

# ***Práctica arbitral***

Recibido: 10 octubre 2017  
Aceptado: 20 noviembre 2017

Arbitraje, vol. X, n° 2, 2017, pp. 425–434

## ***Arbitraje, buena fe, corrupción y orden público, en su dimensión internacional***

Leonel PEREZNIETO CASTRO \*\*

### **I. Introducción**

Recientemente se ha replanteado el concepto del orden público en el arbitraje comercial internacional en su doble sentido: uno, como excepción, en base a la cual el juez del foro, rechaza el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero, o sea la concepción tradicional que fue consagrada en la Convención de Nueva York como uno de los criterios conforme a los cuales el juez nacional puede dejar de reconocer dentro de su territorio, los efectos de una sentencia arbitral extranjera por ser contraria a los valores que debe proteger a la sociedad (art. V.2°.b). El otro aspecto del orden público está vinculado directamente con el arbitraje e íntimamente relacionado con la arbitrabilidad<sup>1</sup>; en la que se distingue el ámbito de la jurisdicción con objeto de determinar en qué materias la autonomía de la voluntad es susceptible de prorrogar la competencia de los tribunales judiciales a favor del arbitraje. En la presente ponencia me referiré concretamente a la forma en que el concepto del orden público, que ha sido tradicionalmente una categoría interna, empieza a internacionalizarse a través de conceptos, tales como la Buena Fe, el

---

\* Ponencia presentada en el XI Seminario de Derecho internacional privado organizado por la Universidad Autónoma de Barcelona y el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (25 a 27 octubre de 2017).

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad de París. Profesor de Carrera de Tiempo Completo, Titular "C" en la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador Nacional Nivel III (CONACyT). Actualmente es el Director del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México. El autor agradece el apoyo que le fue brindado por la Dra. Yaritza Pérez Pacheco para la elaboración de esta ponencia

<sup>1</sup> Para una consulta actualizada y completa sobre el concepto, *vid.* P. Hollander, "Report of the concept of Arbitrability under New York Convention", *Disp. Res. Intl*, vol. 11, n° 1, mayo 2017, pp. 47 ss.

Fraude y la Corrupción, con sus referentes también internacionales. Serán estos temas, los que propongo abordemos en esta ponencia.

## II. El concepto del orden público y su internacionalización

Para el Derecho internacional privado el concepto del orden público en su acepción tradicional es uno de los ejes sobre el cual se sostiene el sistema conflictual tradicional y significa una noción que eventualmente puede ser disruptiva del libre juego de la norma de conflicto. Por esta razón, desde el siglo XIX este tema ha sido objeto de amplia discusión en la doctrina y también en la jurisprudencia, que ha tomado partido sobre esta noción, en diferentes direcciones.

Después de haber pasado por una serie de tamicés, la doctrina iusprivatista contemporánea parece que se puso de acuerdo en una sola cuestión acerca del concepto del orden público: que se trata de un concepto cambiante según la época. Así, por ejemplo, en México antes de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1916 (Ley Carranza), el reconocimiento de hijos nacidos fuera de matrimonio y el divorcio, eran actos contrarios al orden público mexicano y cualquier tribunal del foro hubiera considerado como contrarios al orden público; es decir, a los valores morales y jurídicos de la sociedad mexicana de la época ya que, la aplicación de una ley extranjera que los admitiese causaría daño; después de esa fecha, la contrariedad con el orden público desapareció. Como este, se pueden dar otros ejemplos.

Por lo que corresponde a la prórroga de competencia en materia arbitral, a esta institución solo se le conoció dentro de los estrechos límites que plantearon los códigos de procedimientos civiles mexicanos en los cuales se discutió si la prórroga de competencia era admisible en materia mercantil, lo cual quedó definitivamente zanjado con las reformas al Código de Comercio en 1989 pero, sobre todo, con la adopción por México de la Ley Modelo de UNCITRAL a partir de 1994.

Hoy en día la discusión acerca del orden público en México se ha enfocado a los efectos de laudos extranjeros y su posible contrariedad con el orden público mexicano y recientemente se empieza a discutir nuevamente su carácter internacional, que ha sido el objetivo desde hace años, concretamente con las Leyes de Aplicación Inmediata, previstas en la Convención Europea sobre Obligaciones Convencionales de 1980. Ese fue un primer paso hacia la internacionalización del concepto, buscando con ello, conceptos uniformes, en lo posible, en su aplicación en todos los países, como una forma para aligerar al tráfico jurídico-comercial.

En este contexto, la resolución adoptada por la *International Juridical Law Association* (ILA) en 2007, tiene importancia y aporta elementos a esta discusión<sup>2</sup>. Pasemos a analizar algunas de las disposiciones más relevante en el tema que nos ocupa, sobre todo porque se trata de parte de una propuesta de internacionalización del concepto del orden público.

---

<sup>2</sup> [www.ila-hq.org](http://www.ila-hq.org)

La ILA, entre otras cuestiones, establece lo siguiente:

“2 (a) Al verificar el tribunal (nacional) la conformidad del laudo arbitral con los principios fundamentales, sean procedimentales o sustantivos, deberá (el tribunal) hacerlo refiriéndose a aquellos principios considerados como fundamentales dentro de su propio sistema jurídico y no el contexto de la ley del lugar de cumplimiento de aquél, o de la ley vigente en la sede del arbitraje”.

Dicho en otras palabras, esta regla le da la indicación al juez nacional de que no analice la posible contravención del laudo con principios de orden público (ley del lugar de cumplimiento de la obligación —claro está cuando esa ley no sea la del juez nacional— o, en violación a principios de la ley del lugar sede del arbitraje), porque en todo caso estas posibles contravenciones que pueden ser motivo de anulación del laudo, deben ser demandadas ante el tribunal competente para ese efecto (el del lugar sede del arbitraje). En esta circunstancia —indica la disposición en comentario— el juez nacional en el reconocimiento del laudo solo debe ceñirse a verificar si dicho laudo resulta contrario a “los principios considerados como fundamentales dentro de su propio sistema jurídico”.

Ahora bien, ¿cuáles son esos principios fundamentales dentro del sistema jurídico nacional? Aquí hay que hacer una diferenciación: principios fundamentales y reconocidos internacionalmente que tienen que ver con el respeto de las garantías individuales tales como: el derecho de audiencia, el derecho al debido proceso, por un lado, el que el laudo se dicte en una materia en la que exista libre disposición por los particulares o en la que el propio Estado tenga facultades para prorrogar su competencia a favor del arbitraje (arbitrabilidad).

La resolución de la ILA, continúa y establece:

“2 (b) Sin embargo, a efecto de determinar cuándo un principio que forme parte de un sistema jurídico deba ser considerado suficientemente fundamental para justificar la denegación del reconocimiento o ejecución de un laudo, el tribunal deberá tomar en cuenta, por una parte, el carácter internacional del litigio y su conexión con el sistema jurídico del foro, y por otra parte, la existencia o no de un consenso en la comunidad internacional respecto *al principio en cuestión*”.

Nótese que en la disposición se plantean, entre otras, tres cuestiones que la ILA propone deben ser tomadas en cuenta para dilucidar lo que el juez del foro debe entender como “principio fundamental dentro del sistema jurídico nacional” en esta materia. En primer lugar, debe tratarse de un principio fundamental como es el respeto a derechos mínimos de la persona que están igualmente reconocidos internacionalmente. La segunda cuestión, tiene que ver con el vínculo internacional del negocio. Se trata de un principio fundamental en el foro y por tanto su libre disposición interna no es permitida; sin embargo, por la naturaleza propia del asunto, por su carácter internacional, el juez nacional acepta el reconocimiento del laudo para no interrumpir la vida jurídica internacional<sup>3</sup>. En una cuantiosa indemnización fijada por un

<sup>3</sup> En caso *Mitsubishi Corp. U.S. Seler— Plymouth Inc.* 473 U.S. 614 (1985), la Suprema Corte de Justicia de los EE UU admitió una cláusula arbitral en un asunto de Competencia Económica por tratarse de un asunto internacional, cosa que no hubiera hecho si el caso fuera interno.

tribunal arbitral a favor de un alto funcionario de una empresa transnacional, las partes llegaron al acuerdo en que ninguna impugne el laudo y aunque se trate de Derecho laboral, que en México tiene jurisdicción exclusiva a favor de los tribunales laborales mexicanos, el laudo dictado en el extranjero, otorgando prestaciones más altas que las que otorga la ley mexicana, pudiera ser reconocido en México.

Una tercera cuestión, conforme a la ILA, "el tribunal deberá tomar en cuenta, por una parte, el carácter internacional del litigio y su conexión con el sistema jurídico del foro, y por otra parte, la existencia o no de un consenso en la comunidad internacional respecto al principio en cuestión".

Pareciera que estamos frente al contenido de una Regla de Conflicto que dirige al juez hacia tres direcciones: una, la conexión tradicional, con el foro, segunda, lo nuevo, que investigue si el principio que se le pide aplicar tiene un "consenso en la comunidad internacional", lo que indica la aplicación de *lex mercatoria* que incluye, evidentemente otro orden de reglas para regular lo que pudiera haber de orden público. Tercera, no menos importante, es el deber que tiene el juez para declarar la internacionalidad del litigio, lo que le permite analizarlo con mayor flexibilidad.

En el Derecho interno existen principios fundamentales que el juez debe de respetar. Sin embargo, también se debe de respetar la continuidad de la vida internacional y por tanto tendrá el juez del foro que buscar en los principios internacionales aceptados ampliamente (consensuados) por la comunidad internacional y si el principio fundamental interno se encuentra validado internacionalmente, no se aplicará la ley extranjera, susceptible de ser aplicada. Ciertamente es una operación compleja para cualquier juez y, en especial, para un juez mexicano, por lo común poco habituado a este tipo de pesquisas internacionales. La falta de recursos humanos y materiales provoca que nuestros jueces que ya están desbordados de trabajo, hagan una pausa en su quehacer cotidiano y piensen de una manera distinta; que, a través de ese asunto, puedan asomarse al ejercicio del derecho a nivel internacional. México es la onceava potencia exportadora a nivel mundial y cada día más, las familias que inmigran a México de diversas partes del mundo y el desarrollo de los negocios mexicanos a nivel internacional incrementarán la necesidad de solucionar este tipo de problemas. En la práctica judicial mexicana un planteamiento de esta naturaleza hoy en día sería difícil, sin embargo, la ILA con su propuesta internacional lo ha dejado apuntado como un recurso más para conocer y aplicar aquellos principios fundamentales que pueden constituir un rechazo al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros o bien, a su aceptación.

Sobre este tema hay que recordar que dicho criterio tiene cierta relación con lo que, en la práctica, ya se aplica en materia de paneles, como es el caso de los Capítulos XI, XIV, y XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en cuyo articulado y su interpretación por los paneles internacionales, parece admitirse al Derecho Internacional y sus principios, como legis-

lación aplicable para la resolución de los conflictos que pueden plantearse ante esos medios de solución de controversias.

El tema del orden público presenta facetas más interesantes, pero lo que es un hecho es su tendencia hacia su internacionalización. Los principios fundamentales internos tienden a ser discutidos a la luz de la realidad internacional y en ese sentido, las reglas propuestas por la ILA, así como el Código de Ética para los árbitros en disputas comerciales, las reglas de ética de la *International Bar Association* (IBA) y la *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, son, entre otras, de gran importancia, a la vez son el conjunto de reglas en las cuales surge la coincidencia, el cruce de varias reglas que apuntan para tal o cual principio que con el tiempo se integra por los diferentes organismos internacionales, en las reglas que emiten.

### III. Aparición de nuevos conceptos

Otro aspecto en torno de la naturaleza internacional del orden público, analizado desde una óptica diferente. Han surgido nuevos conceptos cuya aplicación, al margen de la Convención de Nueva York, existen como impedimento para que se reconozca un laudo<sup>4</sup> o bien, que el tribunal arbitral, una vez que conozca actos de mala fe fraude o corrupción, declare su falta de jurisdicción. Estas nuevas reglas, con una estructura puramente internacional, es necesario abordarlas a fin de conocer su comportamiento, cómo los jueces o los árbitros las interpretan y las aplican y cuál es la naturaleza propia de dichas reglas, que vienen a formar parte de los principios que regulan la vida internacional.

#### 1. La Buena Fe internacional

Un punto de partida moderno para explorar este concepto se encuentra en los Principios UNIDROIT, principios ampliamente aceptados por la sociedad internacional<sup>5</sup>.

En el cometario al art. 1.7º, se dice:

“Buena Fe y Lealtad negocial. 1. Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional

2 Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”.

Al establecer en términos generales que cada parte debe conducirse de buena fe y con lealtad negocial, el párrafo (1) de este artículo deja claro que en la ausencia de una disposición específica en los Principios, las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando lealtad nego-

<sup>4</sup> Para una interpretación reciente del art. V.2º de la Convención de Nueva York, *vid.* P. Hollander, “Report on public policy exception in New York Convention”, *Disp. Res. Intl*, vol. 10, n° 1, abril 2016, p. 35 ss.

<sup>5</sup> Sobre este particular, consultar: M. Kliuckovsky, “Applicability of Unidroit principles of international commercial contracts in courts and arbitration tribunals”, *Disp. Res. Intl*, vol. 1, n° 2, diciembre 2007, p. 199 ss.

cial<sup>6</sup> a lo largo de la vida del contrato, incluso durante el proceso de su formación<sup>7</sup>.

Este Principio UNIDROIT tiene varios reflejos importantes en los demás Principios, tomemos uno como ejemplo:

“Art. 1.9 (Usos y Prácticas) (1) Las partes están obligadas por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas (2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable”.

Como puede observarse, hay entre otros, tres aspectos que se pueden comentar.

El primero, la obligación a nivel internacional que nace de alguna de las reglas con las que los operadores internacionales realizan su trabajo de comercio, siempre que se trate de un “Uso” que sea “Ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional”, con la especificidad, que ese “Uso” sea observado por “Los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable”. Esto último enfoca hacia la especialidad del Uso en el comercio internacional de cada gremio de comercio e industria a nivel internacional que producen reglas para la industria y comercio y cada vez reglas más especializadas, en la medida de las necesidades del mercado, que pueden ir, desde la fabricación especializada de tornillos hasta el comercio de electrónicos, de ahí que el límite impuesto a las partes es precisamente el que el “Uso” sea “irrazonable”.

En la concepción puramente internacional de la forma descentralizada de creación normativa, por parte de cámaras internacionales de industria y comercio; los principios aprobados por ellas son adoptados por las partes e incorporados en sus contratos, lo que los hace obligatorios entre ellos y pueden ser demandados ante sus respectivos tribunales nacionales. A fin de retomar, lo anterior, es importante conocer en qué medida puede ser analizado el concepto del orden público desde su perspectiva internacional, cómo las reglas internacionales y autónomas serán recogidas por los tribunales nacionales a través de los contratos que firmen los operadores del comercio.

Veamos la cuestión ahora, desde una perspectiva diferente. Los estados saben que no pueden regular las operaciones internacionales de comercio, al menos en su totalidad, porque escapan de su poder, salen del ámbito territorial que les corresponde. Al mismo tiempo, saben de la rapidez que requiere el comercio y su regulación y de la imposibilidad de meterse a regularlo a través de sus lentas estructuras burocráticas. Sin embargo, los estados regulan a este fenómeno en parte, especialmente cuando ese comercio toca su territorio o a partir de convenciones internacionales sobre la materia, lo que

---

<sup>6</sup> El principio de lealtad incluye entre otras cosas, los principios de buena fe y de comportamiento razonable, antes, durante la negociación del contrato y durante la vida del mismo.

<sup>7</sup> *Principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Centro Mexicano de Derecho Uniforme, 2004, p. 25.

los lleva a aplicar normas jurídicas diferentes; mientras tanto, cientos de miles de operaciones de comercio se registran cada día en el mundo. Lo sensato es dejar que los propios industriales y comerciantes fijen sus propias reglas y que las puedan modificar dentro de los plazos que fijen sus instituciones, con objeto de tenerlas al día todo el tiempo. Esto es *Lex Mercatoria*, el derecho o reglas creadas por los comerciantes, a través de los gremios de industria y comercio<sup>8</sup>.

Volvamos ahora al orden público, en el cual comienzan a aparecer manifestaciones importantes para su internacionalización. Para este tema, volvemos con alguna idea manifestada anteriormente, pero necesaria: se trata de la creación de instituciones internacionales, como la del orden público que por ese solo hecho adquieren dimensión diferente, según la vamos a presentar, en algunos de sus elementos más actuales.

El orden público ahora será interpuesto por el juez ante el reconocimiento de un laudo, fuera de su intervención tradicional, basada en el artículo V de la Convención de Nueva York, y lo podrá hacer, precisamente, por la falta de Buena Fe de una de las partes o del tribunal arbitral. Pasemos a ver cómo se puede plantear este último concepto en los llamados "Límites implícitos", en aquellos derechos subjetivos incluyendo en ellos a la autonomía de la voluntad. "La razón justificativa de la incidencia de la buena fe en las libertades públicas residiría en la vinculación de estas libertades a la categoría de derechos subjetivos"<sup>9</sup> y, por tanto, sus límites serán aquellos que se encuentren "Constitucionalizados" a fin de respetar los derechos y sus libertades y por tanto conducir a las personas a actuar de Buena Fe. Una actitud contraria deberá ser reprimida por el juez o el árbitro, con la exclusión de las pretensiones de que se trate, por la parte que quien las invoca de Mala Fe. Pasemos ahora al Fraude y la Corrupción.

## 2. El Fraude y la Corrupción

Estos dos conceptos se les suele interpretar juntos porque en la práctica suelen aparecer de esa forma y existen instrumentos internacionales que los regulan: la Convención sobre el Combate a la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (1997) y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)<sup>10</sup>. En relación a ambos conceptos, estos instrumentos coinciden en que existe una importante práctica internacional en el sentido de que "la parte que obtenga un laudo por fraude no deberá tener derecho a ese laudo"<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Sobre este tema, *vid. Estudios sobre Lex Mercatoria*, México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006.

<sup>9</sup> A. Moreno García, "Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Mayo – agosto 1993, p. 270.

<sup>10</sup> Sobre estos conceptos, *vid. Y. Fortier*, "Arbitrators, corruption, and poetic experience: When power corrupts, poetry cleanses", *Arb. Int'l*, vol. 31, n°3, 2015, pp. 367 ss.

<sup>11</sup> S. Gee, "The Autonomy of arbitrators and fraud unravels all", *Arb. Int'l*, vol. 22, n° 3, 2006, p. 337 ss.

Bajo el Derecho inglés se prevén varios supuestos de fraude que pueden afectar la validez de un contrato; así, en los contratos de seguros son causales de anulación, si se demuestra que: han sido obtenidos bajo coacción, falsificación, influencia indebida (inducir a una persona a actuar de otra manera que por su propia voluntad no hubiere considerado) o no divulgación de la información necesaria que se requiere en el contrato. En el caso de falsificación, la víctima tiene la opción de rescindir el contrato o validarlo<sup>12</sup>. En el caso de los laudos arbitrales, la Ley de Arbitraje inglesa consagra la posibilidad de impugnar un laudo por “irregularidad grave” (*serious irregularity*), siempre que se cumplan con dos requisitos: que se cause una “injusticia sustancial al solicitante” (*substantial injustice to the applicant*) y que la irregularidad encuadre dentro de una de las nueve causales listadas en el art. 68, entre las cuales se destaca la del literal que nos dice: “el laudo (que) se obtuvo mediante fraude o que el laudo o la forma en que se obtuvo es contraria al orden público” (*the award being obtained by fraud or the award or the way in which it was procured being contrary to public policy*)<sup>13</sup>.

En el caso *Commercial Union Insurance Company*<sup>14</sup>, la Corte de Apelaciones de los EE UU, Segundo Circuito, reconoce que, en el contexto del arbitraje, la mayoría de los casos de fraude se producen en los incentivos o estímulos para la celebración del contrato que contiene la cláusula de arbitraje – en este caso, los contratos de reaseguro– o fraude en la obtención del laudo arbitral. En el primer caso, la pregunta que suele hacerse es si le corresponde al tribunal de arbitraje decidir si hubo fraude<sup>15</sup>. La Corte advierte a las partes que los contratos subyacentes se habían ejecutado hace décadas y que *Commercial Union* no alega que existió fraude en ese momento, el fraude ha sido alegado ante el tribunal arbitral. En el segundo caso, el reclamo se centra en que el laudo arbitral se obtuvo mediante fraude. Este tipo de casos generalmente se basan en un fraude que la parte supuestamente lesionada no conocía en el momento del arbitraje<sup>16</sup>.

Quizá la lectura más clara de estos dos conceptos los podemos encontrar en el caso del Arbitraje de Inversión<sup>17</sup>. En varios casos el tribunal arbitral cuando ha conocido de la existencia de un fraude o de un acto de corrupción, prefiere no continuar y declararse sin jurisdicción para conocer del caso<sup>18</sup>. Lo mismo ha sucedido con otros casos, entre ellos un arbitraje vinculado con

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 343.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 353.

<sup>14</sup> La decisión puede consultarse en: <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1033828.html>

<sup>15</sup> Esta Corte ha sostenido en otros casos que para que un tribunal decida el asunto debe existir una relación estrecha entre el fraude y la cláusula de arbitraje. *Vid. Garten v. Kurth*, 265 F.3d 136, 143 (2d Cir.2001); *Campaniello Imports, Ltd. v. Saporiti Italia S.p.A.*, 117 F.3d 655, 667–68 (2d Cir. 1997).

<sup>16</sup> *Vid., v.gr., Bonar v. Dean Witter Reynolds, Inc.*, 835 F.2d 1378, 1383 (11 ° Cir. 1988).

<sup>17</sup> S. Gee, “The autonomy of arbitrators...”, *loc. cit.*, p. 337 ss.

<sup>18</sup> Entre otros, se pueden citar: In *World Duty Free Company vs. Republic of Kenya*, ICSID Case N° ARB/00/7/43 Award, October, 4 de 2006.



España, *Inceysa Vallisoletana. S.L. vs. República de El Salvador*<sup>19</sup>. Lo que más sucede en este tipo de arbitraje es que el inversionista soborna a los funcionarios del país donde realizó su inversión y más tarde, dicho inversionista demanda al gobierno del estado anfitrión. Después de una investigación, surge la forma en que fueron corrompidas las autoridades<sup>20</sup>. Este hecho suele tener una penalidad en los derechos internos, pero lo importante es que también tiene una penalidad internacional, en un doble sentido, primero se pena el hecho de la corrupción con la pérdida de la jurisdicción del tribunal arbitral y, además, el inversionista pierde el derecho a un tratamiento "Justo y Equitativo" que le da el convenio de inversión aplicable<sup>21</sup>, se trata de la aplicación de principios éticos creados internacionalmente.

Lo más reciente son los llamados "arbitrajes a la Odebrecht"<sup>22</sup>, que son una muestra de la utilización fraudulenta del arbitraje, ya que la compañía brasileña no sólo logró la adjudicación de un importante número de obras públicas en varios países latinoamericanos, sino que con el pago de sobrecosto sobornó a funcionarios de los países anfitriones y, por si fuera poco, usó el arbitraje como mecanismo para resolver con rapidez las controversias relacionadas con dichos contratos, obteniendo cuantiosas ganancias producto de condenas al Estado. Para muestra, el caso de los arbitrajes contra el Estado peruano cuyos laudos le concedieron a Odebrecht más de 250 millones de dólares, entre los años 2003 y 2016; el Estado peruano perdió 35 de los 42 arbitrajes que disputó contra Odebrecht por controversias en diferentes proyectos de infraestructura desarrollados en ese país<sup>23</sup>. En estos casos se habla de la "Perversión de arbitraje como instrumento de corrupción", en virtud del uso que Odebrecht le dio a los arbitrajes, por lo que se creó la "Comisión Odebrecht" por parte del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, para revisar todos los arbitrajes en los que participaron abogados ligados a este Colegio<sup>24</sup>.

#### IV. Conclusión

Tradicionalmente el orden público ha operado para limitar a la propia institución arbitral respecto de la justicia estatal bajo el argumento trasnochado de la soberanía del Estado. En los últimos tiempos, se han presentado nuevos desafíos en esta materia, más allá del control del laudo que se dicte (eje-

<sup>19</sup> ICSID Case N° ARB/03/26, Award Agust, 2006.

<sup>20</sup> F.C. Concepción, "Combating corruption and fraud from an international arbitration perspective", *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IX, n° 2, 2016, pp. 369 ss.

<sup>21</sup> G. Wetter Prize, "A Tale of two standards: Fair and Equitable treatment and Minimum Standard in International Law", *Arb. Int'l*, vol. 27, n° 1, 2011, p. 27 ss.

<sup>22</sup> *Vid.* el interesante reportaje sobre los casos de corrupción de Odebrecht en Brasil, Perú y el resto de Latinoamérica, en <https://idl-reporteros.pe/arbitrajes-a-la-odebrecht-lavajato/>

<sup>23</sup> *Gestion.pe* – Grupo El Comercio, en: <https://gestion.pe/politica/gorriti-estado-le-pago-us-250-millones-odebrecht-38-arbitrajes-perdidos-2180261>.

<sup>24</sup> *Vid.* CIAR Global, La Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana, en <http://ciarglobal.com/odebrecht-lava-jato-perversion-de-arbitraje-como-instrumento-de-corrupcion/>.

cución, reconocimiento o anulación), en cuyos supuestos el orden público es una institución a favor del juez quien ejerce un control jurisdiccional del laudo. Hoy el orden público se presenta también a lo largo del proceso arbitral pudiendo trascender en la determinación de la competencia de los árbitros, en la sustanciación de las actuaciones arbitrales y en la determinación del Derecho aplicable al convenio arbitral.

Los árbitros comienzan a cuestionarse si un contrato obtenido mediante actos de corrupción puede ser objeto de un arbitraje internacional ¿Es la corrupción un asunto de orden público Internacional? No se trata de corrupción en el procedimiento arbitral sino de un arbitraje sobre controversias derivadas de un contrato obtenido mediante corrupción.

Los análisis actuales se centran en la determinación de la arbitrabilidad en los litigios con presuntamente indicios de fraude y corrupción.

### Bibliografía

- CONCEPCIÓN, F.C.: "Combating corruption and fraud from an international arbitration perspective", *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. IX, n° 2, 2016, pp. 369 ss.
- FORTIER, Y.: "Arbitrators, corruption, and poetic experience: When power corrupts, poetry cleanses", *Arb. Int'l*, vol. 31, n°3, 2015, pp. 367 ss.
- GEE, S.: "The Autonomy of arbitrators and fraud unravels all", *Arb. Int'l*, vol. 22, n° 3, 2006, p. 337 ss.
- HOLLANDER, P.: "Report of the concept of Arbitrability under New York Convention", *Disp. Res. Int'l*, vol. 11, n° 1, mayo 2017, pp. 47 ss.
- HOLLANDER, P.: "Report on public policy exception in New York Convention", *Disp. Res. Int'l*, vol. 10, n° 1, abril 2016, p. 35 ss.
- KLIUCKOVSKIY, M.: "Applicability of Unidroit principles of international commercial contracts in courts and arbitration tribunals", *Disp. Res. Int'l*, vol. 1, n° 2, diciembre 2007, p. 199 ss.
- MORENO GARCÍA, A.: "Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Mayo – agosto 1993, p. 270.
- SILVA, J.A. (ed.): *Estudios sobre Lex Mercatoria.*, México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006.
- WETTER PRIZE, G.: "A Tale of two standards: Fair and Equitable treatment and Minimum Standard in International Law", *Arb. Int'l*, vol. 27, n° 1, 2011, p. 27 ss.