostenido que las normas de la Comunidad Europea en materia de protección de la libre competencia, de protección al consumidor, o de agentes comerciales, hacen parte del OPI “europeo” (en Cárdenas Mejía, ób.cit. pp.155-158). También es posible encontrar un análisis semejante por parte de Caprasse, Olivier. “Arbitraje y orden público europeo”, en: El orden público y el arbitraje (Eric Loquin y Sébastien Manciaux, directores académicos), Editorial Universidad del Rosario, Cámara de Comercio de Bogotá, CREDIMI, Bogotá, 2016, pp.127-128.

¹⁵¹ Ver por ejemplo lo que comenta Medina Casas, Héctor en “El alcance del Orden Público Internacional”, *Ámbito Jurídico*, 2 de noviembre de 2011. Extraído de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/ambito-del-lector/educacion-y-cultura/el-alcance-del-orden-publico-internacional>.

VIII. Finalmente, es posible encontrar que la interpretación y la aplicación del OPI, adelantadas por parte de la CSJ y por parte del CE son, esencialmente, compatibles y no presentan diferencias de fondo alarmantes.

3. LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

En los capítulos anteriores se dijo que los únicos mecanismos de control a través de los cuales puede intervenir el Estado colombiano en relación con un laudo arbitral internacional son: el recurso extraordinario de anulación y la solicitud de reconocimiento y ejecución. Sin embargo, esta limitación normativa parecería haberse debilitado por la procedibilidad de la acción de tutela contra laudos arbitrales internacionales; posibilidad que ha tomado consistencia a partir de la sentencia T-354 de 2019 de la Corte Constitucional colombiana, aunque de manera “excepcionalísima”. Más allá de las críticas¹⁵² que se han presentado ante esta situación, para efectos del presente trabajo hay dos aspectos que resultan interesantes: primero, el Orden Público Internacional juega un papel importante a la hora de determinar la procedibilidad de la acción de tutela en contra de un laudo internacional; segundo, la Corte Constitucional lleva a cabo una curiosa interpretación del OPI que podría diferir de aquella que ha sido defendida por parte de la Corte Suprema de Justicia.

3.1 Consideraciones preliminares

Para poder entender de manera suficiente la situación que se genera con respecto al ámbito de aplicación de la tutela frente a los laudos internacionales, es necesario poner de presente

¹⁵² Hay tres cuestiones que han despertado el estupor de los expertos: Primero, la protección de derechos fundamentales, como el del debido proceso, que pueden ser protegidos a través de la causal de anulación relativa al OPI. Segundo, como se verá más adelante, la Corte Constitucional considera que el árbitro internacional ejerce funciones jurisdiccionales (función estatal) frente al Ordenamiento Jurídico colombiano, cuando, en realidad—según las críticas—este no tiene la calidad de autoridad pública. Tercero, la posibilidad de interponer acciones de tutela podría suponer, en la práctica, una dilatación de los procedimientos arbitrales internacionales, que podría afectar la institución del arbitraje internacional en Colombia. Las anteriores problemáticas pueden consultarse en el siguiente trabajo de grado: Marulanda Mürrle, Santiago. “La Acción de Tutela En El Arbitraje Internacional Con Sede En Colombia”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2020. Disponible en: <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/47832>.

dos antecedentes importantísimos. Se hace referencia a la posibilidad de interponer acciones de tutela frente a providencias judiciales y frente a laudos arbitrales nacionales, respectivamente

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 como un mecanismo de defensa de derechos fundamentales, que opera de manera expedita y subsidiaria, en caso de ser amenazados o vulnerados por la omisión o acción de una autoridad pública. En cuanto al ámbito de aplicación frente a *decisiones judiciales*, hay que decir que esta discusión ya ha sido superada y hace parte del ADN de este mecanismo. La Corte Constitucional, especialmente en la Sentencia C-590 de 2005, concluyó que, como el ámbito de aplicación de la acción de tutela contempla las acciones y omisiones de “*cualquier*” autoridad pública, y los jueces se incluyen en dicha categoría, las decisiones judiciales son susceptibles de ser cuestionadas través de la mencionada acción en caso de vulnerar derechos fundamentales. Sin embargo, tratándose de la procedibilidad de acciones de tutela contra providencias judiciales, debe tenerse en cuenta la verificación de requisitos “*generales*” y *especiales*¹⁵³.

¹⁵³ Según la Corte Constitucional, en Sentencia C-590 de 2005, MP. Jaime Córdoba Triviño, los requisitos generales y especiales son los siguientes:

Requisitos generales: (i) que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional, esto es, que el caso involucre la posible vulneración de los derechos fundamentales de las partes; (ii) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad que caracteriza a la tutela, es decir, que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que estos carezcan de idoneidad o que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, por lo que la acción debe interponerse en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) que cuando se trate de una irregularidad procesal, esta tenga un efecto decisivo en la providencia que se impugna; (v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados; y(vi) Que no se trate de sentencias de tutela.

Requisitos especiales: (i) el defecto orgánico: ocurre cuando el administrador de justicia que profirió la providencia impugnada carece en forma absoluta de competencia; (ii) el defecto procedimental absoluto: se origina cuando el administrador de justicia actuó completamente al margen del procedimiento establecido; (iii)

El siguiente paso en la evolución jurisprudencial colombiana, relacionado con el ámbito de aplicación de la acción de tutela en Colombia, incluye la procedibilidad de esta acción frente a *laudos arbitrales nacionales*, posibilidad que, desde hace más de una década—a partir de la sentencia SU-174 de 2007—, se ha convertido en una realidad. La lógica que está detrás es bastante sencilla: partiendo de la base de que la actividad arbitral nacional es un ejercicio transitorio de la actividad jurisdiccional¹⁵⁴, el juez de tutela puede analizar si en el marco de un proceso arbitral se han vulnerado derechos fundamentales, siempre y cuando se verifiquen los requisitos—generales y especiales—establecidos jurisprudencialmente y teniendo en cuenta las características propias del arbitraje: “(1) un respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela e impide a éste pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento; (2) la procedencia excepcional de la acción de tutela exige que se haya configurado, en la decisión que se ataca, una vulneración directa de derechos fundamentales; (3) si bien es posible y procedente aplicar la doctrina de las vías de hecho a los laudos arbitrales, dicha doctrina ha de aplicarse con respeto por los elementos propios de la naturaleza del arbitraje, lo cual implica que su procedencia se circunscribe a hipótesis de vulneración directa de derechos fundamentales; y

el defecto fáctico: se presenta cuando el administrador de justicia carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, o cuando la valoración de la prueba fue absolutamente equivocada; (iv) el defecto material o sustantivo: se configura cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o claramente inaplicables al caso concreto, o cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; (v) el error inducido: sucede cuando el administrador de justicia fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales; (vi) la decisión sin motivación: implica el incumplimiento del administrador de justicia del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones; (vii) el desconocimiento del precedente: se configura cuando por vía judicial se ha fijado el alcance sobre determinado asunto y el administrador de justicia desconoce la regla jurisprudencial establecida; y (viii) la violación directa de la Constitución: se estructura cuando el administrador de justicia adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Constitución.

¹⁵⁴ Art. 116 de la Constitución Política de 1991.

(4) el carácter subsidiario de la acción de tutela se manifiesta con especial claridad en estos casos, ya que sólo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos, y a pesar de ello persiste la vía mediante la cual se configura la vulneración de un derecho fundamental. En materia de contratos administrativos sobresale el recurso de anulación contra el laudo”¹⁵⁵. Por lo tanto, en el caso de los laudos arbitrales el examen que debe efectuar el juez en cuanto a la procedibilidad de la tutela es más estricto que el que debe llevar a cabo en el caso de decisiones judiciales distintas a laudos arbitrales.

3.2 La procedencia de la tutela contra laudos internacionales

A pesar de que antes del año 2019 hubo por lo menos un fallo, SU-500 de 2015 de la Corte Constitucional, en el que se abordó la procedencia de la acción de tutela en el ámbito de laudos arbitrales internacionales, el resultado no fue lo suficientemente claro, dado que quedaban dudas sobre su aplicabilidad¹⁵⁶. Sin embargo, fue justamente a partir de la sentencia T-354 de 2019 de la Corte Constitucional que se estudió de manera detenida el asunto en cuestión, estableciendo, además, unos requisitos específicos en el caso de tutelas contra

¹⁵⁵ Corte Constitucional, SU-174 de 2007, MP Manuel J. Cepeda Espinosa.

¹⁵⁶ Según Marulanda Mürrle, existen dos cuestiones principales relativas a la SU-500 de 2015 que ocasionaban esa falta de claridad sobre la procedibilidad de tutelas contra laudos internacionales: primero, la Corte Constitucional no diferenció entre laudos nacionales y laudos internacionales; segundo, la ley de arbitraje vigente en el momento de llevarse a cabo el arbitraje cuyo laudo había sido cuestionado vía tutela no era la actual L.1563, sino la L.315 de 1996, que no limitaba de manera expresa los mecanismos de control. Marulanda Mürrle, Santiago. “La Acción de Tutela En El Arbitraje Internacional Con Sede En Colombia”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2020, pág. 9 y 29.

laudos arbitrales internacionales dictados con sede en Colombia¹⁵⁷. El contexto de esta acción de tutela es el siguiente: el laudo arbitral impugnado tenía como objeto resolver la controversia—relativa a la construcción de una planta de generación termoeléctrica—suscitada entre dos empresas de servicios públicos mixtas colombianas, Gecelca y Gecelca3, y el consorcio CUC-DTC, conformado por sociedades domiciliadas en la República Popular China, China United Engineering Corporation y Dongfang Turbine Co. Ltd. El arbitraje internacional fue llevado a cabo ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Frente al laudo final proferido por el Tribunal Arbitral, la parte condenada promovió recurso de anulación, ante la sección tercera del Consejo de Estado y, de manera concomitante, presentó una acción de tutela. Esta última fue declarada improcedente en primera y segunda instancia (ante el Consejo de Estado), y luego fue escogida para revisión frente a la Corte Constitucional.

Para efectos del presente trabajo hay tres puntos importantes a mencionar. Primero, la Corte Constitucional consideró que la acción de tutela sí es procedente contra laudos internacionales, dado que es posible equiparlos, desde un punto de vista material, a providencias judiciales “por cuanto son producto de una función jurisdiccional y tienen efectos de cosa juzgada”. En otras palabras: el árbitro internacional estaría ejerciendo funciones jurisdiccionales dentro del ámbito del Ordenamiento Jurídico colombiano. Segundo, para poder reforzar esta argumentación, consideró que, a pesar de que el artículo

¹⁵⁷ La Corte Constitucional no parece referirse en ningún momento a la procedibilidad de acciones de tutela contra laudos internacionales extranjeros, o sea en escenarios de reconocimiento. Sin embargo, algunos expertos no excluyen la posibilidad de aplicar los criterios expuestos en esta decisión para la interposición de tutelas contra las sentencias que deciden sobre el reconocimiento de laudos dictados con sede diferente al Estado colombiano. Por ejemplo: Medina Casas, Héctor “Tutela contra laudos internacionales”, Asuntos Legales, 5 de septiembre de 2019. <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/hector-mauricio-medina-531081/tutela-contra-laudos-internacionales-2904524>.

67 de la Ley 1563 de 2012 establece que sólo pueden intervenir las autoridades judiciales expresamente contempladas en la sección tercera del Estatuto Arbitral — el Principio de Intervención Mínima—, es necesario interpretarlo de manera sistemática con los postulados constitucionales; aceptar lo contrario significaría, según la Corte, desconocer el principio de supremacía constitucional, pues una ley no puede modificar ni la Constitución ni mecanismos de protección de derechos fundamentales como lo es la acción de tutela. Tercero, a pesar de aceptar la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales, la Corte considera que debe ser “excepcionalísima” y sometida a requisitos aún más rigurosos que frente a las providencias judiciales y a los laudos nacionales. Lo anterior significa que, además de los requisitos generales y especiales mencionados líneas atrás, el juez de tutela debe considerar los aspectos propios del arbitraje internacional.

3.3 Requisitos para la procedencia de la tutela contra laudos internacionales y el OPI como elemento central

Las características propias del arbitraje internacional que la Corte Constitucional resaltó para efectos de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra laudos internacionales y la defensa de derechos fundamentales son dos: (i) la libertad de escogencia de las normas de derecho aplicables; (ii) las causales de anulación de laudos internacionales. Lo interesante es que es que, en ambas situaciones, el concepto de Orden Público Internacional asume un rol central.

Frente a la libertad de escogencia de las normas de derecho aplicables como característica del arbitraje internacional, la Corte consideró que, si la controversia arbitral se rige por una ley extranjera, para efectos de la protección de derechos fundamentales vía tutela, no será posible aplicar los requisitos especiales antes mencionados, sino que el “único parámetro de control” será a través del Orden Público Internacional de Colombia; y dado que este último está contemplado como causal de anulación, es absolutamente necesario agotar previamente el recurso en cuestión. Por otro lado, si la controversia resuelta por el laudo arbitral internacional se rige por la ley colombiana, al menos parcialmente, el juez de tutela podrá seguir los requisitos especiales, aunque de manera armónica con las características propias del arbitraje internacional.

En cuanto a las causales de anulación, la Corte analiza nuevamente la causal de Orden Público Internacional, concluyendo que, en los casos de controversias arbitrales internacionales regidas al menos parcialmente por la ley colombiana, si la parte que interpone la acción de tutela que alega pretensiones que puedan subsumirse en una violación del OPI, será necesario agotar previamente el recurso de anulación para respetar la regla de subsidiariedad.

Por lo tanto, el concepto de OPI se vuelve un elemento central al momento de analizar los requisitos de subsidiariedad de la acción de tutela contra laudos internacionales, y para la protección de derechos fundamentales en estos escenarios.

3.4 La aclaración de voto de la Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado ¿Diferente interpretación del OPI por parte de la Corte Constitucional?

En esta oportunidad, la CC analiza en dos momentos el contenido y las características del OPI. Primero, intenta trazar una línea jurisprudencial que reproduce el contenido de algunos de los pronunciamientos más importantes de la CSJ, pareciendo estar de acuerdo y aceptando dicha visión, aunque sin grandes análisis adicionales. Es interesante que cita la sentencia del 11 de noviembre de 2011 en la que se hace referencia a los principios que integran el contenido del OPI y, más importante aún, el requisito de gravedad de la violación. Sin embargo, pareciera que se centra más en la acepción procesal del OPI, dejando de lado los demás aspectos de esta institución; especialmente, todo lo referente al carácter restringido y excepcional.

En efecto, el segundo momento donde se analiza el OPI es al desarrollar el análisis sobre el cumplimiento de los requisitos de la tutela objeto de examen, especialmente en cuanto a los planteamientos propuestos por la accionante relativos a la violación del debido proceso por la alteración de pruebas. Asuntos que pueden considerarse como principios de linaje superior e ius-fundamentales y que, por lo tanto, pueden encasillarse dentro de la categoría de OPI. Según la CC, una decisión basada en una pruebas inconstitucionales o ilegales—aquí no especifica la categoría normativa que origina la ilicitud de la prueba— puede considerarse como parte de aquellos “elementos sobre los cuales nuestro ordenamiento no puede ceder, ni siquiera en escenarios internacionales”. Es más, agrega lo siguiente:

“(…) esta garantía hace parte del orden público internacional de Colombia en su acepción procesal y, en esa medida, una decisión arbitral que eventualmente se haya proferido con base en una prueba alterada, tiene la vocación de vulnerarlo”.

Esta última valoración es bastante interesante y también preocupante. De hecho, la anterior situación fue señalada en la misma sentencia en la aclaración de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, en donde efectuó un análisis jurisprudencial sobre las características del OPI, haciendo énfasis sobre su diferencia con las normas de orden público interno y su aplicación restrictiva; se refirió de manera explícita sobre el asunto de la siguiente manera:

“(…) Sin embargo, estimo indispensable aclarar que el orden público internacional de Colombia es un concepto que debe ser entendido de forma restrictiva. Por consiguiente, deben descartarse las interpretaciones que establezcan que cualquier vulneración a los derechos fundamentales genera una infracción al orden público internacional de Colombia, lo cual implicaría, a su vez, una competencia ilimitada para el Consejo de Estado en el marco del recurso de anulación de laudos internacionales.”

Y sigue adelante su crítica, aclarando que:

“(…) no todas las violaciones al debido proceso implican un desconocimiento del orden público internacional de Colombia, con la entidad de generar la anulación de un laudo arbitral proferido en el marco del arbitraje internacional.”

Para entender la entidad y el alcance de las diferencias en materia de interpretación del OPI por parte de la Corte Constitucional es necesario efectuar un diagnóstico particular, partiendo

de las siguientes preguntas: ¿Se ha entendido correctamente el OPI colombiano? ¿Se trata de un “descuido” hermenéutico o del inicio de un “debate” sobre cómo debe entenderse y aplicarse el OPI? ¿Qué consecuencias podría tener una diferente interpretación del OPI por parte de la Corte Constitucional?

3.5 Análisis de la situación: Ubicación del problema y diagnóstico

En seguida se expondrán las razones que justifican las anteriores preguntas.

En efecto, si analizamos las perplejidades y aclaraciones de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, podemos concluir que hay una confusión, o por lo menos una discrepancia, en tres aspectos sumamente importantes: Primero, el tipo de normas que se pueden considerar como de OPI. Segundo, la intensidad del control ejercido por el juez de control, reflejo de dos cuestiones importantes: la confianza que se le otorga a la institución del arbitraje internacional y la adopción de una postura tendiente hacia lo que se ha denominado como “maximalismo”. Tercero, la posible contradicción de principios esenciales del arbitraje internacional como el de mínima intervención y no revisión de fondo del laudo, entre otros, defendidos por la línea jurisprudencial vigente en las Altas Cortes encargadas, legalmente, de efectuar el control del laudo. Como se puede apreciar, no es una cuestión menor. Por eso, es necesario analizar de manera más detenida lo ocurrido, respondiendo las preguntas antes enunciadas.

- *¿Se ha entendido correctamente el OPI colombiano?*

La respuesta a esta pregunta necesita una precisión previa sobre un aspecto que no siempre resulta tan claro sobre el OPI: es posible—desde un punto de vista teórico y práctico—distinguir entre lo que es (su contenido y manifestaciones) y las características que tiene cuando opera a título de excepción de la aplicación de “normas o sentencias extranjeras” (un método e intensidad de aplicación).

En cuanto a “lo que es” recordemos que se ha entendido como aquellos principios sobre los cuales reposan las instituciones básicas y fundamentales del Estado; de manera más precisa, en Colombia se ha hecho referencia a las normas de “dirección”, excluyendo del concepto las normas imperativas de orden público interno. Si bien es cierto que una de las manifestaciones del OPI colombiano es de tipo “procesal”, también hay que entender que no cualquier norma semejante puede catalogarse como de OPI, especialmente si se considera que los árbitros internacionales no estarían atados a la aplicación de las reglas procedimentales colombianas en materia probatoria¹⁵⁸, y que son más bien los principios procedimentales que aseguran el debido proceso, como los de oportunidad razonable, de defensa, notificación adecuada e igualdad de tratamiento a las partes (entre otros), los que tiene que proteger el juez de control.

Por otro lado, cuando la Corte se refiere a una prueba alterada como elemento potencialmente vulnerador del OPI, existe ambigüedad en torno a la fuente normativa de la ilicitud probatoria, dado que no especifica de dónde pueda derivar, pues ¿el análisis de la alteración

¹⁵⁸ Art.92 de la Ley 1563.

de la prueba se interpreta según las normas de procedimiento interno colombiano o según las normas de procedimiento escogidas por las partes? Para aclarar lo anterior, resultaría útil remitirse a la sentencia del 12 de julio de 2017 en la que la CSJ se apoyó en las “Directrices IBA sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional 2014” para analizar si el árbitro había actuado de manera independiente e imparcial, según los criterios internacionalmente reconocidos en materia y no remitiéndose a normas internas¹⁵⁹, aplicando así los principios de interpretación internacional y pro-arbitraje. Además, en la misma sentencia citada se estableció la necesidad de comprobar que la violación haya repercutido en la decisión, que tenga un efecto concreto en detrimento de las garantías y principios fundamentales que puedan incluirse en el OPI.

En cuanto a las características del OPI relativas a su aplicación y a la intensidad del control, es aún más evidente el distanciamiento del Corte Constitucional si lo comparamos con lo que había establecido la línea jurisprudencial de la CSJ.

Tanto la línea jurisprudencial de la CSJ como la doctrina colombiana han establecido que aplicación del OPI es de carácter restrictivo por diferentes razones. Primero, porque es un concepto difuso, indeterminado y mutante, lo que hace difícil su entendimiento. Segundo, porque opera en el contexto de los mecanismos de control del laudo internacional, de manera excepcional, y lo que se exige es que haya una “violación” del OPI. Tercero, porque debe interpretarse bajo el principio de mínima intervención y no revisión del laudo, consagrados

¹⁵⁹ Con excepción del artículo 75 de la L.1563, que regula la recusación de los árbitros de manera bastante abierta y genérica, dado que no se establecen causales taxativas predeterminadas.

legalmente en Colombia, sin olvidar otros principios como los de interpretación internacional y favorabilidad al arbitraje.

Siendo más precisos: la CSJ ha venido trazando unos parámetros que deben guiar el entendimiento de este tema en relación con dos aspectos importantes: el tipo de violaciones y el grado de violación del OPI. En cuanto lo primero, las violaciones que debe tener en cuenta el juez de control deben ser evidentes; en cuanto a lo segundo, la vulneración debe ser grave. Es de esta manera como se ha graduado la intensidad del control por parte del juez de control colombiano, que no puede inmiscuirse de manera excesiva, puesto que no puede sustituir la decisión del árbitro sino revisar la conformidad del laudo con el OPI y reaccionar sólo en casos “intolerables”.

A modo de comparación, la posición de la Corte Constitucional no es clara en este punto, pues no tiene en cuenta ni el tipo ni el grado de violación del OPI, y parece afirmar que cualquier violación de estándares fundamentales, en este caso de tipo procesal, puede vulnerar el OPI. Es más, en realidad el análisis efectuado sobre el OPI por parte de la Corte Constitucional deja por fuera otros elementos importantes a tener en cuenta como, por ejemplo, el criterio de actualidad, según el cual el OPI que se considera relevante es el vigente al momento de efectuar el control. De esta manera, se está dejando (como bien afirma la magistrada Ortiz Delgado) en manos del juez estatal una “competencia ilimitada” en materia de control de laudos internacionales.

En consecuencia, y para responder a la pregunta inicial, pueden extraerse dos consideraciones. Primera: parece que sí existe un diferente entendimiento del OPI por parte de la Corte Constitucional, especialmente en el alcance de aquellos aspectos que deben guiar

una interpretación restrictiva y que constituyen la medula del OPI, pues no ha tenido en cuenta—¿o ha ignorado? — los principios rectores en materia antes expuestos, desfigurando la naturaleza, función y límites de los mecanismos de control, sin una justificación clara. Segunda: el análisis sobre el OPI es demasiado superficial y no considera la totalidad de las características de esta institución, que sólo entendidas y aplicadas de manera conjunta pueden asegurar su dimensión excepcional.

- *¿Se trata de un “descuido” hermenéutico o del inicio de un “debate” sobre cómo debe entenderse y aplicarse el OPI?*

No es fácil establecerlo, dado que la interposición de tutelas contra laudos internacionales es un hecho reciente—una aparición en proceso de consolidación—, no es fácil entender si lo que ocurrió fue un sencillo descuido o el inicio de un debate más profundo. Para saberlo se necesitará de tiempo y aplicación práctica por parte de la Corte Constitucional. De todas maneras, si fuera el inicio de una propuesta diferente sobre OPI, el debate es siempre bienvenido, pero tiene que ser claro, basado en justificaciones sólidas y consciente de las consecuencias que puede traer para el arbitraje internacional colombiano. Lo anterior es importante dado que, en el imaginario colectivo del mundo del arbitraje internacional, Colombia ha sido considerada como ejemplo de una posición claramente minimalista (por lo menos en el contexto latinoamericano) y con un sustancial desarrollo jurisprudencial del OPI y su aplicación. Al fin y al cabo, el debate de fondo sería el siguiente: escoger entre una postura maximalista o una minimalista. Es de fondo porque no sólo influye el entendimiento del OPI sino la institución arbitral internacional en conjunto. Para estos

efectos, puede resultar útil el ejemplo francés, donde existe aún un debate doctrinal y jurisprudencial sobre la intensidad del control de los jueces estatales y su relación con la postura “ideológica” con respecto al arbitraje internacional. Este ejemplo resulta indispensable dado que los debates teóricos tienen una repercusión palpable en las decisiones de los jueces y, por eso, han surgido posturas intermedias que oscilan entre el minimalismo y el maximalismo, además de propuestas que intentan encontrar un balance entre los intereses esenciales del Estado y la confianza y preservación del arbitraje internacional¹⁶⁰.

Por ende, más allá de “extremismos”, hay que decidir cuál va a ser la postura colombiana a partir de debates claros y basados en estrategias que ubiquen el arbitraje internacional no sólo con respecto al ordenamiento jurídico colombiano sino también con respecto al rol de Colombia en el escenario del comercio internacional y de la globalización, no entendidos como valores absolutos, sino como circunstancias presentes que deben ser tenidas en cuenta para resolver problemas particulares.

- *¿Qué consecuencias podría tener una diferente interpretación del OPI por parte de la Corte Constitucional?*

Como se dijo en precedencia, el objeto de este trabajo no es criticar la procedibilidad de la acción de tutela contra laudos internacionales. Pero si la acción de tutela permanece de manera definitiva en el mundo del arbitraje internacional colombiano, es necesario que se

¹⁶⁰ Un análisis interesantísimo sobre el caso francés se puede encontrar en la siguiente obra ya citada anteriormente: Jarroson, Charles. “La intensidad del control del Orden Público” en: “El orden público y el arbitraje” (Eric Loquin y Sébastien Manciaux, directores académicos), Editorial Universidad del Rosario, Cámara de Comercio de Bogotá, CREDIMI, Bogotá, 2016 pág. 169-172.

lleve a cabo un análisis más detallado y completo en el momento de aplicar el OPI, pues éste se constituye en el pilar del carácter “excepcionalísimo” de la tutela contra laudos internacionales y en la base de argumentación de la defensa de derechos fundamentales. No sobra advertir que un entendimiento extensivo, como el que parece sobresalir del pronunciamiento analizado, podría desvirtuar la excepcionalidad de la acción de tutela en estos escenarios y desfigurar la aplicación de OPI y los mecanismos de control, llevando a un fraccionamiento hermenéutico entre las Altas Cortes, situación que podría perjudicar el arbitraje internacional colombiano y transmitir un mensaje de incertidumbre y falta de seguridad jurídica en la percepción de los usuarios de este mecanismo alternativo de solución de conflictos. Aún hay tiempo para corregir el camino, no tanto en cuanto al horizonte a seguir sino en cuanto a cómo proceder: ir de manera conjunta y coordinada. Es más, si se lograra lo anterior, es posible que la acción de tutela en el arbitraje internacional pueda convertirse en un símbolo de garantía y no en un obstáculo percibido de manera hostil¹⁶¹.

¹⁶¹ La obstaculización, además, favorecería a aquellos que instrumentalicen la acción de tutela y el concepto del OPI para retrasar o evitar el cumplimiento de un laudo.

4. CONCLUSIONES

De acuerdo con todo lo expuesto en el presente trabajo, se desprenden las siguientes conclusiones:

- I. En Colombia, el OPI es un concepto que figura como causal de oficio de anulación de laudos arbitrales internacionales dictados con sede en Colombia, y como causal de denegación de reconocimiento de laudos internacionales extranjeros, de acuerdo con los artículos 108 y 112 de la L.1563 de 2012.
- II. Desde antes de la Ley 1563 de 2012, ha existido un desarrollo jurisprudencial y doctrinal bastante completo sobre el OPI y siempre encaminado a favorecer el arbitraje internacional. Es posible afirmar que se ha adoptado una corriente “minimalista”.
- III. Según el desarrollo jurisprudencial llevado a cabo por las autoridades judiciales encargadas de efectuar los controles sobre laudos internacionales, el OPI en Colombia es un concepto: diferente al orden público interno; local; de aplicación restrictiva; su control debe efectuarse aplicando criterios de actualidad, interpretación pro-internacional y pro-arbitraje.
- IV. En cuanto al contenido del OPI éste está integrado por normas de “dirección”, o sea normas que se refieren a la estructura básica de la organización estatal. En este sentido, se ha hecho especialmente referencia a principios fundamentales desde un punto de vista sustantivo y procesal, haciendo hincapié en los siguientes: la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad

del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso; desde una perspectiva más genérica, también se ha mencionado como integrantes del OPI los derechos fundamentales, los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales, y otros estándares mínimos de moralidad.

- V. El carácter restrictivo del OPI se manifiesta en la intensidad del control, pues el juez no puede entrometerse de manera excesiva y sólo debe actuar ante situaciones en las que la violación sea evidente y grave.
- VI. A pesar de que la Ley 1563 de 2012 establece únicamente dos mecanismos de control (el recurso de anulación y la solicitud de reconocimiento) y dos autoridades que están llamadas a intervenir (la CSJ y el CE), a partir de la T-354 de 2019 de la Corte Constitucional, las acciones de tutela pueden considerarse como un control ulterior sobre laudos internacionales, aunque excepcionalísimo.
- VII. El carácter más que excepcional está vinculado con el concepto de OPI, dado que figura como un elemento indispensable a la hora de analizar la procedibilidad de la acción tutela y los fundamentos que pueden ser aducidos por quien la interpone.
- VIII. En cuanto al examen de procedibilidad, para poder interponer una acción de tutela contra los laudos internacionales que resuelven controversias regidas por la ley colombiana (aunque de manera parcial), será necesario agotar los recursos procedentes (por ejemplo, el recurso de anulación), siempre que las pretensiones que se alegan puedan subsumirse en una violación del OPI. En caso de que la controversia arbitral se resolviera bajo una ley extranjera, siempre será necesario agotar los recursos procedentes.
- IX. En cuanto a los fundamentos para la defensa de derechos fundamentales, si la controversia arbitral se rige por una ley extranjera, el “único parámetro de

control” será a través del Orden Público Internacional de Colombia; si el laudo que resuelve una controversia regida por ley colombiana se tomarán en cuenta los parámetros contenidos en los requisitos especiales procedentes en el caso de tutelas contra providencias judiciales y laudos nacionales.

- X. Además de lo anterior, es posible encontrar en la sentencia T-354 de 2019 de la Corte Constitucional una interpretación del OPI que, a pesar de tomar en cuenta algunas características (no todas) que habían sido expuestas por la CSJ, sí difiere en dos cuestiones importantes: primero, porque al aplicar el concepto de OPI, pareciera que para la Corte Constitucional cualquier contrariedad de estándares fundamentales puede considerarse como una violación de OPI colombiano; por lo tanto, se estaría omitiendo el nivel de intensidad de la violación, que debe ser grave, generando un nivel de intromisión inaceptable por parte del juez de tutela y más invasivo de las autoridades judiciales facultadas, en principio, por la Ley 1563 de 2012. Segundo, también parece existir poca claridad en cuanto a la tipología de normas que integran el OPI y su diferencia con las normas de orden público interno.
- XI. Resulta positivo que la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, al momento de aclarar el voto, expresó su contrariedad con respecto a la interpretación del OPI acogida por sus colegas y, además de resumir de manera más completa las características de la institución en cuestión, se refirió explícitamente a la gravedad de la violación al OPI y a la diferencia de este con el orden público interno.
- XII. Aunque la sentencia T-354 de 2019 es el primer pronunciamiento de la Corte Constitucional en el que se permite de manera explícita la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales, si se entiende que mantiene un

entendimiento del OPI diferente al de la CSJ y del CE, podría producirse un fraccionamiento hermenéutico nefasto para el arbitraje internacional en Colombia. Si se piensa en la centralidad de este concepto en relación con posibilidad excepcionalísima de interponer la acción de tutela en estos escenarios, una interpretación extensiva y fragmentada de esta institución podría transmitir un mensaje de incertidumbre y falta de seguridad jurídica en la percepción de los usuarios de este mecanismo alternativo de solución de conflictos, y haría más riesgoso elegir Colombia como sede de arbitrajes internacionales.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alves, Rafael Francisco, Gaillard, Emmanuel y otros. “Cuestiones claves del arbitraje internacional”, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2013.

Caivano, Roque J. “La renuncia a los recursos”, en: “Cuestiones claves del arbitraje internacional”, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2013

Cárdenas Mejía, Juan Pablo. "Módulo Arbitraje nacional e internacional", Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019. Recuperado de <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m1-1.pdf>

Cárdenas Mejía, Juan Pablo. “El concepto de orden público en el arbitraje internacional”, en: Teoría general del derecho internacional privado (eds. Laura Victoria García Matamoras, Antonio Agustín Aljure Salame), Legis Editores, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016.

Caprassé, Olivier. “Arbitraje y orden público europeo”, en: El orden público y el arbitraje (Eric Loquin y Sébastien Manciaux, directores académicos), Editorial Universidad del Rosario, Cámara de Comercio de Bogotá, CREDIMI, Bogotá, 2016.

Chynoweth, Paul. “Legal research in the built environment: A methodological framework”, Research Institute for the Built and Human Environment, University of Salford, 2008, pág. 672. Recuperado de <http://usir.salford.ac.uk/id/eprint/12467/>

Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de 9 de agosto de 2012, Rad.11001-03-26-000-2012-00013-00 (43045)

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de abril de 2015. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 11001-03-26-000-2014-00162-00(52556).

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 17 de abril de 2020. M.P. Marina Adriana Marín. Rad. 1101-03-26-000-2019-00015-00(63266).

Constitución Política de Colombia, 4 de julio de 1991.

Convención de Montevideo de 1979

Convención de Nueva York de 1958

Convención de Panamá de 1975

Correa Ángel, Diana “El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral”, Revista e-mercatoria, Vol. 7, no. 2, 2008, extraído de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2046>

Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/SU174-07.htm>

Corte Constitucional, Sentencia SU – 500 de 2015. M.P. Luis Guillermo. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU500-15.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T-354 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-354-19.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (enero 30 de 2004) Sentencia SC- 2002-0008-01 [Jose Fernando Ramírez Gómez]

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (agosto 6 de 2004) Sentencia SC-2001-0190-01 [Edgardo Villamil Portilla]

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (julio 27 de 2011) Sentencia SC2007-01956 [Ruth Marina Díaz Rueda]

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (junio 24 de 2016) Sentencia SC8453-2016 [Ariel Salazar Ramírez]

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (abril 18 de 2017) Sentencia SC5207-2017 [Luis Alonso Puerto Rico]

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (julio 12 de 2017) Sentencia SC9909-2017 [Aroldo Quiroz Monsalvo]

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (diciembre 19 de 2018) Sentencia SC5677-2018 [Margarita Cabello Blanco]

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (marzo 23 de 2018) Sentencia SC 877-2018 [Ariel Salazar Ramírez]

Cour de cassation, Rapport annuel 2013. Recuperado de https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour_de_cassation_rapport_2013.pdf

Delobbe, Gauthier. "L'étendue du contrôle de l'ordre public dans le cadre du recours en annulation des sentences arbitrales: étude des situations belges et françaises", Université de Liège, Liège, 2020, pág.23. Disponible en: <https://matheo.uliege.be/handle/2268.2/9172>

Eric Loquin, Sébastien Manciaux y otros. “El orden público y el arbitraje”, Editorial Universidad del Rosario, Cámara de Comercio de Bogotá, CREDIMI, Bogotá, 2016.

Espinosa Sanabria, Irene Isabel. "La incidencia del orden público internacional en el arbitraje internacional comercial", Trabajo de fin de grado, Universidad Pontificia Comillas, 2020. Recuperado de <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/38579>

Fernández Rozas, José Carlos. "Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española", Revista de arbitraje comercial y de inversiones, Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación Instituto Universitario de Estudios Europeos Universidad CEU San Pablo, Madrid, vol. 8, no 3, 2015. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/35098/>

García Matamoros, Laura. "Revisión del concepto de orden público de derecho internacional privado. estudio en homenaje a Carlos Holguín Holguín", Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, no. 370 2020. Recuperado de http://revistaacademiacolombianajurisprudencia.acj.org.co/index.php/revista_acj/article/view/99

González de Cossío, Francisco. "Orden público y arbitrabilidad: dúo-dinámico del arbitraje", Revista Auctoritas Prudentium, no. 1, 2008. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5047666>

González de Cossío, Francisco. "Hacia Una Definición Mexicana de Orden Público." Revista Brasileira de Arbitragem, vol. 5, no. 22, 2009, pp. 107–115. Recuperado de <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Definicion%20de%20Orden%20Publico.pdf>

Gössl, Susanne Lilian. "The public policy exception in the European civil justice system." The European Legal Forum-Forum iuris communis Europae. No. 4-2016. 2016. https://www.researchgate.net/publication/311622230_The_public_policy_exception_in_the_European_civil_justice_system

Gutiérrez Castillo, Víctor. "El orden público en el Derecho Internacional Privado", en: Teoría general del derecho internacional privado (eds. Laura Victoria García Matamoros, Antonio Agustín Aljure Salame), Legis Editores, Universidad del Rosario, 2016.

International Commercial Arbitration. International Law Association, Resolution 2/2002. Recommendations on the application of public policy as a ground for refusing recognition or enforcement of international arbitral awards, Recuperado de: <https://www.ila-hq.org/index.php/committees>

International Law Association London conference (2000), interim report on public policy as a bar to enforcement of international arbitral award. Recuperado de: <https://www.ila-hq.org/index.php/committees>

Jarrosson, Charles. "La intensidad del control del Orden Público" en: "El orden público y el arbitraje" (Eric Loquin y Sébastien Manciaux, directores académicos), Editorial Universidad del Rosario, Cámara de Comercio de Bogotá, CREDIMI, Bogotá, 2016, pág. 169-172

Marulanda Mürrle, Santiago. “La Acción de Tutela En El Arbitraje Internacional Con Sede En Colombia”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2020. Disponible en: <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/47832>.

Medina Casas, Héctor. “El alcance del Orden Público Internacional”, *Ámbito Jurídico*, 2 de noviembre de 2011. Extraído de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/ambito-del-lector/educacion-y-cultura/el-alcance-del-orden-publico-internacional>.

Medina Casas, Héctor Mauricio. “El Orden Público Internacional en el reconocimiento de laudos extranjeros: Concepto difuso de aplicación restrictiva”, *Arbitraje PUCP*, no. 4, 2014, pp. 153-159. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/10396>

Medina Casas, Héctor Mauricio. “La anulación de laudos internacionales en Colombia”, *Asuntos Legales*, 17 de abril de 2017. Recuperado de <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/hector-mauricio-medina-531081/la-anulacion-de-laudos-internacionales-en-colombia-2496981>

Medina Casas, Héctor. “Tutela contra laudos internacionales”, *Asuntos Legales*, 5 de septiembre de 2019. <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/hector-mauricio-medina-531081/tutela-contra-laudos-internacionales-2904524>.

Ochoa Jiménez, María Julia, Zapata Flórez, Jonathan, y Carrillo Gamboa, Paola. "La elección del derecho aplicable en el derecho internacional privado colombiano", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Universidad de Antioquia, 2019, pág.93. Extraído de: http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/11914/1/OchoaMaria_2019_Eleccio_nDerechoAplicableDerechoInternacional.pdf

Racine, Jean-Baptiste. “Las normas que estructuran el orden público internacional en el arbitraje comercial internacional”, en: *El orden público y el arbitraje* (Eric Loquin y Sébastien Manciaux, directores académicos), Editorial Universidad del Rosario, Cámara de Comercio de Bogotá, CREDIMI, Bogotá, 2016.

Radicati Di Brozolo, Luca “Las normas imperativas y el arbitraje internacional”, en: “*Cuestiones claves del arbitraje internacional*”, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2013.

Secretaría de la CNUDMI, “Guía relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras”, 2016. Consultable en: https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmepage&pageid=10&menu=729&opac_view=-1

Silva-Romero, Eduardo “La sede del arbitraje comercial internacional: la perspectiva de la Corte Internacional de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, no. 4, 2003. Recuperado de <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Silva-Romero-La-sede-del->

[arbitraje-comercial-internacional-La-perspectiva-de-la-Corte-Internacional-de-Arbitraje-de-la-Camara-de-Comercio-Internacional.pdf](#)

Siqueiros, José Luis, "El Orden Público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales", *Jurídica*, Revista del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana 32,2002, pág.10. Disponible en: <https://www.derecho.unam.mx/seminarios/descargas/internacional/SiqueirosPrieta.PDF>

Tosun, Huseyin Alper. "Public Policy Concepts in International Arbitration". Tesis doctoral, UC Berkeley, 2019, pág. 63. Disponible en: https://escholarship.org/content/qt4xj024n0/qt4xj024n0_noSplash_a6a5f7f49ce3df3ccc4b1090fc9a15de.pdf?t=pwzt7i

Vásquez Palma, María Fernanda. "Nulidad y ejecución del laudo en el arbitraje comercial internacional. Disquisiciones sobre este doble control, causales de nulidad y revisión de la jurisprudencia chilena", *Revista Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, no. 136, 2018. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/19816>

Vélez Fraga, Manuel; Gómez-Iglesias Rosón, Luis. "La anulación de laudos arbitrales por vulneración del orden público en las recientes resoluciones del tribunal superior de justicia de Madrid", *Actualidad Jurídica*, no. 43, 2016. Consultable en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5095/documento/foro01.pdf>

Zappalá, Francesco. "Auténtico orden público internacional desde la óptica del arbitraje internacional", *Revista de Derecho Público*, n.o 34, Universidad de los Andes, 2015, pág. 19-20. DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.34.2015.33>