
Corrupción, orden público y Convención de Nueva York: su aplicación en el Arbitraje Comercial Internacional

Javier Jaramillo Troya*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Corrupción, Orden Público Internacional y bonos mores en el comercio internacional. 2.1. Corrupción en el Comercio Internacional. 2.2. Orden público nacional, internacional y realmente internacional. 2.2.1. El orden público nacional. 2.2.2. El orden público internacional. 2.2.3. El orden público verdaderamente internacional. 3. Controversias que incluyen actos de corrupción sometidas a un tribunal arbitral internacional. 3.1. ¿Tienen los tribunales arbitrales internacionales jurisdicción para conocer sobre controversias en las que se ven inmersos actos de corrupción? 3.1.1. La cláusula arbitral y la controversia que incluye actos de corrupción. 3.1.2. El principio *kompetenz-kompetenz* y los conflictos que incluyen actos de corrupción. 3.1.3. El principio de separabilidad y los conflictos que incluyen actos de corrupción. 3.2. Si el tribunal arbitral decide favorablemente sobre su competencia ¿Cuáles son los parámetros a seguir en el laudo de fondo? 3.3. El rol del tribunal arbitral en los conflictos que incluyen actos de corrupción. 3.4. Las implicaciones de los casos en los que se ven inmersos actos de corrupción respecto de su ejecución a la luz el Art. V (2) (a) y (b). 3.4.1. El caso Westacre Investments Inc. c. Jugoimport-SDRP Holding Co Ltd. 3.4.2. El caso Hilmarton c. OTV. 3.4.3 El Art. V.2.b: ¿orden público, local, internacional o verdaderamente internacional? 4. Conclusión.

* Asociado en Perez Bustamante & Ponce Abogados, Profesor en la Universidad San Francisco de Quito, Abogado por la Universidad San Francisco de Quito, Especialista Superior en MASC por la Universidad Andina Simón Bolívar y Máster en Derecho por la Universidad de Harvard.

1. Introducción

El arbitraje, como método alternativo de solución de controversias, ha sido utilizado para solventar las disputas de tipo comercial desde hace muchos años, y, en la actualidad, la mayoría de litigios suscitados en el comercio internacional son dirimidos por la vía arbitral en desmedro de la justicia ordinaria de los Estados, razón por la cual se ha considerado que el arbitraje existe desde el amanecer de los conflictos comerciales en el plano internacional¹. En este sentido, la doctrina contemporánea considera que el árbitro se ha convertido en el juez natural del comercio internacional².

Sin embargo, a la par del crecimiento del arbitraje como método alternativo de resolución de disputas en el ámbito comercial internacional, se ha dado, como un secreto a voces, el crecimiento del fenómeno de la corrupción como un ingrediente constante en las transacciones transfronterizas entre comerciantes. Esto se debe, en gran medida, a la constante competencia existente entre empresas multinacionales que, en repetidas ocasiones, han recurrido al soborno o al tráfico de influencias para conseguir la adjudicación de contratos con diversos Estados. Inclusive, en muchos de los casos han procedido a firmar contratos de intermediación con el objeto de que un agente gubernamental les asegure el éxito en la asignación del contrato principal, teniendo como contraprestación el pago de una determinada cantidad de dinero o la concesión de un porcentaje de las ganancias que dicho contrato genere³.

Evidentemente, por la irregularidad de este tipo de actos jurídicos que, por razones de conveniencia o supuesta eficiencia han incluido convenios arbitrales, se han suscitado controversias entre las partes. Estas controversias se han referido especialmente a la falta de cumplimiento de las obligaciones contractuales –normalmente la del pago de la suma por los servicios de intermediación– al momento de la conclusión del objeto del contrato; razón por la cual han sido sometidas a arbitraje con el fin de que un tribunal reconozca dicho derecho y ordene el cumplimiento obligacional de la parte morosa.

-
1. Cfr. L. MUSTHILL, *Arbitration: History and Background*, 6 *Journal of International Arbitration* (1989) p. 43.
 2. Cfr. F. MANTILLA ESPINOZA, *El Árbitro y la Lucha Contra la Corrupción en el Comercio Internacional*, p.1.
 3. *Ibidem*, p. 1.

Es justamente en este escenario en el que se enfoca el objeto de la presente monografía. Este trabajo pretende dilucidar los aspectos principales de la corrupción como fenómeno integrante del comercio internacional, especialmente cuando surgen controversias respecto de este tipo de transacciones irregulares.

Para ello, la presente monografía será dividida en dos partes principales. La primera de ellas tratará sobre la corrupción como fenómeno en el comercio internacional, destacando sus particularidades y los esfuerzos internacionales que se han desencadenado para consolidar la lucha en su contra. En el mismo sentido, se analizará cómo la corrupción se consolida en una violación al orden público interno, internacional y transnacional de los Estados y al principio *bonos mores*; denotando las diferencias entre estos términos y se revisará la actitud que han tomado los distintos tribunales arbitrales frente a controversias que incluyen actos de corrupción.

El segundo capítulo del presente trabajo estudiará de manera concreta el escenario de los conflictos que incluyen actos de corrupción sometidos a arbitraje. En este sentido, comenzará por estudiar el deber de los árbitros frente a los conflictos que son sometidos a su resolución.

Posteriormente, recogerá las principales ideas y argumentos que ha desarrollado la doctrina y la jurisprudencia en el arbitraje internacional respecto a la competencia o jurisdicción de los tribunales arbitrales para juzgar el fondo de las controversias en las que se ven inmersos actos de corrupción. Para ello, este trabajo se enfocará en la arbitrabilidad objetiva de la materia, así como también en los principios que rigen al arbitraje en materia de controversias internacionales.

Después de analizar el ámbito jurisdiccional de este tipo de controversias sometidas al arbitraje, se estudiará el ámbito sustantivo. Sobre esta base, la presente monografía esbozará las conclusiones en relación con la actitud y el razonamiento jurídico que deben tomar en cuenta los árbitros al proferir su laudo de fondo. Para ello, se tomará en cuenta las obligaciones del árbitro de acuerdo con su función de tercero imparcial, las establecidas mediante el contrato de *receptum arbitrii* y los límites establecidos en la cláusula arbitral que rigen su conducta en el proceso.

Posteriormente, se analizará cuál debe ser el rol que debe tomar el tribunal arbitral frente a estos casos, para concluir, sobre la base de las consecuencias jurídicas de cada uno, si ésta debe ser activa o pasiva.

Por último, y con el fin de desarrollar un estudio más completo de aquello que ha sido propuesto como tema de la presente monografía, se analizarán los fenómenos que pueden suscitarse en la ejecución de laudos que deciden controversias que incluyen actos de corrupción. Para ello, se analizarán especialmente las causales de denegación establecidas en el Art. V.2. (a) y (b) de la Convención de Nueva York de 1958⁴, referentes a la arbitrabilidad de la materia y el orden público respectivamente.

Por último, este trabajo esbozará las conclusiones respecto de la materia estudiada en su contenido.

2. Corrupción, orden público internacional y *bonos mores* en el comercio internacional

2.1. Corrupción en el comercio internacional

Como hemos adelantado en la introducción a esta monografía, la corrupción como fenómeno jurídico no ha hecho excepción y actualmente ataca a las transacciones comerciales transfronterizas. Por ello, se ha vuelto un fenómeno a ser combatido por la normativa local de la mayoría de países y la normativa internacional propuesta a través de diferentes tratados internacionales.

La corrupción no ha sido definida de una manera determinante. Aparentemente, se trata de un término tan ambiguo que, de cierta manera, tanto doctrinarios como árbitros dan por sentado que todo lector o parte en un juicio, la entiende como un fenómeno grave, sin importar que exista un acercamiento conceptual al mismo.

4. Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, en adelante referida como Convención de Nueva York.

Si bien existe un consenso internacional en repudiar a la corrupción y considerarla contraria a cualquier principio jurídico⁵, no existe un consenso sobre qué actos en específico deben ser condenados como actos de corrupción, sean estos por ejemplo: pago de coimas, tráfico de influencias, cabildeo, entre otros.

Un ejemplo de aquello es lo suscitado en el caso *Hilmarton c. OTV*⁶, en el cual el tribunal arbitral, tuvo que dirimir si la ley aplicable era la suiza, por ser aquella escogida por las partes en el contrato o la argelina, por ser aquella del lugar en donde el contrato surtía sus efectos con base en el principio *lex loci solutiones*. En este sentido, el Tribunal analizó que, por un lado, bajo la ley suiza un contrato que tenía como objeto el tráfico de influencias, no era ilegal, al no ser éste considerado como acto de corrupción. Contrariamente, al analizar la ley de Argelia, estableció que dicha actividad estaba prohibida y por lo mismo, un contrato cuyo objeto era el tráfico de influencias era nulo por la ilicitud en su objeto.

Sin embargo y para aclarar este oscuro camino, se han desarrollado iniciativas internacionales en la materia. La más influyente en el Derecho internacional ha sido la Convención de la OCDE⁷ de Lucha Contra la Corrupción del 17 de diciembre de 1997. Dicho cuerpo normativo, define a la corrupción de agentes públicos extranjeros como:

[el] hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.

Así mismo, la ONG Transparencia Internacional define a la corrupción como aquel acto mediante el cual se induce a un tercero, para que me-

5. Cfr. A. REDFERN; M. HUNTER; N. BLACKABY y C. PARTASIDES, *Redfern and Hunter on international commercial arbitration*, Oxford University Press, 2009, p.131.

6. Cfr. Y. DERAÏNS, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, Kluwer Law International, p. 247.

7. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, referida en adelante como OCDE.

diante un pago secreto, abuse de su posición para beneficiar a aquella persona que efectuó dicho pago⁸. En este sentido, como bien señala HAHN, en los casos de corrupción en el comercio internacional, casi siempre intervienen dos contratos ilegales, el primero mediante el cual una empresa contrata con un intermediario para que mediante el tráfico de influencias o coimas logre la adjudicación de un contrato en su beneficio, y el segundo, que se da en el supuesto de que efectivamente se adjudique el contrato a la empresa, en cuyo caso este acto jurídico estaría viciado también de ilegalidad por el acto de corrupción que concurrió en su etapa precontractual o de negociación⁹.

Pese a la dificultad constante al intentar definir la corrupción, para efectos del presente trabajo, debemos señalar que existe unanimidad en la comunidad internacional respecto del repudio a la corrupción en el comercio internacional.

Esta situación la podemos palpar tomando en cuenta las diferentes iniciativas internacionales que se han creado en aras de la lucha contra este fenómeno que aqueja a las transacciones transfronterizas. A manera de ejemplos podemos ver: el *Foreign Corrupt Practices Act* adoptado por los Estados Unidos el 19 de diciembre de 1977, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, la Convención Interamericana contra la Corrupción celebrada en Caracas en 1996 en el marco de la Organización de Estados Americanos y la ya mencionada Convención de la OCDE de Lucha Contra la Corrupción del 17 de diciembre de 1997.

Esta constante lucha contra la corrupción ha llevado a que la mayoría de países lleguen a considerarla como un fenómeno atentatorio contra el orden público interno, internacional y verdaderamente internacional¹⁰. Sobre este punto trata el siguiente acápite de este capítulo, en el cual se estudiará el orden público nacional, internacional y verdaderamente internacional, y su relación con la corrupción en el comercio internacional.

8. Cfr. A. HAHN, *Bribery and corruption before Swiss arbitral tribunals*, Baker Mckenzie.

9. *Ibidem*.

10. Cfr. *supra* nota 4, pp.131-132.

2.2. Orden público nacional, internacional y realmente internacional

En este acápite abordaremos al orden público en sus diferentes expresiones. Así, definiremos sus diferencias particulares y, en específico, las conectaremos con el tema de esta monografía, para así dilucidar la importancia que tiene respecto de la corrupción en el comercio internacional y su relación con el arbitraje internacional. Esta distinción tendrá especial importancia para entender el rol que deben jugar los árbitros internacionales en la resolución de las controversias que son sometidas a su autoridad mediante laudo, así como también, las particularidades del mismo en relación con el reconocimiento y ejecución de dichas decisiones proferidas.

2.2.1. El orden público nacional

El orden público nacional o interno ha sido definido por la doctrina como aquel concepto e institución jurídica creada por el Estado y la administración para limitar los derechos de los particulares mediante los instrumentos y monopolio de poder estatal¹¹.

Para LALIVE, el orden público de un Estado, es una serie de reglas o principios relativos a una variedad de dominios, con una intensidad variable, que forman o expresan una especie de "núcleo duro" de los valores jurídicos y morales¹².

En este sentido, es claro que el concepto de orden público interno es una institución creada por el Estado para auto proteger sus instituciones y los valores jurídicos que considera de notable importancia para el desarrollo de la vida social de sus pobladores. De esta manera, mediante el ordenamiento jurídico, un país crea ciertas limitaciones a la autonomía de la voluntad de los privados, para que se encaminen y encajen dentro del modelo de Estado que la administración ha diseñado como tal. En este sentido, mediante el monopolio del poder y el uso de la fuerza, una nación coarta ciertas libertades de los individuos para proteger un interés mayor, en busca de la paz social de sus pobladores.

11. Cfr. A. MEZGRAVIS, *Orden Público Sustantivo, el Orden Público Procesal y la Arbitrabilidad Como Causales de Denegación del Laudo: Especial Referencia a Venezuela y Otros Países de América Latina*.

12. Cfr. P. LALIVE, "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration" en P. SANDERS, (Dir.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series no. 3, Kluwer Law and Taxation Publishers, The Hague: 1986, p. 264.

2.2.2. El orden público internacional

Para VAN DEN BERG el orden público internacional se refiere al concepto subjetivo de un Estado en particular de aquello que todas las naciones civilizadas consideran que el orden público debería ser¹³.

En este sentido, doctrinarios han criticado esta conceptualización, aludiendo a que el carácter de “internacional” es únicamente un adjetivo inútil, dado que lo consideran como una ampliación pura y simple del orden público interno, con la única particularidad respecto de una visión a la luz del Derecho internacional privado¹⁴.

Otro sector de la doctrina, diferencia al orden público internacional del interno aseverando que se trata de una relación genero-especie y señalado que el orden público internacional no es más que la aplicación del orden público interno de una manera más enfática y rigurosa ante la comunidad internacional y las transacciones en esta esfera¹⁵.

En el mismo sentido, REDFERN & HUNTER, citando al Comité Internacional de Arbitraje Comercial Internacional de la Asociación Internacional de Derecho, señala que el orden público internacional es aquella parte del orden público interno de un Estado que si se ve violado, impide a una de las partes invocar derecho o jurisprudencia extranjera¹⁶.

Por otro lado, y en una iniciativa por desentrañar los elementos que componen al orden público internacional, RIVERA ha señalado que este concepto debe ser analizado tomando en cuenta las tres fuentes que lo ilustran que son: los principios básicos del ordenamiento jurídico que no pueden ser dejados de lado ni en el plano internacional, las llamadas leyes de policía y por último las obligaciones internacionales del Estado¹⁷.

13. Cfr. A. VAN DEN BERG, *Distinction Domestic-International Public Policy*, XXI Yearbook, 1996 p. 502.

14. Cfr. J. MORENO RODRÍGUEZ, *Orden Público y Arbitraje*, Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el MERCOSUR. Lima Arbitration N° 2, 2007.

15. Cfr. *supra* nota. 9.

16. Cfr. *supra* nota. 4.

17. Cfr. J. RIVERA, *El Orden Público en el Arbitraje*, Biblioteca Virtual de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

En cuanto a los principios básicos del ordenamiento jurídico, estos adquieren relevancia cuando se trata de la homologación y ejecución de cualquier decisión extranjera en el ordenamiento jurídico nacional. En este sentido, dentro de esta categoría se definen como tales aquellos valores intrínsecos vitales en el ordenamiento jurídico de un Estado¹⁸. Como vemos, la definición propuesta es bastante abstracta, razón por la cual su aplicación dependerá de cada país y, en concreto, del juez que conozca la sentencia o laudo extranjero que se pretende homologar y ejecutar.

En cuanto a las leyes de policía, estas se consolidan en aquellas reglas del ordenamiento jurídico que tienen un enfoque internacional y que, en el caso de un supuesto de hecho específico, redirigen la aplicación al ordenamiento nacional para la protección de sus pobladores o incluso la parte más débil en un negocio jurídico. En la mayoría de los casos, se trata de normas de competencia, política económica interna o incluso normas de corte aduanero¹⁹.

Por último, y en relación con las obligaciones internacionales del Estado como elemento del orden público internacional, podemos ver que son todos aquellos compromisos que ha adquirido el estado con la Comunidad Internacional, en virtud de la ratificación de los distintos instrumentos internacionales²⁰.

2.2.3. El orden público verdaderamente internacional

La doctrina moderna ha desarrollado el concepto del orden público verdaderamente internacional como una categoría separada de aquello que ha sido avanzado como el orden público internacional. Así, para diferenciarlo, ha utilizando términos como: “transnacional”, “universal”, “puramente internacional”, “verdaderamente internacional”, “realmente internacional” entre otros.

Para GONZALO QUIROGA, el orden público verdaderamente internacional es un concepto que tiene una raíz en valores éticos y morales de jus-

18. Cfr. Corte de Apelaciones de París, Sentencia 11 de Mayo de 2006, tomado de: J. RIVERA, *supra* nota.15.

19. Cfr. *supra* nota.15.

20. *Ibidem*.

ticia, que se relacionan íntimamente con los derechos humanos, la ética de los negocios, la transparencia en el comercio internacional y, en concreto, la ética que debe manejarse en la institución del arbitraje privado internacional²¹.

En otro sentido, SILVA ROMERO explica que el orden público realmente internacional se traduce en aquellos principios comunes a todas las naciones civilizadas y que son jerárquicamente superiores a cualquier norma interna de un país determinado²².

En la misma línea, LEW considera que el concepto de orden público verdaderamente internacional engloba todos los principios del derecho natural²³ los principios universales de justicia, el *ius cogens* en el derecho internacional privado y los principios universales de moralidad²⁴.

Estos principios que conforman el orden público realmente internacional tienen como fin el correcto desarrollo del comercio internacional, cimentándolo en la buena fe, la seguridad en el comercio y la moralidad en las transacciones comerciales; evitando así, violaciones a la confianza de los contratantes, tráfico de influencias y prácticas derivadas de actos de corrupción²⁵.

Pese a que la definición de orden público verdaderamente internacional permanece oscura, la doctrina es pacífica al considerar que este concepto se traduce en varios supuestos tales como: la aversión a la esclavitud, lucha contra la corrupción, la discriminación racial, religiosa o sexual, secuestro, asesinato, pedofilia, piratería, terrorismo, drogas y tráfico ilegal de personas. Así, el orden público verdaderamente internacional se opone a cualquier intento de subvertir las leyes imperativas del Estado²⁶. Se apoya,

21. Cfr. M. GONZALO QUIROGA, *Orden Público y Arbitraje Comercial en el Marco de la Globalización Comercial*, Ed. Dykinson, 2003, p. 70.

22. Cfr. E. SILVA ROMERO, "Las normas jurídicas aplicables al arbitraje comercial internacional". *Revista de Derecho privado* No. 28. Universidad de Los Andes, Bogotá, 2002, p. 14.

23. Cfr. J. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Oceana Publications, New York, 1978 p. 532.

24. Cfr. M. BUCHANAN, *Public Policy and International Commercial Arbitration*, 26 *American Business Law Journal*, 1998, pp. 511-513.

25. Cfr. P. DE ROSAS, *Orden Público Internacional. Tendencias Contemporáneas*.

26. Cfr. *supra* nota. 10 pp. 277-285

además, en los derechos humanos fundamentales y los estándares básicos de honestidad y buena fe, tal y como lo avalan ciertas normas y prácticas aceptadas internacionalmente que figuran en las leyes y códigos uniformes²⁷.

Vemos entonces cómo el orden público verdaderamente internacional es aquel conjunto de principios supraconstitucionales que tienen por objeto la tutela del comercio internacional.

En nuestro criterio, la diferencia de entre este último y el orden público internacional radica básicamente en que el orden público verdaderamente internacional crea una esfera de principios comunes a todas las naciones que, por ser de connotada importancia, deben ser respetados por la Comunidad Internacional y los nacionales de los Estados en la esfera privada. De esta manera, este concepto de considerable amplitud se refiere a un espectro universal, que se deslinda de los valores que cada país considera como parte de su orden público, sea interno o internacional.

En este sentido, el orden público realmente internacional es un concepto que debe ser respetado no solo por las cortes y tribunales locales, sino también por los órganos internacionales de justicia, con el fin de lograr una homogenización y respeto a los principios generales del Derecho. Es por esta razón que, cuando en arbitraje internacional nos referimos a “orden público”, los hacemos en relación con esta visión internacionalista del Derecho.

Naturalmente, existen detractores a la creación del concepto del orden público verdaderamente internacional. Esta tendencia doctrinaria considera que dicha abstracción es un acercamiento totalmente discriminatorio, teniendo en cuenta que incluye dentro de los principios a ser respetados, únicamente a aquellos de corte occidental.

Sin embargo, es innegable que la mayor parte de la Comunidad Internacional, acepta al orden público realmente internacional como una iniciativa que pretende homogeneizar los principios generales del Derecho y, de cierta manera, crear un código de conducta que permita proporcionar y

27. *Ibidem*.

garantizar las limitaciones necesarias a públicos y privados en las transacciones comerciales internacionales en el marco de la globalización²⁸.

La jurisprudencia internacional ha reconocido la existencia del orden público verdaderamente internacional. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de París en sentencia del 3 de octubre de 1984, en el caso *Banque Ottomane*, mencionó la necesidad de aceptar la existencia de un orden público común a todos los Estados con el fin de garantizar la seguridad en el comercio²⁹. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Arbitral en el laudo CCI No. 3913, asegurando que, el reconocimiento de un orden público verdaderamente internacional por parte de un Estado es una muestra del carácter civilizado de una nación. De la misma manera, la Corte de Casación italiana en el caso *Alarcia Castells v. Hengstenberge e Procuratore generale presso la Corte di appello de Milano* señaló la importancia del respeto al orden público verdaderamente internacional que se basa ante todo en la necesidad de salvaguardar un mínimo legal y moral que es común a la sensación de varias naciones³⁰.

De esta forma, es claro que son los árbitros internacionales, a través del foro arbitral, quienes se convierten en agentes de la *societas mercatorum* y en guardianes del orden mercantil internacional. Su principal carga radica en comprender las exigencias del comercio internacional y los comerciantes, y, aplicar reglas anacionales vitales para la *lex mercatoria*, como las que componen el orden público verdaderamente internacional³¹.

Como hemos mencionado brevemente con anterioridad, el orden público verdaderamente internacional repudia *per se* los actos de corrupción, coimas y tráfico de influencias. Esto ha sido aseverado por doctrinarios como RIVERA, quien sostiene que los actos de corrupción, la violación a los derechos humanos y las conductas monopólicas afectan directamente al orden público verdaderamente internacional y, por lo tanto, deben ser combatidas por los árbitros internacionales³². En el mismo sentido, podemos mencionar a DE ROSAS quien, al referirse al orden público verdaderamente internacional,

28. Cfr. *supra* nota. 19 p. 71.

29. Cfr. Sentencia tomada de: J. MORENO RODRÍGUEZ, *supra* nota. 12.

30. Cfr. Caso citado en: P. LALIVE, *supra* nota 10, p. 277.

31. Cfr. *supra* nota. 23.

32. Cfr. *supra* nota. 15.

lo define como una serie de valores ampliamente aceptados por la comunidad internacional, tales como la condena al tráfico de drogas y la prohibición de la corrupción³³. De la misma manera, DERAINS considera que existe una creciente tendencia a considerar ilegales a los contratos que incluyen actos de corrupción por violentar el orden público realmente internacional³⁴.

En este orden de ideas, la jurisprudencia internacional no ha sido ajena a la lucha contra la corrupción, más bien, la ha condenado por considerarla atentatoria al orden público realmente internacional. Por ejemplo, el Tribunal Arbitral en el Caso No. 6311 administrado por la CCI, nulitó un contrato en el que se suscitaron actos de corrupción y tráfico de influencias; sostuvo además que la prohibición general de actos de corrupción constituye una piedra angular del orden público verdaderamente internacional.

En el mismo orden de ideas se han decantado las decisiones de cortes locales, por ejemplo, en el caso *Soc. European Gas Turbines S.A. c. Soc. Westman International Ltd.* la Corte de Apelaciones de París, en consideración al orden público realmente internacional, nulitó un laudo arbitral al hallar que el contrato tenía como objeto actos de corrupción³⁵.

Pese a que existe unanimidad en los esfuerzos frente a la lucha contra la corrupción, la distinción entre qué actos condenar y cuáles no, sigue siendo indeterminada. Esto se debe a lo delicada que resulta la tarea de trazar la línea entre los contratos legales e ilegales y así, por ejemplo, determinar si estamos frente a un contrato de intermediación o se trata de un soborno³⁶. Esta situación, naturalmente, debe ser analizada caso por caso.

Pese a ello, podemos concluir que el respeto al orden público verdaderamente internacional implica necesariamente la condena de los actos de corrupción y tráfico de influencias. En el siguiente capítulo, estudiaremos

33. Cfr. *supra* nota. 23.

34. Cfr. Y. DERAINS, "Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration" in P. SANDERS, Ed., *Comparative Arbitration Practice and Public Policy*, ICCA Congress series no. 3, (The Hague: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986).

35. Cfr. Sentencia tomada de: M.GONZALO QUIROGA, *supra* nota. 19 p. 75.

36. Cfr. *supra* nota. 10 p. 277.

más detenidamente la arbitrabilidad de este tipo de controversias y analizaremos, en específico, el porqué un tribunal arbitral debe respetar el orden público verdaderamente internacional para lograr que el laudo que profiera sea válido y ejecutable.

3. Controversias que incluyen actos de corrupción sometidas a un tribunal arbitral internacional.

Como hemos adelantado, en este capítulo trataremos específicamente sobre las controversias en las que se encuentran inmersos actos de corrupción. Para ello, analizaremos, primeramente, si los tribunales arbitrales internacionales tienen jurisdicción para proferir un laudo de fondo en estos casos, enfocándonos, principalmente, en la arbitrabilidad de la materia en un sentido objetivo, justificándola con base en doctrina y jurisprudencia.

Posteriormente, analizaremos cuáles son los remedios que un tribunal arbitral puede tomar en caso de que se considere competente para conocer sobre este tipo de controversias. Como tercer punto de este capítulo, mencionaremos la que, a nuestro criterio, debe ser la actitud a tomar por parte de los árbitros frente a este tipo de controversias, contrastándolo con lo analizado en las dos primeras secciones de este capítulo. Por último, haremos una breve introducción a los problemas que podría tener un laudo que conoce sobre controversias que incluyen actos de corrupción al momento de su ejecución en otro país, a la luz de la Convención de Nueva York de 1958.

3.1. ¿Tienen los tribunales arbitrales internacionales jurisdicción para conocer sobre controversias en las que se ven inmersos actos de corrupción?

Como lo plantea GAILLARD, la pregunta primordial que surge al momento en que una controversia en la que se encuentran inmersos actos de corrupción es sometida al conocimiento de un tribunal arbitral es si, efectivamente, la materia es arbitrable y por lo mismo, si el tribunal tiene la facultad de retener la jurisdicción en el caso y de hacerlo, cuál sería la decisión sobre el fondo de la controversia³⁷.

37. Cfr. E. GAILLARD y J. SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, p. 353.

Ante esta interrogante que es el objeto principal de este trabajo, la doctrina ha señalado que deben analizarse algunos aspectos primordiales para poder resolverla. En este sentido, SHEPPARD y DELANEY han considerado que son tres los aspectos que debe analizar el tribunal arbitral en un caso en el que están inmersos actos de corrupción, a saber: i) si existe una cláusula arbitral válida y ejecutable que permita que dicha controversia sea sometida a arbitraje, ii) el principio *kompetenz-kompetenz* y por último, iii) el principio de separabilidad de la cláusula arbitral frente al contrato que la integra³⁸.

3.1.1. La cláusula arbitral y la controversia que incluye actos de corrupción

El primer deber del árbitro frente a cualquier controversia que es sometida a su conocimiento, es revisar si, en virtud de la cláusula arbitral inmersa en el negocio jurídico, está facultado para conocer sobre el mérito de la controversia y proferir un laudo de fondo.

Adicionalmente, el tribunal arbitral debe considerar si la materia de la controversia que es sometida a su conocimiento, es arbitrable, siempre considerando la cláusula arbitral que es la causa que le permite dirimir el conflicto mediante una decisión final.

Con base en la investigación realizada para la presente monografía, y como ya ha sido develado de cierta manera en algunas de las decisiones citadas, los tribunales arbitrales que se han visto frente a esta interrogante han decidido favorablemente a su competencia y han continuado conociendo sobre el fondo de la controversia.

Tendencias antiguas consideraban que las controversias en las que estaban inmersos actos de corrupción, por ser un asunto que envuelve cuestiones de tipo penal, no eran susceptibles de ser dirimidas mediante arbitraje, tomando en cuenta el interés público detrás de la materia objeto del arbitraje.

Actualmente, los tribunales arbitrales internacionales han superado dicha teoría y por lo mismo, han decidido entrar al fondo de la controversia con el fin de analizar los méritos y decidir con base en ellos. En nuestro criterio, esta situación se debe a que, cuando las partes han pactado un con-

38. Cfr. A. SHEPPARD y J. DELANEY, *Corruption and International Arbitration*.

venio arbitral y se da una controversia de este tipo, jamás se puede pretender que el tribunal arbitral imponga sanciones penales a alguna de las partes. Por el contrario, la materia que sería objeto de conocimiento por parte del tribunal arbitral sería la validez propia del contrato en el que se han suscitado actos de corrupción. Por lo mismo, lo único sobre lo que versaría el laudo de fondo en estos casos sería la legalidad o no de dicho negocio jurídico. En esta virtud, el punto máximo al que llegaría el tribunal arbitral, sería la sanción civil del contrato, es decir, declarar su nulidad.

Este criterio es compartido por REDFERN & HUNTER, quienes en su obra señalan que, en este tipo de casos, una alegación de actos de corrupción levanta interrogantes más de tipo sustantivo que procesal, y, por lo mismo, el tribunal debe analizar las pruebas y decidir con base en ellas sobre el destino final del contrato que es puesto a su conocimiento³⁹.

Esta línea argumental se vio aplicada en el laudo arbitral proferido en el caso *Himpurna California Energy Ltd. c. Perusahaan Listrik Negara*, en el cual, el Tribunal Arbitral; señaló que era imposible fingir la inexistencia de los actos de corrupción alegados en el caso. Señaló además que ante ellos, el tribunal no podía pretender que se encontraba en una “torre de marfil” alejada de la realidad en el comercio internacional. Puntualizó, además, que es una realidad conocida por todos los árbitros, la existencia de actos de corrupción y tráfico de influencias; especialmente, en los contratos estatales. Añadió, que esta situación debe ser encarada por los tribunales arbitrales, y que con base en las pruebas anexadas y practicadas por las partes, debe tomar una decisión sobre el destino del contrato⁴⁰.

Sin embargo, y frente a esta que parecería una tendencia universal de los árbitros a dictar favorablemente su jurisdicción respecto de este tipo de controversias, existen excepciones. Una de ellas es el laudo proferido por el árbitro único Lagergren en el caso CCI No. 1110⁴¹. Los hechos del caso ocurren en la época peronista en Argentina donde se produjo un boom energético que provocó un aumento significativo en la producción de energía eléctrica.

39. Cfr. *supra* nota. 4 p.133.

40. Laudo tomado de: A. REDFERN; M. HUNTER; N. BLACKABY y C. PARTASIDES, *supra* nota. 4 p.133.

41. Y. DERAIS, *Collection of ICC Arbitral Awards*, Kluwer Law International, 1974-85, Kluwer Law International, p. 562.

Es en este sentido en el cual el actor, un ingeniero argentino con importantes influencias en el gobierno de turno, firma un contrato con una compañía británica. En dicho contrato las partes estipularon que el actor recibiría una comisión si es que lograba que el Estado argentino adjudique un contrato de venta de equipos eléctricos a la compañía antes mencionada. En efecto, el actor logró que se adjudique un contrato a la compañía británica, sin embargo, ésta, se rehusó a pagarle la comisión acordada. Surgida la controversia, las partes firman un convenio de arbitraje con sede en París, al cual se aplicaría el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional CCI.

Con base en estos antecedentes y después de percatarse que en efecto existieron actos de corrupción en el desarrollo del contrato materia de la controversia, el árbitro único Lagergren decidió declinar su competencia estableciendo que un contrato en el que se vulnera de manera frontal la buena moral y el orden público internacional, no puede ser materia de tutela judicial y menos aún de una decisión arbitral. Para ello, se sustentó en una renuncia implícita al apoyo del aparato de justicia, que a su criterio sucede cuando las partes de un contrato entran en un negocio de este tipo.

Observamos cómo el principal argumento del árbitro único en este caso, no es propiamente el de la no arbitrabilidad de la materia. Al parecer, el árbitro único sustentó su decisión en el principio universal del derecho *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* bajo el cual se genera una prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas e incluso inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico, también expresado bajo la máxima “nadie puede beneficiarse de su propia culpa o dolo”. Así, este laudo deja como precedente la imposibilidad de que contratos en los que existió corrupción sean susceptibles de ser conocidos mediante arbitraje.

Más adelante, cuando nos refiramos al principio de separabilidad, analizaremos las deficiencias de este laudo y denotaremos nuestro criterio al respecto.

3.1.2. El principio *kompetenz-kompetenz* y los conflictos que incluyen actos de corrupción.

Como hemos establecido con anterioridad, la tendencia mayoritaria de los tribunales arbitrales ante los cuales se somete controversias de esta naturaleza es declararse competentes para fallar sobre el fondo de la controversia.

Esto, tomando en cuenta la arbitrabilidad objetiva de la materia, el principio *kompetenz-kompetenz* y el principio de separabilidad de la cláusula arbitral.

El principio *kompetenz-kompetenz*, establece la facultad exclusiva del tribunal arbitral de dirimir sobre su propia competencia. Dicho principio se encuentra normado en la mayoría de leyes de arbitraje y reglamentos operativos de los diferentes centros que administran el procedimiento arbitral internacional. Tal es el caso del Art. 16. 1 de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI⁴², Art. 21.2 de la las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, así como los Arts. 6.2 y 6.4 del Reglamento de Arbitraje de la CCI de 1998, el Art. 23 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres y el Art. 41 de la Convención CIADI.

De esta manera, el principio en cuestión faculta al tribunal a que, *prima facie*, se declare competente si considera válido y suficiente el acuerdo arbitral presentado a su consideración.; incluso sobre controversias en las que se ven inmersos actos de corrupción. Así lo decidió el Tribunal Arbitral en el caso en el caso CCI No. 6401 *Westinghouse International Projects Company c. National Power Corporation*.

El principio *kompetenz-kompetenz* va de la mano del principio de separabilidad de la cláusula arbitral que analizaremos a continuación, por el cual, la decisión del tribunal arbitral respecto de la nulidad del contrato principal, no conlleva de manera automática la invalidez de la cláusula arbitral ni la falta de jurisdicción del tribunal.

3.1.3. El principio de separabilidad y los conflictos que incluyen actos de corrupción

El principio de separabilidad de la cláusula arbitral establece la independencia que tiene el convenio arbitral respecto del negocio jurídico principal que lo contiene⁴³. Si bien existen discrepancias acerca de su alcance, la doctrina es uniforme al señalar que el efecto primordial de este principio se traduce en que la nulidad del contrato principal no afecta a la validez de la cláusula arbitral y por lo mismo, ésta surte plenos efectos y debe ser ejecutada

42. Convención de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en adelante referida como CNUDMI.

43. *Cfr. supra* nota. 36.

independientemente de la decisión que sobre el fondo tome el tribunal respecto a la mencionada invalidez del contrato principal.

Este principio, por ejemplo, se ve recogido de manera clara en el Art. 6.4 del Reglamento de Arbitraje de la CCI de 1998, en el que se expresa que el tribunal arbitral continuará teniendo jurisdicción sobre la disputa, y tendrá la facultad de decidir sobre las pretensiones de las partes, pese a que el contrato en sí mismo sea inexistente o inválido.

En materia de Arbitraje Internacional, y puntualmente, en controversias en las que están inmersos actos de corrupción, el análisis de este principio se ha vuelto de suma importancia, en especial, por la decisión del caso CCI No.1110 al que hicimos alusión con anterioridad en este trabajo. La doctrina y jurisprudencia han sido críticos con el decisión del arbitro único Lagergren, al mencionar que el laudo proferido fue una afrenta al principio de separación de la cláusula arbitral⁴⁴. Esto, debido a que el principal argumento de Lagergren para declararse incompetente fue la corrupción que nulitaba el contrato y deslegitimaba, en su criterio, cualquier petición ante el aparataje de justicia. Los detractores de Lagergren fundamentan su crítica en que el árbitro único erró al no analizar a la cláusula arbitral de manera separada al contrato y, por el contrario, considerar que la invalidez del contrato contagiaba a la cláusula arbitral.

Es en este sentido, que muchos autores señalan que, en efecto, el caso CCI No.1110 es la única excepción en la que, un tribunal arbitral, ha declinado su competencia en una controversia en la que el contrato fue logrado mediante o incluía actos de corrupción. Dicho sector de la doctrina asegura que si las partes han escogido como método para dirimir sus conflictos, al arbitraje, la lógica debería obrar para que el tribunal respete su voluntad y, aplicando este principio cardinal, se declare competente para conocer sobre el fondo de la controversia, sin que su competencia se vea menguada por la corrupción que aqueja al contrato principal⁴⁵.

Esta tendencia es la que han tomado la mayoría de tribunales arbitrales con posterioridad al caso Lagergren. Por ejemplo, en el caso CCI No. 3913 de 1980, el Tribunal Arbitral halló que en el contrato materia de

44. Cfr. T. MARTIN, *International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard*.

45. *Ibidem*.

la controversia existían indicios respecto a que se habían efectuado coimas a servidores públicos franceses para la adjudicación de un contrato. Pese a ello, el Tribunal Arbitral se declaró competente para conocer sobre el fondo de la controversia en la que, con base en las pruebas aportadas por las partes, halló que efectivamente dichas coimas se habían efectuado. Por ello, al considerar que la ley francesa aplicable al caso, prohibía dichos actos, declaró el contrato nulo basándose también en el orden público verdaderamente internacional⁴⁶.

Análisis similares respecto a la jurisdicción se han realizado en los casos CCI: No. 3916 (1982)⁴⁷, No. 4145 (1983, 1984 & 1986)⁴⁸, No. 5622 (1988 & 1992) o Caso *Hilmarton c. OTV*⁴⁹, No. 6248 (1990)⁵⁰, No. 6662 (1992) o caso *Westman International Ltd.*⁵¹, No. 7047 (1994)⁵², No. 8891 (1998)⁵³, No. 9333 (1998)⁵⁴.

En todos estos casos, como ha quedado señalado, los tribunales arbitrales independientemente de las consideraciones que hayan tomado respecto de los contratos materia de arbitraje en los que existían indicios de actos de corrupción, se declararon competentes en virtud de los principios *kompetenz-kompetenz* y de separabilidad de la cláusula arbitral.

En nuestro criterio, esta nueva tendencia que surgió con posterioridad al caso CCI No. 1110 desde inicios de los ochenta y hasta finales de los noventa, toma un criterio adecuado en cuanto a la aplicación de los dos principios antes mencionados. Esto, debido a que de declararse incompetentes no sólo violaría la voluntad de las partes expresada en la cláusula arbitral, sino que además dejarían a los litigantes en indefensión respecto a la situación contractual.

Esto no significa que todos aquellos casos en los que se vean inmersos actos de corrupción pueden ser dirimidos mediante arbitraje. Las excepciones dependerán de cada caso, como por ejemplo, la existencia de un

46. Cfr. Y. DERAÏNS, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-85*, Kluwer Law International, p. 497.

47. *Ibidem*, p. 507.

48. *Ibidem*, p. 559.

49. Cfr. Y. DERAÏNS, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, Kluwer Law International, p.220.

50. *Ibidem*, p.239.

51. Cfr. Sentencia tomada de: M. GONZALO QUIROGA, *supra* nota. 19. p.75.

52. Cfr. Y. DERAÏNS, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, Kluwer Law International, p 32.

53. *Ibidem*.

54. *Ibidem*.

objeto ilícito en la cláusula arbitral considerada independientemente. Un ejemplo de aquello se da en casos en los que se determine que el objeto de la cláusula arbitral –o más bien una especie de causa– era únicamente huir de la justicia ordinaria de determinado país para ocultar los actos de corrupción que se desarrollaron en el contrato o cuando la ilegalidad del contrato afecte de manera irrefutable a la cláusula arbitral como en los casos CCI No. 7047 (1994) conocido también como caso *Westacre*⁵⁵ o CCI No. 6401 (1991) conocido también como caso *Westinhouse*⁵⁶.

3.2. Si el tribunal arbitral decide favorablemente sobre su competencia ¿Cuáles son los parámetros a seguir en el laudo de fondo?

Si bien podría pensarse que este apartado no corresponde a la materia analizada en el presente trabajo en razón de que no se refiere al análisis de aspectos jurisdiccionales de controversias que incluyan actos de corrupción en el comercio internacional; creemos importante mencionarlo de manera breve para señalar algunas particularidades respecto al laudo de fondo proferido en controversias que incluyen actos de corrupción. Además, esta breve introducción, servirá de causa para lo que estudiaremos en la última parte de esta monografía en relación con la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

Como hemos adelantado en la primera parte de este trabajo, el deber principal de un tribunal arbitral cuando le es sometida una controversia para su decisión, es cuidar que el laudo que vaya a proferir sea ejecutable internacionalmente. En esta virtud, para decidir sobre la situación de fondo en un arbitraje, al tribunal no debe limitarse a la interpretación de la legislación aplicable al contrato o *lex contractus*, sino que debe considerar los principios que informan el orden público verdaderamente internacional, ya que sólo así podrá asegurar, *prima facie*, su ejecutabilidad internacional.

En este sentido, como hemos analizado previamente, existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia respecto de la sanción civil que debe darse a un contrato cuando ha sido procurado a través de actos de corrupción; esta es, su nulidad insubsanable. Así por ejemplo, MANTILLA

55. Cfr. *supra* nota. 36.

56. Cfr. *supra* nota. 41.

señala en referencia a los contratos que involucran actos de corrupción, que “la sanción de estas convenciones de corrupción sería la nulidad por objeto o causa ilícitos, lo cual importaría su invalidez, en principio, retroactiva”⁵⁷. En el mismo orden de ideas, REDFERN & HUNTER establecen que la sanción que debe dar un tribunal arbitral a un contrato de esta categoría es invalidarlo⁵⁸.

Pese a ello y como hemos mencionado, la decisión *prima facie* dependerá de la *lex contractus* y el ejercicio que, en relación con el conflicto de leyes, haga el tribunal al que se someta la controversia.

En la misma línea, el caso CCI No. 3913 que hemos citado, nulitó un contrato en el que hubo actos de corrupción por contravenir tanto la ley francesa (*lex contractus*) como el orden público internacional⁵⁹.

Es en este sentido en el que resulta de primordial importancia que los tribunales arbitrales apliquen el orden público verdaderamente internacional en concordancia con la legislación aplicable al contrato, ya que en caso negativo y de sólo aplicar la legislación interna aplicable comprometería su ejecutabilidad a nivel internacional y fallaría en su obligación principal de proferir un laudo efectivo.

La lucha contra la corrupción y el respeto al orden público internacional han llegado hasta tal punto que los tribunales arbitrales han mutado los principios que rigen la práctica de la prueba en el arbitraje internacional con el fin de evitar la impunidad de actos de éste tipo. Así por ejemplo, en el caso CCI No. 8891, el tribunal consideró que era muy difícil para la parte que alegaba corrupción, probarla, y por lo mismo, invirtió la carga de la prueba e incluso intervino de oficio para investigar los indicios y determinar que en efecto existieron actos de corrupción en la relación contractual. Esto tuvo como efecto la declaratoria de nulidad del mismo⁶⁰.

El laudo dictado en el caso CCI No. 6248 fue aún más allá y decidió inaplicar el principio de *estoppel* o doctrina de los actos propios en un contrato

57. *Supra* nota. 2.

58. *Cfr. supra* nota. 4. pp.132-133.

59. *Cfr. Y. DERAÏNS, Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, Kluwer Law International, p. 497.*

60. *Cfr. supra* nota. 41.

que envolvía actos de corrupción. Por ello, permitió que la parte que incitó a los actos de corrupción la alegue y emitió un fallo declarando nulo el contrato con el fin de salvaguardar el orden público verdaderamente internacional. Sin embargo, el tribunal fue tajante en negar la pretensión de la parte solicitante en lo referente a la restitución integral del contrato a su estado anterior, evitando así que dicha parte se beneficie de su propio dolo⁶¹.

Esta situación ocurrió nuevamente en el caso *Thales c. Taiwán* administrado recientemente por la CCI. En este caso, las dos partes habían firmado un contrato para que Thales, una empresa francesa, vendiera a Taiwán seis fragatas de categoría Lafayette. Dicho contrato establecía claramente una cláusula que prohibía el pago de comisiones o pagos extras por la venta de las fragatas. La controversia surgió cuando el gobierno de Taiwán se percató que el precio de las fragatas había sido inflado y en dicha transacción habían participado tanto el gobierno francés, agentes de la compañía Thales y agentes del gobierno de Taiwán. Además, salió a la luz que el gobierno francés pago más de US\$500 millones de dólares en coimas para lograr la firma del contrato. Por esta razón, el gobierno de Taiwán al investigar el caso, inicio un arbitraje argumentando que la compañía Thales violó la cláusula que prohibía el pago de comisiones ajenas al objeto del contrato. Adicionalmente, siguió las acciones penales correspondientes.

El gobierno de Taiwán solicitó dentro del arbitraje más de US\$800 millones de dólares en daños, de los cuales US\$591 se referían al pago de coimas realizadas por el gobierno francés y la mencionada compañía.

Thales aceptó el hecho ilícito, pero sustentó su defensa en la solidaridad o al menos proporcionalidad del pago por parte del gobierno francés, de aquello solicitado por Taiwan por daños en razón del pago de coimas⁶².

El Tribunal, después de las investigaciones pertinentes, emitió un laudo en el que mandó a pagar a Thales y el gobierno francés US\$875 millones de dólares. Posteriormente, se planteó por parte de Thales una acción de nulidad del laudo ante la Corte de Apelaciones de París, la cual fue rechazada⁶³.

61. Cfr. Y. DERAIS, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, Kluwer Law International, p. 239.

62. Cfr. C. NICHOLS, *Corruption and Misuse of Public Office*, Oxford, pp. 331-332.

63. Cfr. UPI.com, *Thales pays up in Taiwan frigate battle*, en: http://www.upi.com/Business_News/Security-Industry/2011/07/15/Thales-pays-up-in-Taiwan-frigate-battle/UPI-56631310764247/.

De esta manera podemos percatarnos cómo independientemente de las acciones penales a que haya lugar, el tribunal tomó un rol activo en el caso y decidió nulificar el contrato y condenar a quien provocó los actos de corrupción a pagar al perjudicado por el sobreprecio y las coimas que tuvieron lugar en el desarrollo del contrato.

Esta situación podría replicarse en el caso de los sesenta aviones *Mirage Fighters* que compró Taiwán a Francia en 1992 mediante un contrato similar y en el que se han descubierto irregularidades y pagos de comisiones⁶⁴.

Así, observamos cómo resulta primordial la protección que realizan los tribunales internacionales al orden público verdaderamente internacional mediante la sanción civil a los contratos en los que se han suscitado actos de corrupción. Esto nos lleva a tratar el siguiente punto de esta monografía, en referencia al rol o actitud que deben tomar los árbitros frente a este tipo de controversias.

3.3. El rol del tribunal arbitral en los conflictos que incluyen actos de corrupción

Como hemos venido develando a lo largo del desarrollo de este trabajo, un tribunal arbitral que se enfrenta a la resolución de una controversia en la que están inmersos actos de corrupción puede tomar distintas posiciones, tanto en relación a temas jurisdiccionales como sobre el fondo del caso en el supuesto de que se considere competente.

Respecto a la jurisdicción, el tribunal puede tomar un rol activo y declararse competente para conocer sobre la reclamación que incluye actos de corrupción, en virtud del principio *kompetenz-kompetenz* y el de separabilidad de la cláusula arbitral.

Sin embargo, el tribunal también puede tomar lo que la doctrina ha llamado “el rol negativo y pasivo”, como sucedió el caso CCI No. 1110 en el que el árbitro único decidió que las controversias relativas a las denuncias

64. Cfr. Military of China, Force Comment, *Taiwan said the aircraft procurement bribery case may have been bribes to be demanded that France return*, fecha 2011-09-01 en: <http://www.9abc.net/index.php/archYves/23740>.

de corrupción, no se encasillaban en el ámbito de los asuntos que pueden ser considerados como arbitrables⁶⁵.

El papel del árbitro en esos casos es desconocer su jurisdicción y evitar pronunciarse sobre un contrato que viola el orden público verdaderamente internacional. Esta situación, a nuestro criterio, resulta inconveniente, puesto que provoca que las partes tengan que iniciar una especie de *forum shopping* hasta lograr que algún tribunal se declare competente y resuelva sobre el fondo de la controversia. Además, este rol pasivo tiene un valor limitado para la parte que fue víctima de la corrupción, ya que no resuelve la controversia sino únicamente la dilata⁶⁶.

Es nuestro criterio que, el tribunal arbitral en estas circunstancias, debe tomar un rol activo que se compadezca con la voluntad expresada por las partes en la cláusula arbitral, lo cual implica aplicar los principios *kompetenz-kompetenz* y de separabilidad que informan el sistema arbitral y, únicamente, en casos excepcionales en los que la cláusula arbitral esté contagiada *per se* de un vicio de nulidad, podrá denegar su ejecución y declararse incompetente para conocer la controversia de fondo.

En relación con los méritos de la controversia, el tribunal también puede tomar distintos roles. Como señalan REDFERN & HUNTER el árbitro que decide favorablemente a su jurisdicción en casos en los que intervienen actos de corrupción puede tomar dos roles diferentes. En el primero, el tribunal toma un papel inquisitorio. Esto significa que el tribunal, aun cuando las partes no hayan alegado corrupción, la analizará *ex officio* en el laudo de fondo⁶⁷. De esta manera, proferiría un laudo de méritos basado en una investigación propia, para lo cual deberá a su vez sustentarse en pruebas solicitadas y ordenadas de oficio a conveniencia del tribunal⁶⁸.

Sin embargo, tomar este rol activo podría generar consecuencias adversas ya que podría considerarse que el laudo conlleva un vicio de incongruencia (*extra petita*), lo que a su vez podría ser causa de su nulidad en la sede del arbitraje o su inejecutabilidad a la luz de la Convención de Nueva

65. Cfr. O. MAKINWA, *Civil Remedies for International Corruption: The Role of International Arbitration*.

66. *Ibidem*.

67. Cfr. *supra* note. 41.

68. *Ibidem*.

York⁶⁹. Claro está, que ello dependerá de la cultura jurídica y legislación aplicable al caso, puesto que en muchos cuerpos normativos civiles como el ecuatoriano, las causales de nulidad absoluta –como sería el caso del objeto ilícito del contrato procurado mediante corrupción– pueden ser declaradas de oficio por las cortes y tribunales. En todo caso, parecería ser claro que el principio de congruencia procesal se vería vencido frente a la nulidad absoluta de un acto jurídico en cualquier ejercicio de ponderación.

La otra opción se consolida en un rol pasivo del tribunal arbitral. En este escenario, el órgano juzgador, aplicando a rajatabla el principio dispositivo, se remite a fallar sobre las pretensiones procesales de las partes y, aun frente a evidencia clara de corrupción en el contrato, no la declara. Sin embargo, en estos casos la ejecución del laudo podría verse comprometida por la contravención del laudo al orden público verdaderamente internacional. Además, el tribunal arbitral estaría incumpliendo su principal deber de proferir un laudo válido y ejecutable⁷⁰.

A nuestra manera de ver, un rol pasivo respecto de los méritos de la controversia resulta inconveniente, puesto que el tribunal estaría desnaturalizando la esencia misma del arbitraje como método efectivo de resolución de disputas⁷¹. Por otro lado, un rol pasivo podría encubrir actuaciones colusorias de partes que, por conveniencias personales, no mencionen en juicio el vicio de corrupción.

Es por eso que, a nuestro criterio, los tribunales arbitrales deben emprender un rol activo en lo relacionado al fondo de la controversia. Así, haciendo honor a su cualidad de guardián del comercio internacional y a sus obligaciones respecto a la ejecutabilidad del laudo, debe declarar la nulidad del contrato principal, incluso de oficio a falta de una petición clara de las partes en el proceso.

Este criterio informó la decisión del caso CCI No. 8891, en el cual el Tribunal resaltó el carácter inquisitivo que debe tener el procedimiento arbitral cuando se evidencian vestigios de actos de corrupción en el contrato materia de la controversia⁷².

69. *Cfr. supra* nota. 4. p. 134.

70. *Ibidem*.

71. *Cfr. supra* nota. 41.

72. *Ibidem*.

Sin embargo, la lucha contra la corrupción conlleva no solo un rol activo por parte de los tribunales adjudicadores de justicia, sino además esfuerzos legislativos por parte de los Estados. Dichos esfuerzos deben concentrarse tanto en leyes sustantivas aplicables al comercio –estableciendo de manera expresa el carácter ilegal de los contratos procurados mediante actos de corrupción y su correspondiente anulabilidad a ser declarada de oficio o petición de parte por el juzgador–, como en leyes procesales y arbitrales que dejen clara la arbitrabilidad de las disputas contractuales en lo referente a la corrupción que afecta al acto negocial.

De esta manera, se desmitificaría el carácter de no arbitrable respecto de estas disputas y además se evitaría lo que, en palabras de MANTILLA, constituye una legislación cómplice de la corrupción, que no la castiga expresamente y, por lo mismo, se vuelve permisible frente a sus efectos⁷³.

3.4. Las implicaciones de los casos en los que se ven inmersos actos de corrupción respecto de su ejecución a la luz el Art. V (2) (a) y (b)

La Convención de Nueva York es conocida por ser el instrumento con mayor acogida dentro del Derecho Internacional Público. Esto se debe a que la mayoría de países la han ratificado y por ello, es la norma de mayor aplicación en lo que respecta a la ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Por otro lado, es importante recalcar que la Convención de Nueva York dota a todos los laudos arbitrales extranjeros de una presunción de ejecutabilidad. Dicha presunción es de aquellas consideradas “de hecho” o “*iuris tantum*”, lo que significa que admite prueba en contrario; que en el caso de la Convención, se consolida en las causales de denegación establecidas en el artículo V de su texto.

En este apartado, analizaremos las principales particularidades de los laudos proferidos en controversias que incluyan actos de corrupción, tomando especial consideración al artículo V.2. (a) y (b). Estos literales del se refieren, respectivamente, a la causal de denegación por falta de jurisdicción *ratione materiae* y a la relacionada con la violación, por parte del laudo, del orden público del Estado donde se busca la ejecución.

73. Cfr. *supra* nota. 2.

En la práctica, la historia de la Convención de Nueva York, muestra que no existen mayores casos en los que se haya denegado la ejecución de un laudo por contravenir al orden público. Sin embargo, esta causal será siempre de importante consideración cuando se trate de la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, ya que su objetivo es proteger las convicciones morales más básicas, del país del foro⁷⁴. De hecho, de todos los arbitrajes administrados por la CCI entre 1976 y 1998, existen únicamente once casos en los que se ha denegado efectivamente la ejecución de un laudo arbitral por contravenir el orden público⁷⁵.

Para VAN DEN BERG ambos casos, es decir las causales de denegación expuestas en los literales (a) y (b) del artículo V.2 antes mencionado, traen a colación cuestiones referentes al orden público.

Las del literal a) se refieren a la arbitrabilidad de la materia acorde al país donde se quiera ejecutar⁷⁶, y por lo mismo, depende de la legislación interna de cada país. Por esta razón, resulta de trascendental importancia que dicha legislación opere a favor de considerar la arbitrabilidad de contratos en los que se vean inmersos actos de corrupción.

El literal b), por su redacción amplia, abre el espectro a distintas categorías de alegaciones que podrían hacerse en pro de la inejecutabilidad de un laudo arbitral extranjero. En la práctica, la mayoría de casos fundamentados en esta causal se han decantado en alegaciones sobre violaciones al debido proceso, imparcialidad y falta de motivación de los laudos⁷⁷. Sin embargo, han existido dos casos sometidos a ejecución en la jurisdicción inglesa en los que la Corte discutió esta causal en relación con actos de corrupción alegados por las partes.

74. Cfr. J. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law International.

75. Cfr. J. VAN DEN BERG, "Refusal of Enforcement under the New York Convention of 1958: The Unfortunate Few" in F. GELINAS, *Arbitration in the Next Decade* ICC Publishing, Paris: 1999) p. 88.

76. *Ibidem*.

77. *Ibidem*.

3.4.1. El caso *Westacre Investments Inc. c. Jugoimport-SDRP Holding Co Ltd.*

El primero de ellos es el caso *Westacre Investments Inc. c. Jugoimport-SDRP Holding Co Ltd.*⁷⁸. El caso involucraba el pago de sobornos a funcionarios de Kuwait para obtener éxito en la adjudicación de un contrato de suministro. Los demandados invocaron la ilegalidad del contrato. La ley elegida por las partes era la suiza y el reglamento aplicable al arbitraje era el de la CCI. El tribunal arbitral rechazó las acusaciones de corrupción y se pronunció a favor de los demandantes, quienes solicitaron la ejecución del laudo en Inglaterra. El caso fue conocido por la Corte Inglesa de Apelaciones, que sostuvo que el laudo era ejecutable y ordenó su ejecución.

La Corte basó su decisión en argumentos puramente procesales. Así, estableció que la respuesta al caso depende de la ilegalidad alegada por la parte que se opone a la ejecución del laudo. En ese sentido, argumentó que únicamente cuando la ilegalidad alegada imposibilita que el tribunal arbitral se declare competente, la corte de ejecución debe denegar la petición de ejecución. Caso contrario, si no existe ilegalidad alguna respecto de la competencia del tribunal arbitral, la corte de ejecución debe respetar, *prima facie*, la decisión del tribunal arbitral –que en este caso resolvió que no existía violación de orden público en cuanto a la ley aplicable al caso–⁷⁹.

Como puede observarse, en este caso la Corte de Apelaciones de Inglaterra realizó su análisis enfocado en si el laudo, *per se*, violentaba el orden público, sin tomar en cuenta el contrato con base en el cual el tribunal arbitral profirió el laudo. En este sentido, la Corte obró acorde al principio de separabilidad y, por lo mismo, concluyó que al no existir un pronunciamiento del tribunal arbitral en contra de la jurisdicción, y, al éste establecer que no existió ilegalidad en el contrato; mal haría la Corte en denegar la ejecución de dicho laudo, puesto que irrespetaría el acuerdo de las partes y la decisión del tribunal.

78. Cfr. *Westacre Investments Inc. v Jugoimport-SDRP Holding Co Ltd.*, disponible en: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLawReports/Westacre%20v%20Jugoimport%201999.pdf>.

79. Cfr. X. ANDRADE, *Theory and Practice of Public Policy Defense*.

La doctrina se encuentra dividida en relación con el resultado de este caso. Por un lado, quienes aplauden la decisión, señalan que le tribunal obró acorde a Derecho, especialmente en consideración al *English Arbitration Act* de 1975. Dicho cuerpo normativo, únicamente faculta la denegación por parte de la Corte cuando “sea contrario al orden público ejecutar el laudo”⁸⁰ en contraste con la legislación de 1920 que facultaba la denegación cuando la causa o acción procesal en los méritos son contrarias al orden público⁸¹.

Por otro lado, quienes la condenan, señalan que la Corte cometió un grave error al divorciar el laudo de aquello que sustantivamente le da origen. En este sentido, quienes apoyan esta corriente expresan que la corte de ejecución se encuentra, por naturaleza, imposibilitada de desconocer el contenido del laudo cuando la parte que se opone a su ejecución alega violaciones al orden público⁸².

Concordamos con esta última perspectiva. En nuestro criterio, el análisis respecto a si un laudo contraviene el orden público de un Estado, no puede limitarse a un perspectiva puramente procesal. Si bien el orden público en una de sus facetas pretende resguardar el buen desarrollo del proceso de administración de justicia –derecho al debido proceso, derecho a la defensa, tutela efectiva de derechos–, su otra cara atiende a la parte sustantiva de las relaciones jurídicas entre particulares. Así, se traduce en una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes, evitando que los actos negociales entre ellas traspasen ese conglomerado de principios primordiales para una nación. Llevado al plano internacional, el orden público transnacional opera, así mismo, como un limitante en las transacciones internacionales entre operadores comerciales.

Es por ello que creemos que la Corte inglesa comete un error en su fundamentación, ya que genera una especie de blindaje para el laudo al “respetar” a ciegas la decisión del tribunal arbitral respecto de sus planteamientos en cuanto a si existió o no violación al orden público. No nos debemos olvidar que el tribunal arbitral es el encargado de dirimir la controversia con base en la legislación aplicable al contrato, lo cual, en principio, obliga también a velar por la protección del orden público que acoge dicha selección normativa de las

80. Cfr. J. HARRIS y F. MEISEL, “Public Policy and the Enforcement of International Arbitration Awards: Controlling the Unruly Horse”, 4 *Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1998, p. 568.

81. *Ibidem*.

82. Cfr. *supra* nota. 76.

partes –decimos en principio, puesto que como hemos mencionado en párrafos anteriores, los árbitros deben velar, además, por la protección del orden público transnacional como norma superior a cualquier consideración jurídica de corte local.

Sin embargo, como ya ha sido esbozado con anterioridad, la corte de ejecución debe considerar las causales de denegación establecidas en los artículos V.2 (a) y (b) de la Convención de Nueva York en concordancia con su ordenamiento jurídico – lo cual significa que el orden público por el que debía velar la Corte inglesa en la acción de ejecución era justamente el inglés⁸³. Por ello, si bien la Corte hace bien en respetar la decisión del tribunal arbitral –lo cual significa que de ninguna manera puede cambiarla equivoca al extender esa deferencia a la etapa de ejecución. Esto es así, puesto que, como hemos mencionado, la corte de ejecución debe analizar el fondo de la cuestión jurídica plasmada en el laudo arbitral, para determinar si la decisión con base en los méritos de la controversia, resulta o no violatoria a su orden público. Por ejemplo, la Corte podía haber denegado la ejecución si consideraba que los actos de intermediación a agentes gubernamentales de Kuwait generaban un contrato violatorio del orden público inglés, situación que fue considerada pero desechada cuando el tribunal señaló “[...] aunque dichos actos constituyan una violación al orden publico inglés”⁸⁴.

Se ha criticado a esta postura al señalar que, un análisis en esta línea reabriría los méritos de la controversia, lo cual es a todas luces contrario a la intención de la Convención de Nueva York que plantea el respeto total a la decisión arbitral⁸⁵. Sin embargo, como expresamos con anterioridad, revisar el fondo de la controversia con el fin de determinar violaciones al orden público del Estado ejecutante, de ninguna manera reabre la discusión sobre el fondo del laudo –que será respetado en su inmutabilidad- sino que únicamente determina si su ejecución podrá ser denegada en caso que la corte pertinente decida positivamente sobre las violaciones antes mencionadas.

Por estas razones, sostenemos que un análisis de la corte de ejecución, que considere al laudo como un pieza procesal únicamente, erra de insuficiente

83. Cfr. A. VAN DEN BERG, *New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement*, ICC International Court of Arbitration Bulletin – Vol. 18/No. 2 – 2007.4

84. Cfr. *supra* nota. 75.

85. Cfr. *supra* nota. 76.

frente a la defensa del orden público que, por su naturaleza, abarca un estudio sustantivo y procesal de la decisión final del tribunal arbitral.

3.4.2. El caso *Hilmarton c. OTV*

Algo parecido sucedió en el caso *Hilmarton c. OTV*. En el caso, OTV contrató con Hilmarton con el fin de que esta última preste sus servicios de intermediación y cabildeo para lograr con éxito la adjudicación de un contrato en Algeria. La contraprestación sería un porcentaje de comisión si el contrato efectivamente le fuese adjudicado. El contrato establecía como legislación aplicable la suiza y un arbitraje administrado bajo las reglas CCI. *Hilmarton* cumplió con su obligación contractual, sin embargo OTV se negó al pago⁸⁶.

Hilmarton inició un arbitraje para lograr la adjudicación de la deuda y OTV se excepcionó estableciendo que los contratos de intermediación son prohibidos por la ley argelina que era aquella bajo la cual el contrato debía ejecutarse por ser la del lugar del cumplimiento obligacional. El tribunal falló a favor de *Hilmarton* señalando que si bien la ley argelina había sido violentada, la ley aplicable al contrato era la suiza. Además, el tribunal consideró que no existió evidencia clara de actos de corrupción⁸⁷.

Hilmarton inició el proceso de ejecución en Inglaterra. OTV se opuso a la ejecución alegando que el laudo atentaba contra el orden público inglés. Su argumento se centraba en que el laudo violentaba normas mandatorias de la ley argelina; y, dado que Argelia era un país hermano de Inglaterra, el laudo era contrario al orden público inglés. La Corte de Ejecución, en su decisión final, ordenó la ejecución del laudo. Su sentencia se basó en argumentaciones parecidas a las de la Corte de Ejecución en el caso *Westacre Investments Inc.*

La decisión señalaba la clara diferencia entre ejecutar un contrato y ejecutar un laudo arbitral. Puntualizó, entonces, que la Corte no estaba facultada para decidir sobre los méritos del contrato de intermediación,

86. Cfr. E. BROWN, "Illegality and Public Policy – Enforcement of Arbitral Awards in England: *Hilmarton Limited v. Omnium Traitement de Valorization S.A.*" (2000) Int. A.L.R. 2000, 3(1), p. 31.

87. *Ibidem*.

sino únicamente sobre la ejecutabilidad de laudo. Por ello, concluyó que al no existir pruebas fehacientes de existencia de corrupción, no consideraba que haya existido violación alguna del orden público inglés, especialmente, tomando en cuenta la presunción de ejecutabilidad del laudo, establecida tanto en la Convención de Nueva York como en la ley inglesa.

Aunque como hemos mencionado, la decisión del tribunal arbitral en este caso aparenta tener un basamento similar al del caso *Westacre Investments Inc.*, lo que nos llevaría a realizar las mismas críticas esbozadas en párrafos anteriores, existen ciertas consideraciones en la decisión que dan luces respecto a una posible intención de la Corte de denegar la ejecución de un laudo por vicios de corrupción en el contrato sometido a la decisión arbitral.

La Corte inglesa estableció al final de su decisión que en razón de que no se pudo probar la existencia de actos de corrupción en el contrato materia de la controversia –lo que daría paso a consideraciones en torno al orden público inglés– dicha Corte no encontraba violación alguna al orden público inglés que pueda detener la ejecución del laudo arbitral.

Para autores como BROWN, de la decisión en *Hilmarton* únicamente se desprende que una corte inglesa denegaría la ejecución de un laudo arbitral cuando los árbitros hayan pasado por alto –ya sea a través de inadvertencia o en la inaplicación de la legislación aplicable, que a su vez contravengan el orden público inglés– una conducta ilícita notoria⁸⁸.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, la Corte es clara al abrir la puerta para que futuras cortes enfrentadas a decisiones arbitrales en las que se haya probado fehacientemente la existencia de actos de corrupción en un contrato que no haya sido anulado por dicho tribunal, puedan denegar la ejecución de la decisión arbitral a la luz del artículo V.2.b de la Convención de Nueva York por violación al orden público inglés. Esto nos lleva a pensar que la Corte en el caso *Hilmarton* no mostró una deferencia total a la decisión del tribunal arbitral respecto de la causal de orden público –como sucedió en el caso *Westacre Investments Inc.*–, sino que por el contrario consideró necesario analizar el fondo del laudo con el fin de determinar si éste constituye una violación al orden público inglés.

88. Cfr. *Ibidem*. p. 5.

3.4.3. El Art. V.2.b: ¿orden público, local, internacional o verdaderamente internacional?

No existe actualmente un consenso entre doctrinarios y practicantes acerca de a qué concepción de orden público se refiere el artículo V.2.b de la Convención de Nueva York.

Por un lado, hay quienes sostienen de manera tajante que la Convención en ningún caso se refiere al orden público desde una perspectiva internacional y menos a una concepción universal del mismo⁸⁹. Para este sector de la doctrina, el texto de la convención es claro cuando señala: “el orden público de ese Estado”⁹⁰. Añaden, que del texto de la Convención no se depende la intención de generar una interpretación común del concepto de orden público⁹¹.

Sin embargo, como lo denota VAN DEN BERG, esta posición es minoritaria. Este autor señala que cada vez son mayores los casos en que cortes de ejecución aplican esta causal de denegación realizando una diferenciación de los conceptos de orden público internacional y local. Establece que, acorde a su experiencia, sólo existen dos casos en los que las cortes locales de Austria e India realizaron interpretaciones restrictivas al considerar que la causal en cuestión se refiere únicamente al orden público local de un Estado. Señala, además, que esta tendencia tiene sentido por la intención de la Convención de construir una regla de interpretación uniforme respecto de las causales de denegación bajo este artículo⁹².

Esta conclusión es compartida por WIRES quien señala que, a pesar de la supuesta claridad en la redacción de la Convención mediante las palabras “de ese Estado”, son muy pocas las cortes de ejecución que interpretan al orden público como local en relación con la causal del artículo V.2.b de dicho tratado⁹³. Esto guarda concordancia con lo establecido por la Comisión Redactora de la Convención que, en su reporte, mencionó la intención de

89. Cfr. A. MAURER, *Public Policy Exception Under The New York Convention: History, Interpretation, and Application*, Juris Publishing, Inc., June, 2013 p.55.

90. *Ibidem*.

91. *Ibidem*.

92. Cfr. *supra* nota. 80

93. Cfr. J. WIRES, *The Public Policy Sword and the New York Convention A Quest for Uniformity*, December, 2008 pp. 7-8.

limitar la aplicación de la causal de orden público a casos en los que el reconocimiento y ejecución⁹⁴ “sean abiertamente contrarios a los a los principios básicos de la cultura jurídica y el sistema legal del país donde se pretende su ejecución” . Es claro, entonces, que los redactores de la Convención pretendían ampliar el concepto de orden público a una perspectiva más global –considerando el orden público internacional–, restringiendo interpretaciones puramente localistas.

Es nuestro criterio entonces, que la Convención de Nueva York quiso dejar claro que, en la interpretación de la causal del artículo V.2.b no debe considerarse al orden público desde la perspectiva local o doméstica a la que nos hemos referido con anterioridad.

Entonces, ¿podemos concluir que el artículo V.2.b se refiere al orden público internacional únicamente? La respuesta, como en la mayoría de casos en el derecho, no puede ser absoluta.

Para ello, no podemos olvidarnos de las críticas que se ha hecho a la conceptualización del orden público internacional, como un maquillaje creado por los Estados para esconder al orden público doméstico. Sin embargo, como ya hemos estudiado con anterioridad, el orden público internacional no es una visión puramente subjetiva de lo que un Estado considera que debería entenderse como orden público a nivel internacional, sino que esté se informa de elementos como los principios del Derecho Internacional, las leyes de policía y las obligaciones internacionales de los Estados.

Tal vez, el ejemplo más claro de esta notada distinción entre el orden público doméstico y el internacional es el caso francés. En este sentido, el artículo 1502(5) del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés establece, como causal de denegación de un laudo internacional, cuando “el reconocimiento y ejecución sea contrario al orden público internacional”. No obstante, la jurisprudencia francesa ha sido tajante al considerar que al referirse a orden público internacional lo hace desde la perspectiva francesa de dicho concepto, mas no como una alusión al orden público realmente internacional⁹⁵.

94. Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards, 28 March 1955, UN Doc. E/2704 and E/AC.42/4/Rev.1.

95. Sentencia en el caso *Lebanese Traders Distributors v. Reynolds de 27 Octubre de 1994*. Revista Arbitraje 1994 p.709.

Pese a ello, la tendencia a "realmente internacionalizar" el concepto de orden público es una eterna historia de cambio y evolución. Por ejemplo, críticos a la jurisprudencia francesa en torno al artículo 1502(5) del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés como LALIVE y GAILLARD consideran, por ejemplo, que las normas mandatorias o leyes de policía –como las normas proyectivas a partes débiles o normas relacionadas al orden económico del Estado- no deben considerarse dentro del orden público internacional francés, sino únicamente cuando la violación a aquellas atienda a una violación de los principales valores de moral y de justicia⁹⁶.

Conclusión similar fue a la que llegó la Corte de Apelaciones de Estados Unidos del Segundo Circuito en el caso *Parsons & Whittemore Overseas Inc. v. RAKTA* cuando estableció que la denegación de ejecución de un laudo arbitral extranjero solo podía llevarse a cabo cuando dicha decisión viole las nociones más básicas de moralidad y justicia⁹⁷.

Estos conceptos de “nociones más básicas de moralidad y justicia” o “principales valores de moral y de justicia” nos son familiares. Y es que, como mencionamos en párrafos anteriores de este trabajo, el orden público verdaderamente internacional es aquel que recoge estas concepciones mínimas de moral y justicia. Entonces, ¿podríamos aseverar que el artículo V.2.b de la Convención de Nueva York se refiere al orden público verdaderamente internacional?

La doctrina ha sido clásicamente escéptica al considerar un conglomerado de principios universales dentro de la causal de orden público. Esto, señalando que su implementación a nivel internacional generaría dificultades tanto para las partes como los árbitros, especialmente para determinar cuando un principio puede considerarse “verdaderamente internacional”⁹⁸.

Sin embargo, otro sector ha considerado que su aplicación a la luz de la Convención de Nueva York es plenamente válida, siempre y cuando el

96. Cfr. P. LALIVE y E. GAILLARD, *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention In Practice*, 2008, p. 793.

97. Cfr. *Parsons & Whittemore Overseas Inc. v. RAKTA*. 508 F.2d 969, 977 (2d Cir. 1974).

98. Cfr. A. BARRACLOUGHM y J. WAINCYMER, *Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration*, *Melbourne Journal of International Law*, 2005, p. 9.

conglomerado de principios de dicho orden público verdaderamente internacional sea desarrollado con mayor profundidad⁹⁹.

Desde nuestra perspectiva, la doctrina y jurisprudencia que hemos citado a lo largo de este trabajo muestra con claridad la inclinación de tribunales arbitrales y cortes de ejecución a crear estos principios que informen al orden público verdaderamente internacional; uno de ellos el estudiado a lo largo de este trabajo: la lucha contra la corrupción.

En esta línea, CURTIN considera que la dificultad de aplicación o el carácter nuevo de una institución jurídica no pueden ser obstáculos para su inserción en el orden jurídico. Señala como ejemplo a la *lex mercatoria* y el escepticismo de la comunidad jurídica en aplicarlo como una fuente del Derecho Comercial Internacional en un inicio; versus su evolución a lo largo de los años para convertirse en un concepto claro y plenamente aplicable con la ayuda de los actores jurídicos y la jurisprudencia internacional¹⁰⁰. Así mismo, considera que el concepto de orden público verdaderamente internacional irá desplazando a los conceptos de orden público doméstico e internacional, para convertirse en esa colección de principios considerados realmente internacionales frente a la comunidad internacional¹⁰¹.

Concordando con CURTIN, respondemos a la interrogantes planteadas en párrafos anteriores y consideramos que de ninguna manera el artículo V.2.b de la Convención de Nueva York se refiere de manera excluyente a la aplicación del concepto de orden público internacional. Si bien no consideramos pertinente asegurar que las cortes de ejecución deben abandonar inmediatamente el concepto de orden público internacional como causal de denegación; dicho abandono se dará de manera progresiva en razón de la necesaria aplicación del concepto de orden público verdaderamente internacional por las mencionadas cortes y tribunales. Esto permitirá la creación de un orden internacional de principios a ser respetados por las partes y los juzgadores a nivel global.

99. Cfr. J. DOLINGER, *World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws*, 17 Texas Int. L. J., 1982, p.167.

100. Cfr. K. CURTIN, *Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws*, p. 283.

101. *Ibidem*.

4. Conclusión

A lo largo del presente trabajo hemos analizado las principales particularidades a tomar en cuenta por un tribunal cuando una controversia en la que se han suscitado actos de corrupción es sometida a su decisión. De la misma manera, hemos realizado un análisis parecido en relación con el proceso de ejecución de un laudo con estas particularidades frente a las cortes locales.

Para ello, dividimos nuestro trabajo en dos capítulos. En el primero de ellos analizamos de manera introductoria a los actos de corrupción en el comercio internacional, la manera en la que se desarrollan en la práctica, así como también los esfuerzos normativos internacionales que se han desarrollado con el fin de fortalecer la lucha en su contra en el comercio internacional.

Así mismo, nos introdujimos en un estudio preliminar del concepto de orden público. Nuestro análisis sacó a relucir sus tres facetas: el orden público interno, el internacional y el verdaderamente internacional o transnacional. Así mismo, nos introdujimos en un estudio preliminar del concepto en evolución dentro del comercio internacional que pretende generar un conglomerado de principios que rijan las relaciones privadas transfronterizas. En este sentido, concluimos que dicho conglomerado se compone de un conjunto de principios y valores supra constitucionales –como es el caso de la lucha contra la corrupción– que rigen el comercio internacional y que deben ser respetados por todas los Estados con el fin del buen desarrollo de las relaciones comerciales. Puntualizamos, además, la importancia que surge de su aplicación en materia arbitral y cómo los tribunales arbitrales internacionales ejercen la función de guardianes e integradores del orden público transnacional al dirimir una controversia.

Este estudio introductorio nos llevó a nuestro segundo capítulo, en el que esbozamos las particularidades a tomar en cuenta por un tribunal arbitral cuando se encuentra frente a una controversia que incluye actos de corrupción. Subdividimos nuestro estudio en cuatro partes principales.

La primera de ellas se encargó del estudio de los aspectos jurisdiccionales respecto del proceso arbitral y, en especial, determinar la arbitrabilidad de la materia en discusión. Con base en un análisis de doctrina y juris-

prudencia arbitral internacional concluimos que los tribunales arbitrales deben declararse competentes para conocer sobre las controversias que incluyen actos de corrupción. En esta línea, concluimos que las controversias contractuales que incluyen actos de corrupción, constituyen materia arbitrable, justamente por tratarse de una relación negocial en la que, el límite del tribunal arbitral serían las sanciones civiles a dicho negocio jurídico. Nos apoyamos, además, en los principios *kompetenz-kompetenz* y de separabilidad de la clausula arbitral, en virtud de los cuales el tribunal arbitral es el ente exclusivo facultado a decidir sobre su propia competencia, situación sobre la cual puede inclinarse favorablemente, incluso si el contrato principal adolece de un vicio insubsanable –como sería la ilicitud de su objeto en relación con los actos de corrupción– que lo torne nulo.

Posteriormente, nos adentramos al análisis de las particularidades que debe tomar en cuenta el tribunal en el laudo de fondo. Notamos que, en la mayoría de la jurisprudencia analizada, los tribunales arbitrales declararon la nulidad de los contratos materia de la controversia, considerando que los actos de corrupción mediante los cuales el contrato fue procurado, eran contrarios a la ley aplicable al fondo, así como también laudo válido y ejecutable la luz de las disposiciones de la Convención de Nueva York.

Proseguimos con la tercera parte del capítulo en donde esbozamos el que, a nuestro criterio, debe ser el rol a tomar en cuenta por parte de los árbitros en un proceso con estas particularidades. Concluimos que, tanto en la etapa jurisdiccional como en la de fondo, el tribunal debe obrar mediante un rol activo. Respeto de la jurisdicción consideramos que, con base en los principios del derecho arbitral –*kompetenz-kompetenz* y separabilidad– el tribunal debe declararse competente para conocer las controversias de este tipo y evitar una situación de indefensión como la ocurrida en el enigmático caso CCI No.1110. Respecto al fondo, concluimos que el rol activo que debe tener el tribunal arbitral requiere una actitud inquisitiva. Esto significa que el tribunal debe incorporar al proceso los hechos de corrupción, incluso cuando las partes no los alegaren expresamente. Agregamos además, que dicha actitud inquisitiva debe incluir la solicitud de pruebas pertinentes y, de evidenciarse la corrupción, culminar con la sanción del contrato. Concluimos también, que es necesaria una actitud proactiva por parte de los Estados en cuanto a tomar medidas legislativas en pro de la lucha contra la corrupción para facilitar la actividad de los árbitros al momento de laudar.

Por último, nos adentramos al estudio de las implicaciones que derivarían de controversias que implican actos de corrupción en su fase de ejecución a la luz de la Convención de Nueva York, en especial el artículo V.2.b. Para ello dividimos nuestro análisis en dos partes. La primera analizó los casos *Westacre Investments Inc. C. Jugoimport-SDRP Holding Co Ltd.* y *Hilmarton c. OTV*, en los cuales la parte que se oponía a la ejecución del laudo se fundamentó en la causal del artículo V.2.b, alegando actos de corrupción y violaciones a la legislación aplicable. La segunda, por su parte, se enfocó en determinar a qué faceta del orden público se refiere el dicho artículo del mencionado cuerpo normativo.

En la primera parte de este capítulo realizamos un análisis crítico de las sentencias antes mencionadas. Concluimos que, a nuestro criterio, las cortes inglesas erraron en su interpretación y aplicación del artículo V.2.b, que les llevó a concluir que los laudos eran ejecutables pese a las alegaciones de corrupción de la parte accionada. En este sentido, denotamos que el error consiste en aplicar una extrema deferencia a la decisión del tribunal arbitral en relación con las alegaciones de orden público a la luz de la legislación aplicable y la supuesta re-apertura de los méritos de la controversia. Nuestro cuestionamiento se fundamentó en que la corte de ejecución debe analizar el laudo como una realidad jurídica a la luz de su ordenamiento jurídico y de su visión del orden público, y no únicamente como una pieza procesal independientemente de la opinión que, al respecto de la legislación aplicable al contrato, haya tenido el tribunal arbitral. Aclaremos que esta posición de ninguna manera se constituye en una re-apertura de los méritos de la controversia repudiada por la Convención de Nueva York, sino únicamente en el control estatal –que no implica volver a decidir, sino determinar la admisibilidad o inadmisibilidad de la acción– que debe realizar la corte de ejecución respecto al laudo que pretende introducirse en su jurisdicción para ser ejecutado.

En relación con la segunda parte, sobre la base de la jurisprudencia que aplica el artículo V.2.b de la Convención, concluimos preliminarmente que dicho cuerpo normativo excluye la aplicación del orden público local o doméstico. Dicha conclusión se basó, primordialmente, en el reporte de la Comisión Redactora que estableció la necesidad de considerar a la causal de manera internacional y flexible. Denotamos, además, que la mayoría de cortes de ejecución –liderada por la corriente francesa– aplican la visión del orden público internacional a la causal en discusión. Sin embargo, puntuali-

zamos lo que, a nuestro criterio, se muestra como una tendencia jurisprudencial arbitral y doctrinaria de incluir dentro de la causal del artículo V.2.b al orden público transnacional. Para el efecto, señalamos la tendencia doctrinaria enfocada en evitar la inclusión de conceptos puramente domésticos –como las leyes de policía– en la interpretación del orden público internacional; tendencia que se compadece con los numerosos laudos arbitrales que fundamentan sus decisiones en el orden público verdaderamente internacional.

Por ello, concluimos que, sino exclusivamente, al menos mayoritariamente las cortes locales deben interpretar la causal del artículo V.2.b de la Convención de Nueva York a la luz del orden público transnacional, lo cual permitirá generar un conglomerado de principios y estándares internacionales a ser seguidos por partes, cortes y tribunales en el desarrollo del comercio internacional.