



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)
Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

La concepción del orden público internacional en el reconocimiento de laudos extranjeros en el derecho colombiano¹

Lizeth Romero Lopera²

Universidad Católica de Colombia

Resumen

La función del orden público ha sido claramente definida en el Derecho Internacional Privado. Doctrina e instrumentos internacionales enseñan que no es posible aplicar en un país una ley extranjera, ni otorgar el reconocimiento a una sentencia foránea, cuando alguna de éstas contraría los principios que conforman su orden público. La existencia del orden público obedece a la necesidad de los Estados de 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.

El presente artículo presenta una serie de reflexiones acerca de la concepción de orden público en la jurisdicción arbitral comercial internacional en Colombia, para ello se partirá del análisis de sendas providencias de relevancia que han desarrollado el concepto, en especial de la sentencia CSJ SC8453-2016, 24 de Junio de 2016 mediante la cual se dio reconocimiento a un laudo parcial proferido por un Tribunal Estadounidense con ocasión de un conflicto en un contrato de agencia internacional. y el laudo CIADI N.º ARB/10/7, que dirimió la controversia entre la PHILIP MORRIS BRANDS SÀRL (PMB), PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. y ABAL HERMANOS S.A Vs REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY en el cual se dio prevalencia a la aplicación de normas de policía, en un arbitraje de inversión internacional.

Palabras claves

Arbitraje Comercial Internacional, Orden público internacional, Orden público nacional, Favorabilidad, Normas de protección.

¹ Artículo de reflexión presentado como requisito para optar al título de Abogada bajo la dirección de la Doctora Claudia Trujillo, docente de la Facultad de Derecho, Universidad Católica de Colombia, Sede Bogotá D.C. 2017.

² Estudiante de Derecho con materias culminadas, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código estudiantil N° 2110048. Correo electrónico: lromero@ucatolica.edu.co.

Abstract

The role of the public has been clearly defined in Private International Law. Doctrine and international instruments teach that it is not possible to apply a foreign law in a country, nor grant recognition to a foreign judgment, when the criteria for merging the principles that make up its public order. The existence of public order obeys the need of the States to have a barrier that allows them to protect their institutions and their legal rights of laws and decisions that are not compatible with them.

This article presents a series of reflections on the conception of public order in the international commercial arbitration jurisdiction in Colombia, for which a part of the relevant measures that have developed the concept was made, especially the SCJ decision SC8453-2016, June 24, 2016 through which recognition was given to a partial award made by a United States Court on the occasion of a conflict in an international agency contract. and the ICSID Award No. ARB / 10/7, which settled the dispute between the PHILIP MORRIS MARCAS SÀRL (PMB), PHILIP MORRIS PRODUCTS SA and ABAL HERMANOS SA v. EASTERN REPUBLIC OF URUGUAY in which prevalence was given to the application of police regulations, in an international investment arbitration.

Key words

International Commercial Arbitration, International Public Order, National Public Order, Favorability, Standards of Protection.

Introducción

El arbitraje comercial internacional se presenta como la principal herramienta de resolución de conflictos pactada en los contratos de comercio que celebran sujetos comerciales localizados en distintas naciones. Es tal su importancia que incluso la incorporación de una cláusula compromisoria ha sido tratada como costumbre mercantil en negocios como la Franquicia y la agencia comercial internacional (Talero Rueda, 2014).

Un elemento que ha sido fundamental en este proceso, es la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, suscrita por más de 200 países y que posibilita que un laudo arbitral que ha sido emitido por un tribunal de arbitramento extranjero, pueda ser reconocido en un país distinto en el que se profirió.

A partir de esta convención los negocios que se catalogan como internacionales, cuentan con una herramienta eficaz para resolver las diferencias que se presenten, con el beneficio de lograr el reconocimiento de la decisión proferida en cualquiera de los países signatarios de la Convención.

Sin embargo, para lograr el reconocimiento dentro de una nación foránea al lugar de expedición del laudo, se deben cumplir unos requisitos mínimos para el reconocimiento y posterior ejecución, entre ellos se encuentran la ausencia de alguna incapacidad para la celebración de la cláusula compromisoria, la debida constitución del tribunal arbitral de acuerdo a lo dispuesto por las partes, la ausencia de anulación de la sentencia, la arbitrabilidad de la controversia y el ajuste del laudo arbitral al orden público del país en el que se solicita el reconocimiento.

Este último aspecto ha sido ampliamente discutido por la doctrina y revisado por la jurisprudencia colombiana, en la medida que supone que la decisión proferida, en ninguna forma contraría el orden jurídico del país en el que solicita el reconocimiento, la postura que adopte el máximo tribunal del país en el que se solicita el reconocimiento de este laudo, determina que tan favorable es ese país a la jurisdicción arbitral y al comercio internacional, por lo que vale

la pena determinar qué posición ostenta actualmente Colombia frente a este mecanismo alternativo de resolución de conflictos a partir de este indicador.

Para ello primero se expondrá la directriz de la providencia CSJ SC8453-2016y fundamento del precedente de reconocer laudos parciales sobre jurisdicción, el principio de *favor arbitri*; segundo se plantea la posibilidad de que en futuro las normas de protección tomen un papel preponderante a partir de las tendencias económicas proteccionistas, tercero se presentara el laudo CIADI N.º ARB/10/7, que dirimió la controversia entre la PHILIP MORRIS BRANDS SÀRL (PMB), PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. y ABAL HERMANOS S.A Vs REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY *Sentencia CSJ SC8453-2016* su exposición, evidenciara al lector una visión crítica acerca de los límites impuestos a los negocios en uso de normas de policía.

Este artículo busca resolver el problema jurídico expresado en el siguiente interrogante de ¿Cuál es la concepción del orden público internacional y su aplicación de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina para la promoción y el crecimiento de la jurisdicción arbitral internacional en Colombia?.

La metodología utilizada en este artículo es de tipo doctrinal y jurisprudencial hermenéutica ya que mediante la interpretación de normas jurídicas y jurisprudencia busca para determinar la aplicación del concepto de orden público internacional y como se ha dado su aplicación de acuerdo a lo expuesto por el derecho internacional privado.

1. Sentencia CSJ SC8453-2016, 24 de junio de 2016

La primera providencia objeto de análisis, resuelve una solicitud de reconocimiento de Laudo Arbitral proferido por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede Houston, Texas EEUU, que dirimió la controversia entre la sociedad norteamericana HTM LLC y la sociedad colombiana Fomento Catalizadores FOCA S.A.S.

Las referidas compañías, celebraron un contrato comercial “*Agency Agreement*”, a través de la cual empresa colombiana actuó como representante de ventas de la compañía extranjera en Colombia, esto bajo la Ley del Estado de Texas, además se pactó una cláusula. Sobre la definición del contrato de agencia comercial internacional, se puede aducir lo siguiente:

El contrato de Agencia Internacional es aquel contrato mediante el cual una parte (principal) encarga a otra (agente) la promoción de negocios por su cuenta y orden de forma continuada. En ese sentido, y de acuerdo con el concepto legal español de contrato de agencia, El agente se obliga frente a otra parte de forma continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones (Plan Cameral ORG, 2012, p.3).

Ahora bien, dicho contrato fue terminado por la demandante sociedad norteamericana HTM LLC, por causa en la inejecución de obligaciones, y así se llevó la solicitud de declaratoria del incumplimiento, la indemnización y pagos frente Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

La convocada sociedad colombiana, objetó la jurisdicción arbitral en el tramite adelantado ante el Tribunal, con sustento en el artículo 1328 del Código de Comercio Colombiano (Código de Comercio), en la medida en que los contratos de agencia comercial se rigen por la ley nacional y por ello la aplicación de las normas del Estado de Texas al negocio jurídico y a la misma

cláusula compromisoria contrariaban el orden público colombiano, por lo tanto, no eran válidas. Finalmente, el tribunal arbitral desestimó las objeciones planteadas y dispuso fallar a favor de la convocante.

En el trámite de reconocimiento del laudo parcial proferido por el Tribunal norteamericano, adelantado por la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, nuevamente la sociedad colombiana solicitó se denegara el reconocimiento con sustento en la violación del orden público nacional a la luz del artículo 1328 del Código de Comercio.

En el seno del procedimiento de reconocimiento, se encuentra la posibilidad de denegar el reconocimiento, siempre que se encuentre probada y justificada algunas de las causales que se encuentran contenidas en el marco normativo aplicable. La sociedad convocada FOCA S.A.S invocó la causal prevista en el literal b) del artículo 112 de la Ley 1563 y en el numeral 2º (literal a) del artículo 5º de las Convenciones de New York y de Panamá, consistente en que, según la ley colombiana, el objeto de la diferencia *«no es susceptible de solución por vía de arbitraje»*.

La Corte Suprema de Justicia, citando el reconocimiento de la jurisdicción arbitral en la Ley 315 de 1996 y más recientemente, en la Ley 1563 del 2012, como el principal foro de resolución de disputas comerciales internacionales, encontró que la oposición formulada no encontraba consonancia con las causales de denegación de reconocimiento del laudo, contenidas en la Convención de Nueva York.

En principio dado que el contrato de agencia mercantil es arbitrable y no presenta ninguna restricción para ser sometido a arbitraje a la luz del artículo 1328 del Código de Comercio y en la medida en que dicha disposición no podía ser considerada como orden público internacional, por lo cual no era procedente la denegación del reconocimiento del laudo.

La sociedad objetante del reconocimiento, utiliza como argumento la falta de arbitrabilidad de la controversia por encontrarse la materia objeto del pleito

fuera de los asuntos arbitrables, esto a la luz del artículo 1328 del Código Comercio colombiano que dispone que *los contratos de agencia comercial ejecutados en el territorio de este país, se rigen por la ley nacional y cualquier estipulación en contrario debe tenerse por no escrita.*

La consecuencia principal de la norma, radica en impedir que el agente comercial pierda la protección especial que le confiere el artículo 1324 del Código de Comercio, debido a la estipulación, con su co-contratante extranjero, de una ley sustancial aplicable distinta a la colombiana (Talero Rueda, 2012, p.11).

Frente a esta objeción presentada la Corte asevera que el artículo 1328 del Código de Comercio no establece una prohibición de resolución por vía del procedimiento arbitral, además de sostener que en el contrato de agencia mercantil no se encuentran bienes jurídicos cuya disposición no pueda dejarse al arbitrio de los contratantes, por ser este un negocio jurídico válido de contenido patrimonial que involucra intereses privados y derechos transigibles, es decir objeto de libre disposición.

La Corte se refiere a la improcedencia de la causal por vulneración del orden público, adoptando la acepción de orden público internacional, como un conjunto de principios y reglas reconocidas por un Estado y que podrían impedir el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral. Se encuentra dentro de esta categoría el orden público procesal y sustantivo, frente al primero la Corte analiza que el procedimiento encuentre consonancia con las normas que en Colombia regulan el trámite arbitral, y en relación con el segundo, la Corte evidencia como pese a existir normas imperativas, de dirección y de protección como el artículo 1328 del Código de Comercio, la carencia de violación de principios fundamentales del Estado imposibilita considerarse como una violación al orden público internacional.

Sin embargo, esta disposición legal del ordenamiento jurídico colombiano ha sido blanco de varias críticas en la medida que se considera que se da un trato especial y proteccionista al contrato de agencia en Colombia, que ha llevado a

la utilización de otra clase de contratos para que empresas extranjeras puedan realizar negocios en el territorio nacional (García Velasco, 2011).

2. Sentencia CSJ SC5207-2017, 8 de febrero de 2017

Esta providencia se encarga de resolver solicitud de anulación de laudo arbitral formulado por las sociedades mexicanas Construcciones y Trituraciones SA de CV, Ingenieros Civiles Asociados SA de CV y la sociedad colombiana Estyma Estudios Manejos SA, en calidad de integrantes del Consorcio CICE, frente a laudo arbitral proferido por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín, el cual fue promovido por las sociedades colombianas Geofundaciones SAS y Bauer Fundaciones Colombia SAS, integrantes del Consorcio Geo Bauer.

Las compañías anteriormente mencionadas compañías, celebraron un convenio para la ejecución de las obras del diseño detallado y la construcción del interceptor norte del río Medellín, que comprendía la realización de 26 pozos. Para la ejecución de este contrato el consorcio CICE subcontrató al consorcio Geo Bauer, celebrando con ese fin el «contrato de obra para la ejecución de la construcción de pantallas continuas Contrato CICE 010/2011. Dicho contrato tenía por objeto el suministro de equipos y materiales necesarios para la construcción de pantallas continuas en concreto armado para los pozos que se planeaban construir.

Ante la cláusula compromisoria que se dispuso en el contrato y ante la decisión del consorcio CICE de dar por terminado el contrato de manera unilateral expresando la imposibilidad de realizar la ejecución del contrato por condiciones técnicas y operativas no previstas en el momento de suscribir el contrato, y las cuales hacen imposible cumplir con lo estipulado en el mismo. En razón de las diferencias que surgieron debido a este contrato el 5 de agosto de 2014, las empresas del consorcio Geo Bauer presentaron «demanda arbitral internacional» contra las sociedades del consorcio CICE, ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín.

Las sociedades que promovieron el proceso arbitral buscaban que se declarara el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del consorcio CISE, para que se les condenara a pagar indemnización de los perjuicios materiales, lucro cesante y daño emergente, previsibles como imprevisibles que se demostraran en el proceso.

Debido a presuntas inconsistencias presentadas en el laudo arbitral el Consorcio CISE decide presentar recurso de anulación del fallo proferido, aduciendo que se cometieron errores graves dentro del proceso. En la parte motiva de la sentencia la corporación se permite analizar la causal de anulación dispuesta en el literal b) numeral 2º artículo 108 Ley 1563 de 2012, que se configura cuando «*el laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia*». Se realizan las siguientes precisiones en cuanto al concepto de orden público internacional:

El «orden público internacional de Colombia» puede comprender entre otros aspectos, las conductas relacionadas con el ejercicio abusivo de los derechos, transgresiones manifiestas a los postulados de la buena fe y de la imparcialidad del tribunal arbitral, así como irregularidades violatorias del debido proceso, debiéndose considerar para la procedencia de este último supuesto en el ámbito del arbitraje internacional, que no se haya producido la «renuncia al derecho de objetar» (Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC5207 de 2017).

De igual manera enuncia la Corte Suprema de Justicia que dicha noción de orden público debe tener la única finalidad de evitar que una sentencia o ley extranjera tenga que ser acogida cuando contradice principios fundamentales, y hace énfasis en que debe observarse con precisión la acepción de “*fundamentales*” ya que no es posible predicar la violación del orden público internacional cuando hay solo puede observarse criterios diferentes que no contradicen instituciones fundamentales. De manera que el desconocimiento de laudos arbitrales o sentencias extranjeras tiene como limitación este criterio.

Finalmente, en cuanto a la causal de anulación de laudos arbitrales por contravenir el Orden Público internacional la Corte Suprema de Justicia en este caso expresa que el análisis de dicha causal no puede darse basada en supuestos, sino debe configurarse de manera notoria.

Reitera la Corte Suprema de Justicia los parámetros que deben tenerse en cuenta al momento de inaplicar un laudo arbitral o sentencia extranjera expresando que el orden público internacional no es un criterio que se pueda definir por el operador jurídico, sino que debe estar ceñido a la trasgresión de principios fundamentales del ordenamiento jurídico colombiano.

3. Otras referencias de la Corte Suprema de Justicia sobre el orden público internacional.

La Corte suprema de Justicia se ha referido en diferentes ocasiones al concepto de orden público internacional, tratando de conceptualizar de una mejor manera el término, el desarrollo de este capítulo busca recoger algunos de los pronunciamientos realizados en las providencias de esta corporación que, si bien no dirimen controversias sobre esta figura, realizan precisiones conceptuales importantes.

En primer lugar, se tare como referencia lo dispuesto por la Corte Suprema de justicia en la sentencia CSJ 2007-01956-00 del 27 de julio de 2011 donde se indica lo siguiente:

Los anteriores elementos sirven hoy a la Sala para establecer que el concepto de 'orden público' que en el foro nacional tiene la virtualidad de enervar el reconocimiento o la ejecución de un 'laudo extranjero', hecho bajo el amparo de la aludida Convención de Nueva York, se limita a los principios básicos o fundamentales de las instituciones, a lo cual servirían de ilustración: la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso. Por lo tanto, en principio, el desconocimiento de una norma imperativa propia del 'foro' del juez del exequátur, per se, no

conlleve un ataque al mencionado instituto, lo será, si ello trae como consecuencia el resquebrajamiento de garantías de linaje superior, como las antes enunciadas (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2007-01956-00 de 2011).

Expresa la corte en esta providencia donde reitera que para desconocer un laudo arbitral o una sentencia extranjera es necesario que se observen únicamente el conflicto de la misma con los principios básicos o fundamentales de las instituciones, de manera entonces que no puede procederse a invocar el orden público internacional para desconocer sentencias o laudos extranjeros, sino que deberá probarse que realmente riñe con principios fundamentales de las instituciones colombianas.

En segundo lugar, se trae a colación la sentencia CE SC, 2014-00162-00 que hace referencia a la causal de anulación de laudos arbitrales internacionales cuando contrarían el orden público internacional, y expresa lo siguiente:

Sobre el particular vale recordar que esta causal no se configura por el simple desconocimiento de una norma imperativa del derecho interno. Es necesario, a efectos de una debida estructuración de la causal, tener presente dos cuestiones centrales: que se trata de un laudo dictado por un tribunal de arbitraje internacional y que, por consiguiente, lo que se encuentra de por medio es el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de sujetos vinculados en un asunto comercial de carácter internacional.

Así, esta Sala entiende por 'orden público internacional de Colombia' aquellas nociones jurídicas representativas de los principios básicos que fundamentan, en justicia, el Estado colombiano y que subyacen a la práctica jurídica nacional. En este sentido, integrará dicho orden público, inclusive, aquellos principios jurídicos de derecho internacional que, por ejemplo, participen de las nociones de *ius 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 (Corte Suprema de Justicia, Sentencia CE SC, 2014-00162-00 de 2015).

Reitera nuevamente la Corte Suprema de Justicia aquellos elementos que integran el orden público internacional de Colombia, tratando de dar claridad a un concepto que se ha considerado ambiguo.

4. Principio favor arbitri: directriz de la providencia y fundamento del precedente de reconocer laudos parciales sobre jurisdicción

Dentro de las consideraciones más relevantes se encuentra el expreso reconocimiento de la jurisdicción arbitral, como mecanismo predilecto, incluso para ser considerado el foro natural, para la resolución de conflictos en materia comercial internacional. Esto, en el escenario de una contratación mercantil con mercados más interconectados y expandidos, en donde los actores de distintas nacionalidades necesitan de seguridad jurídica en las relaciones comerciales que celebran.

Este análisis hace parte de una visión de cooperación y reciprocidad, altamente acertada para contextos globalizados como el presente. Cuya importancia se denota con el reconocimiento de una excepción a la soberanía nacional, mediante la cual una providencia dictada en un tribunal extranjero tendría obligatoriedad y validez a la luz del derecho nacional, siempre que medie un convenio que así lo permita.

De suerte que este reconocimiento de la jurisdicción arbitral, no es otra cosa que adherirse a un movimiento internacional *favor arbitri* de las naciones, tendiente a otorgar la eficacia jurídica y cumplimiento forzado de sentencias en países distintos de las cuales fueron dictadas cuyo máxima expresión se encuentra en el artículo 7 de la *Convención de Nueva York* del 19 de junio de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, ratificada por Colombia mediante la Ley 39 de 1990 y la convención de Panamá de 1975 sobre Arbitraje Comercial Internacional, en la cual se da la

opción a la Corte de reconocimiento de aplicar una norma más favorable al reconocimiento, buscando lograr la eficacia del convenio.

La convención de Nueva York es el instrumento creado con el fin de facilitar el reconocimiento de laudos arbitrales, para lo cual estableció principios fundamentales como el de favorabilidad y presunción de validez y ejecutoriedad del laudo arbitral.

Todo laudo dictado fuera del territorio del Estado donde se pide su ejecución o reconocimiento se beneficiará de la Convención (independientemente de que ese laudo haya sido dictado dentro del marco de un arbitraje interno o internacional). Además, aunque el laudo se haya dictado en el territorio de ese Estado y, por tanto, según el criterio “territorial”, esté excluido de la Convención, ésta le será aplicable si dicho Estado lo considera “no nacional” o, lo que equivale a lo mismo, lo asimila a un laudo “extranjero (Mantilla Serrano, 2009, p.20).

Ser una nación *pro arbitraje* además de suponer el respeto de los instrumentos suscritos por los Estados, implica dar prevalencia a las normas especiales de arbitraje, sobre cualquier norma procesal. De suerte que la Corte continuando con esta tradición, decidió aplicar la Ley 1563 del 2012 junto con la Convención de Nueva York de 1958, *contrario sensu* de la aplicación de los artículos 694 y 695 del estatuto procesal.

En este punto es relevante mencionar el principio *favor arbitri* o *favor arbitralis* como un directriz que orienta la formulación y aplicación de normas que en última instancia precautelen el derecho a la tutela efectiva de los derechos mediante el arbitraje. Este principio, no implica una ausencia de intervención de la justicia estatal, sino una intervención mínima reducida a lo estrictamente necesario, la aplicación de este principio supone aplicar el favor competencial y el favor del fallo (Jara, 2013).

Frente al primero el estado reconoce la competencia del Tribunal arbitral para decidir la cuestión, siempre que medie cláusula de arbitraje que habilite la

declinación de jurisdicción. En relación con el segundo, el Estado tiene una limitación de control que puede realizar sobre los laudos arbitrales. Esta posición es posible encasillara como fundamento teórico de la providencia objeto de análisis, en la medida que se han impregnado a la decisión criterios favorables, laxos o menos restrictivos con el fin de lograr la ejecución del laudo. Entre estas considerar inaplicable las normas imperativas de Colombia al pacto arbitral para analizar la validez de la cláusula, y utilizar la noción menos restrictiva de orden público, con el fin de otorgar con mayor facilidad reconocimiento al citado laudo.

El ejemplo más claro, de la aplicación de un fundamento *pro arbitraje*, tal vez se encuentre en el hecho de que esta providencia haya reconocido un laudo parcial para asuntos jurisdiccionales. Sin lugar a dudas, ello ha sentado un precedente importante para la jurisdicción arbitral por cuenta de dar cabida al reconocimiento de laudos parciales. El laudo parcial es aquel que resuelve una parte de la controversia, por lo que están asociados a la resolución de alguna pretensión o excepción dejan pendiente el resto de ellas, sus características han sido bien definidas en el artículo 54 Decreto Legislativo 1071/2008, Ley peruana de arbitraje (Ledesma Narváez, 2012).

La tendencia de reconocimiento de laudos parciales, se encuentra igualmente en Chile en la Ley 19971/2004 chilena de arbitraje art 16 y 30 Huidobro Corbett, S. (2005). Esta determinación sin lugar a dudas, coloca al mismo nivel a Colombia frente a otras potencias Latinoamericanas en Arbitraje Comercial Internacional.

Pese a que la Corte, distingue el carácter final de un laudo parcial al decidir una cuestión de trascendencia dentro de la controversia que por su importancia ha sido escindida de las demás cuestiones objeto de debate, lo cierto es que la Ley 1563 del 2012 (art. 111 a 115), no hace distinción alguna entre laudo parcial y final para efectos de su reconocimiento, con lo que esta providencia interpreta de forma auténtica, pero extensiva, el Estatuto Nacional de Arbitraje, al considerar que puede darse reconocimiento de un laudo parcial sin distinción alguna del laudo final. Con lo que ciertamente Colombia se actualiza su marco

normativo, en relación con las dos potencias en arbitraje Latinoamericanas como Chile y Perú y queda en evidencia las medidas favorables hacia la jurisdicción arbitral.

Ciertamente la importancia de este precedente, no solo se limita a actualizarnos frente a otras potencias en arbitraje en Latinoamérica, sino que también puede generar nuevas reglas frente al procedimiento de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, al dividir la controversia de forma sucesiva en laudos parciales, se evita ciertamente la objeción de un laudo final que trate cuestiones preliminares y se sujeta de forma inmediata al convocado al proceso, incluso abriéndose la posibilidad para solicitar el decreto de medidas cautelares desde esta instancia.

3. La noción de orden público internacional y las normas imperativas de protección

Existen por lo menos tres acepciones de orden público distintas, la primera el orden público interno o doméstico, que es entendido como el conjunto de normas imperativas locales; el segundo, el orden público internacional, como aunque conjunto ya no de normas sino de principios fundamentales sobre los cuales se asienta el orden jurídico y el tercero como el orden público verdaderamente internacional, como una categoría más restrictiva en tanto no incluye los principios de moralidad y justicia sino aquellos principios compartidos por la mayoría de países del mundo (Caivano, 2013).

Es necesario resaltar que hay diversas posturas sobre el concepto de orden público internacional, ya que se observa desde diferentes ópticas, una desde el derecho internacional propiamente y otra desde las concepciones del ordenamiento jurídico interno de los países. Esto en la medida que ese orden público internacional está determinado por las normas jurídicas locales.

La expresión “orden público internacional” debe entenderse en el sentido que se le atribuye en el campo el derecho internacional privado; específicamente, se refiere a las normas de orden público de un estado

que, en caso de violarse, impedirían a una parte invocar una ley extranjera o una sentencia extranjera o un laudo extranjero. No debe entenderse en estas recomendaciones, que se refiere a un orden público que sea común a muchos Estados –mejor denominado un “orden público transnacional”- o a uno que forme parte del derecho internacional público (Medina Casas, 2017, p.155).

El concepto de orden público internacional no resulta ser unánime en la medida que la doctrina diversifica la noción del mismo y en los estados se han adoptado diferentes concepciones, por lo que resulta un concepto difuso que hace que su aplicación no resulte una tarea fácil.

Sin embargo se ha traído una de las definiciones más aceptadas por la doctrina, así entonces el concepto más aceptado sobre el orden público internacional en el derecho privado internacional puede definirse como una excepción o cláusula de reserva a la aplicación de la ley sustancial designada por la ley de conflicto o al reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera, por ir estas en contravención a los principios sobre los cuales se edifica un Estado, es decir una excepción en la aplicación de normas extranjeras, sentencias y laudos (Roldan Pardo, 2010).

En Colombia la Corte, en la providencia objeto de análisis toma como precedente el concepto manejado por esta alta corporación, reitera la aplicación del orden público internacional, como aquellos principios y valores esenciales del Estado, acorde con los lineamientos internacionales, movimientos favorables al arbitraje o *pro arbitraje*. Esto en la medida que no se ha dejado de reconocer que el artículo alegado por el convocado, es una norma imperativa, pero se ha hecho la distinción de que no todas las normas imperativas pertenecen al orden público, sólo si esta norma vulnera o quebranta intereses esenciales del Estado, pueda otorgársele el rango de orden público.

Esta noción adoptada por la Corte, no es de universal aplicación en las jurisdicciones Latinoamericanas. Recientemente el Tribunal Permanente de

Revisión del MERCOSUR, en la opinión Consultiva No. 1 de 2007, señaló que las normas imperativas corresponden fundamentalmente a órdenes de orden público de dirección, es decir la intervención en cuestiones que afecten la soberanía, y el orden público de protección para salvaguardas a partes débiles en la contratación, lo realmente relevante en esta opinión consultiva es que rescata que las violaciones en concreto a normas o principios imperativas serán objeto de juzgamiento por parte del juzgador (Moreno Rodríguez, 2007, p 103).

La Corte difiere de esta postura, al considerar que las normas que serán objeto de juzgamiento por parte del juez, son aquellas relacionadas con los valores y principios fundamentales del estado, y que solo las normas de orden público de dirección integran esta categoría, con lo que se considera que la protección a partes débiles de la relación contractual, como los agentes locales, no hacen parte de las garantías y principios del Estado.

En este punto se evidencia que la interpretación del orden público internacional, es una cuestión relacionada con las prioridades que se tengan en la interpretación, las cuales pueden darse por prevalencia a las relaciones y cooperación internacionales junto con el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado al hacerse parte de las Convenciones de New York y Panamá o prevalencia por la protección de intereses locales.

El concepto de orden público puede identificarse en esta sentencia se considera en la medida que Uruguay expidió una regulación que buscaba disminuir el impacto en la salud pública del tabaquismo, dicha normatividad supone una categoría que debe considerarse parte del orden público interno de los países, por lo cual desconocerla representaría influir de manera directa en las legislaciones locales, en ese sentido se produce el fallo en este laudo arbitral.

Dentro del orden público internacional, encontraría cabida las normas de policía, *lois de police* o leyes de policía, se trata entonces de regulaciones concretas aplicables al caso y no de principios generales del sistema,

rescatando dentro de estas normas las regulaciones de derecho económico y el resguardo a partes débiles en la contratación, temas de salubridad y bienestar de la nación, como una categoría de normas que no permiten pacto en contrario, tiene supremacía en relación con las demás normas y además.

En Colombia, no se evidencia una acérrima protección al comercio local, ni unas garantías al agente local que, en el marco de una relación mercantil internacional, es la parte más débil, incluso cuando el foro para resolver las controversias derivadas de la relación es uno foráneo y con aplicación de normas extranjeras. Una norma como el artículo 1328 del Código de Comercio, es el rezago de una protección antigua al comercio nacional y los agentes locales, que resulta ser insuficiente en el contexto globalizado, interconectado actual e incoherente con el modelo de economía abierta que concuerda con las políticas macroeconómicas y la postura de las altas cortes.

Por el contrario, se evidencia una coherencia implacable con la doctrina internacional y el movimiento pro arbitraje. Aunque esta postura ha sido protegida en varias latitudes, lo cierto es que cada vez tiende a ser más relativa con el surgimiento de conceptos como orden público comunitario o el ya existente, pero con mayor vocación a ser aplicado orden de policía, que configura de forma distinta el espectro del orden público internacional.

En este sentido (Moreno Rodríguez, 2007), precisa que se le atribuyen dos aspectos al orden público en el derecho internacional privado, uno que constituye el correctivo a normas indirectas de conflicto, en tanto ellas no podrán determinar la aplicación de otro derecho que viole los valores esenciales de la sociedad del caso, en este se juzga la cuestión, y otro por normas directas, que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes.

Las referidas normas de aplicación directa, coincide con la noción de normas imperativas o *lois de police* o leyes de policía. Se trata entonces de regulaciones concretas aplicables al caso y no de principios generales del

sistema, rescatando dentro de estas normas las regulaciones de derecho económico y el resguardo a partes débiles en la contratación.

Una protección económica, mucho más vehemente para los pueblos se encuentra ligada a él orden público de policía. El abogado general, Sr. Nils Wahl, en sus conclusiones presentadas el 15 de mayo de 2013 al Tribunal de Justicia de la Unión Europea , en el asunto c-184/12 (UNAMAR), al afirmar en relación con la Directiva 86/653/CEE del Consejo, relativa a los agentes comerciales independientes, manifestó que debe interpretarse en el sentido de que permitan que las leyes de policía del país del juez del foro que ofrecen al agente comercial una mayor protección que la establecida en dicha directiva, en razón del especial interés que el Estado miembro concede a dichas disposiciones, se apliquen al contrato (United Antwerp Maritime agencies (Unamar) Nv contra navigation maritime Bulgari (Moreno Rodríguez, 2013).

Sin embargo, esta noción que resume la defensa de la empresa colombiana, en el ámbito arbitral según lo expresa Gaillard citado por Moreno Rodríguez, es reticente de aplicación. Las leyes de policía, normas imperativas de protección, no corresponden a una norma generalmente reconocida por la comunidad internacional sobre las disposiciones del derecho elegido por las partes, de esta manera en el caso CCI N° 7047 de 1994, que enfrentaba a una empresa estatal con una empresa extranjera, se negó a examinar la violación de una ley de policía del estado de la empresa, a partir de que no pertenecía al derecho escogido por las partes, alegando que desconocer esta disposición no podría ser considerado como una vulneración al orden público internacional.

Aunque no siempre es viable optar por no aplicar leyes imperativas extranjeras, ciertamente como ocurrió en la providencia objeto de análisis se reconoce la necesidad de aplicar ciertas disposiciones al conflicto, que sean pertenecientes al sistema jurídico en el cual se busca la aplicación del laudo.

Mayer citado por Moreno Rodríguez afirma en este punto que el juzgador debería aplicar la ley de policía extranjera siempre que le parezca necesario para la realización de los objetivos de aquella, pensando en los intereses del

tercer Estado y las consecuencias de la aplicación de dichas regulaciones sobre el Estado del foro y las partes. De igual forma Visher afirma *“al decidir si dicha provisión será tomada en cuenta, uno debe considerar su objetivo y la consecuencia de su aplicación para llegar a la decisión que sea apropiada”*

Podría entonces resumirse la postura que un país escoja frente a que considera orden público internacional y que tipo de normas imperativas aplica en el proceso de reconocimiento de un laudo extranjero, a partir de la postura del Estado y de sus cortes frente al arbitraje. Y pese a que la tendencia mundial frente al arbitraje ha sido respetar esta jurisdicción, desde hace un tiempo, se ha practicado medidas proteccionistas en mercados de primer mundo, con el fin de proteger el comercio local.

Tal vez, con el nuevo proteccionismo que se encuentra en las economías de los Estados evidenciado en las políticas económicas adoptadas por grandes potencias como EEUU e Inglaterra, sea más recurrente y usual, en un futuro, hablar de orden público proteccionista, normas de policía y su defensa.

En el caso de derechos marcarios la Convención de París, prevé cierta limitación a los mismos, cuestión que se deriva de su artículo 6 literal b, por el cual, se establece que las marcas de fábrica no pueden ser limitadas sino solo cuando sean contrarias a la moral o al orden público y, en particular, cuando sean capaces de engañar al público. Se entiende que una marca no podrá ser considerada contraria al orden público por el solo hecho de que no esté conforme con cualquier disposición de la legislación sobre marcas, salvo en el caso de que esta disposición misma se refiera al orden público (Cifuentes Castro, 2015).

No existe duda alguna, de que las disposiciones legales deben buscar armonía, integración y sistematicidad en sus contenidos, cuestión de la que no existe duda por lo menos en el marco del derecho nacional en términos de constitucionalización, sin embargo, en el marco del derecho internacional, caracterizado por la exacerbada bifurcación de contenidos, algunos vinculantes y otros no tanto, y por la disparidad de órganos jerarquizados esta tarea se

dificulta. Pese a ello existen parámetros que dan luz a la armonización de las disposiciones en especial en el arbitraje internacional.

En este punto pareciera entonces una conclusión anticipada y manifiesta la incompatibilidad entre los derechos subjetivos, que se desprenden de la propiedad marcaría, y los derechos colectivos, derivados de la protección de la salubridad pública, y que, además, hace parte de un movimiento mundial, auspiciado por la Organización Mundial del Comercio mediante el auspicio de las recomendaciones del CMCT, en procura de desincentivar el consumo del Tabaco (Martínez Salcedo & Vargas Chávez, 2011).

De suerte entonces que desde la Convención de Nueva York de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales, nacida en el seno de las discusiones entre los Representantes de los Estados signatarios en La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que entre otras es una de las convenciones con mayor ratificaciones, se haya dejado clara la importancia de la soberanía de las naciones, y aunque el objetivo era lograr una unificación en materia arbitral, esto bajo ninguna circunstancia podría auspiciar la violación de los principios básicos en los que se funda el Estado.

El más claro ejemplo de ello, es la alusión al orden público internacional que se menciona en el artículo V. 2, B, como una de las causales para denegar el reconocimiento de un laudo que no respete los principios básicos del Estado. En este sentido, vale la pena precisar que existen por lo menos tres acepciones de orden público distintas, la primera el orden público interno o doméstico, que es entendido como el conjunto de normas imperativas locales; el segundo, el orden público internacional, como aunque conjunto ya no de normas sino de principios fundamentales sobre los cuales se asienta el orden jurídico y el tercero como el orden público verdaderamente internacional, como una categoría más restrictiva en tanto no incluye los principios de moralidad y justicia sino aquellos principios compartidos por la mayoría de países del mundo (Caivano, 2013).

Esta categoría de normas, es por excelencia la cláusula de protección de los intereses del Estado de manera que, pese a las complicaciones para la armonización del derecho internacional, el orden público parece ser la particular que armoniza disposiciones, sistemas jurídicos y fija límites a las actuaciones legales.

En específico en el derecho marcario, como se evidenció con el artículo 6 literal b de la Convención de París, existen limitaciones por cuenta del orden público o motivos de relevancia para el país que fija los parámetros de marcas, esto bajo la premisa de que pese a que las normas de propiedad intelectual se relacionan con el derecho privado, existe interacción con normas de derecho público en muchas de las regulaciones de propiedad intelectual, uno de los ejemplos que ilustra esta situación es el hecho de que generalmente las normas de registro de la propiedad intelectual, son normas de policía, las cuales tienen una aplicación preferente (Varela Pezzano, 2015).

Si a lo anterior se suma que, el territorialismo emerge como un factor ligado al reconocimiento de derechos de propiedad intelectual, en tanto “el reconocimiento de los derechos de PI que un Estado confiere a un particular, sólo tienen eficacia dentro del territorio del Estado que los otorga”, se vislumbra que el derecho marcario, por muy extraño que parezca a su propia naturaleza, se encuentra tan ligado al derecho público, a las condiciones que impongan los Estados que este tipo de Laudos, junto con otros fenómenos como la constitucionalización del Derecho, que todos aquellos que se interesen por estos temas, deben tener en cuenta las grandes limitaciones de los derechos subjetivos derivados de las marcas.

Conclusiones

1. Es evidente que Colombia se convierte de apoco en un foro de arbitraje y en una potencia en Latinoamérica en el asunto, a la altura de Chile y Perú, con sentencias como esta que aplican criterios favorables para el reconocimiento y ejecución de laudos parciales, esto se puede corroborar con la exposición de los casos realizados anteriormente donde se destaca el avance en materia de arbitraje.
2. El reconocimiento de un laudo parcial sobre jurisdicción, no solo es una interpretación auténtica y extensiva, del Estatuto Arbitral, sino que puede cambiar el procedimiento de reconocimiento de laudos extranjeros hacia uno mucho más simple, en ese sentido la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha hecho énfasis en que las normas que hacen parte del orden publico interno no impiden el reconocimiento de un laudo extranjero, ya que las mismas no se encuentran dentro de la noción de orden público internacional, como se identificó en el presente artículo de investigación.
3. Las normas de protección, tuvieron alguna incidencia en el marco jurídico colombiano, sin embargo, hoy en día no constituyen parte del orden público internacional pese a que, en otras Latitudes Latinoamericanas como Paraguay o europeas como Bélgica, constituye una noción importante de protección, esto materia de arbitraje internacional y para efectos del reconocimiento de laudos extranjeros representa un avance sustancial y una garantía para la inversión extranjera.
4. Se plantea el interrogante si con las políticas proteccionistas que son tendencia económica en el mundo, se viene una nueva preponderancia de las normas imperativas de protección o normas de policía, por lo que será necesario realizar un seguimiento a los pronunciamientos que realice la Corte Constitucional para definir si en algún momento los parámetros para el reconocimiento de laudos extranjeros dan un giro.
5. Se evidencia la preponderancia en el derecho internacional por la aplicación de las normas de policía en los procesos arbitrales de inversiones, con lo que la soberanía de los Estados en asuntos determinados en los que el estado logre probar que es absolutamente necesario realizar algún tipo de intervención en ciertas actividades económicas.

Referencias

Caivano, R. (2013). Control judicial en el arbitraje. Buenos Aires, Argentina: AbeledoPerrot.

Cifuentes Castro, A. (2015). Plain Packaging: controversias alrededor de las restricciones al uso de marcas registradas vinculadas a los productos del tabaco. Revista De Derecho Privado, 53, 1-25. doi:10.15425/redepriv.53.2015.06

García Velasco, I. (2011). El proteccionismo jurídico de la agencia comercial en Colombia frente a los tratados de integración económica. Cuadernos De Administración, 27(46), 155 - 168. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/cuadm/v27n46/v27n46a12.pdf>

Huidobro Corbett, S. (2006). Reflexiones sobre Algunas Similitudes y Diferencias entre las Leyes de Arbitraje Internacional Española y chilena. Revista Brasileira De Arbitraje, 1. Recuperado de <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/rvbrasarb0002&div=30&id=&page=>

Jara, M. (2013). Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis. Paper Universitario. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de [http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/PAPER%20UNIVERSITARIO/2013/MaraElenaJara%20\[Arbitr](http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/PAPER%20UNIVERSITARIO/2013/MaraElenaJara%20[Arbitr)

Laudo (Caso CIADI N.º ARB/10/7) entre la PHILIP MORRIS BRANDS SÀRL (PMB), PHILIP MORRIS PRODUCTS S.A. y ABAL HERMANOS S.A. Vs REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Recuperado de https://medios.presidencia.gub.uy/tav_portal/2016/noticias/NO_U130/laudo_spa_1.pdf

Ledesma Narváez, M. (2012). Ejecución de laudos ilíquidos en sede judicial. Arbitraje PUCP, 1, 15-25. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/download/9367/9782>

Jara, M. (2013) Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre arbitraje, un análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis, Quito: Artículo de investigación universitario, Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3213>

Mantilla Serrano, F. (2009). Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York. Revista Colombiana De Derecho Internacional, 7(15). Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13850/11145>

Martínez-Salcedo J. & Vargas-Chaves I. La afectación de la marca de tabaco por las medidas de empaquetado genérico, 130 Universitas, 235-272 (2015). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj130.amtm>

Medina Casas, H. (2014). El orden público internacional en el reconocimiento de laudos extranjeros: concepto difuso de aplicación restrictiva. Arbitraje PUCP, 16(31). Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/download/10396/10846>

Moreno Rodríguez, J. (2007). Orden público y arbitraje: algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el Mercosur. Lima Arbitration, 2(1). Recuperado de http://www.limaarbitration.net/LAR2/jose_antonio_moreno_rodriguez.pdf

Moreno Rodríguez, J. (2013). Derecho aplicable y arbitraje internacional. Pamplona: Aranzadi.

Mayer, P., & Heuzé, V. (2014). Droit international privé. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, Lextenso éditions.

Plan Cameral ORG. (2012). Modelos de contratos internacionales - Contrato de agencia internacional. Recuperado de http://www.plancameral.org/camaras_internacional-portlet/file/2a40d1e5-c30c-45e3-879b-7aa74781db2e

Roldan Pardo, J. (2010). El estado del arte del concepto de orden público internacional en el ámbito del derecho internacional privado y el arbitraje internacional. Revista De Derecho Privado, 44(1). Recuperado de https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri73.pdf

Talero Rueda, S. (2012). La agencia comercial y los sistemas de distribución en el arbitraje internacional. Revista De Derecho Privado, 44(2). Recuperado de <http://www.redalyc.org/html/3600/360033193005/>

Talero Rueda, S. (2014), Arbitraje Comercial Internacional, instituciones básicas y derecho aplicable, Bogotá: Universidad de los Andes.

Varela Pezzano, E. (2015). Intellectual property handbook. Bogotá: Asociación Cavelier del Derecho.

Visher, F. (2002), New tendencies in European Conflict of laws and the influence of the U.S Doctrine- a short survey, in Law and justice in a multistate World, Essays in honor of Arthur T. Von Mehren, Transnational publishers.

