

Arbitraje y Corrupción. El principio de conservación del contrato versus nulidad de contratos pigmentados de corrupción. Una encrucijada del interés en salvaguardar.

*Huamanzana Hilarión Edilberto Kenyi  
khuamanzana@gmail.com*

## **Introducción.**

En los sendos avances de la inversión; el tema de la industria del arbitraje se adivina estar aislado a suponer como beneficiaria pasiva en el régimen nacional o internacional. Claro, muchos de aquellos reflejan un protagonismo activo, inclusive, podría considerarse el vínculo particular o comercial en estas corporaciones, sobre las cuales tienen un enérgico interés de auxilio a los intereses sobre la base de los regímenes externos. De modo que, el tema de la corrupción, como resultado, refrendados en las negociaciones que indudablemente arriban a arbitraje es embarazoso y/o cuestionable, a lo cual resulta necesario iniciar una plática para montar consensos sobre los aspectos legales y hacer frente sobre lo que se tiene que confrontar en el arbitraje, queda claro que el tema de la corrupción es un fenómeno proscrito a nivel nacional como internacional, sin embargo, el derecho no puede amparar y mucho menos el arbitraje facilitar su conformidad.

Es de conocimiento que toda conducta merece un desentendimiento o rebeldía del deber posicional; para los efectos de corrupción, además, de contemplar una desobediencia reglamentaria sobre la base del puesto o la función que desempeña, así mismo, no es exótica la presencia del fenómeno en el ámbito privado. De modo que la corrupción se dispone a una atención de triunfo en el patrocinio extraocupacional y, además, aquel triunfo debe refrendarse en un aspecto económico, político y/o profesional sobre el cual se vienen conjugando, pero para efectos del acto de corrupción, resulta el asentimiento, solicitud o recepción del mismo. Sin embargo, es preciso tener en cuenta la salvedad del *modus operandi* en las negociaciones con revestimiento de corrupción, es posible diferenciar contratos para corromper y aquellos contratos matizados por la corrupción. En el primer caso, es posible que los intereses sean sumergidos entre las partes que pretenden sobornar y, de ese modo, obtener en las negociaciones el fin ansiado, claro que esta praxis contractual revestiría una sanción de nulidad como lo contemplado, en el caso nuestro, en el art. 219 inciso 4, además, el art. V del título preliminar referido al orden público, del mismo cuerpo normativo respectivamente. Ahora, respecto al segundo asunto, tal vez resulta mucho más dificultoso debido a que su presencia fenomenológica no es propicia para corromper, como lo es en el primer orden, sino que, podría darse el caso en el transcurso de la negociación o contratación se genere ganancias en la obra, o tal vez durante la ejecución de la misma, con el fin de lograr extensión, modificación o adendas y/o otros condicionamientos en favor propio y en perjuicio del Estado. En este último caso, resulta pertinente preguntarse si sería saludable direccionar el problema, en el hipotético caso de preexistencia de una cláusula anticorrupción o causal de nulidad por actos de corrupción, o apuntar por el principio de conservación de los contratos,

contratos como los APPs, además, que interés corresponderían abogarse, cuando en estas negociaciones involucra intereses difusos y una inversión compleja de por medio, además, de su sometimiento a órganos internacionales, cuando el sujeto pasivo resulta el Estado.

### **La encrucijada del interés**

Cuando se tiene que escudar aquellas transacciones involucradas con el fin de lograr lo que primigeniamente nos llevaron a contratar, resulta sencillo teóricamente contemplar mecanismos de solución ante la inobservancia o la activación de una de las cláusulas pactadas, y de ese modo, desvincularse de la negociación que no arribo a buen puerto, tal vez, la activación del gatillo detonante es mucho más humilde que contemplar el contrato mismo y por ello se buscara otras opciones o negociaciones que me permitan satisfacer aquel interés no satisfecho, y de continuarlo lo más probable es que no alcance el objetivo en el tiempo primigeniamente convenido, entonces, optamos por desvincularnos y conseguir una amonestación por el hecho. Sin embargo, las posibilidades en el primer contexto, tal vez, no sería lo mismo si buscamos una alternativa poco infructuosa al acto peyorativo de una de las partes, como cuando existen otras posibilidades. Pero, lo cierto, tal vez, se reprendería cuando las negociaciones son sumamente complejas.

Veamos que sucede en el mercado de las asociaciones público privadas, cuando su desarrollo incluye al fenómeno de la corrupción y, de seguro, que su argumentación sobre los detalles económicos y/o jurídicos de su financiamiento instaurado, como efecto del fenómeno, concibe que su manifestación de nulidad lo lleve a un debate legal o jurídico. De modo que, algunos estimarían la activación de aquel detonante, como es la cláusula anticorrupción. Sin embargo, orientar por ese sendero, creo yo, que crearía resultados complicados como costes económicos y/o sociales además de inconvenientes para la inversión o impulso económico, no intento legitimar o reafirmar la corrupción, mi preocupación estima en que se llegue a sancionar y, desde luego, sancionar los actos de corrupción, pero eso no significa tomar una decisión adelantada. Una decisión prudente sería la continuidad de los proyectos ajenos a las personas implicadas, lo que abre puertas a la negociación o la renegociación de los contratos -APPs. Porque arribar a la nulidad compromete, como se mencionó anteriormente, intereses sumamente confusos, como el interés público.

Entonces, esa encrucijada del interés público respecto del orden público del contrato resulta una divergencia en la toma de decisiones y su aplicación legal. Porque, no sería más espontáneo emplear el evento gatillador y remediar los contratos teñidos de corrupción, sin embargo, el efecto dominó no concluiría con la aplicación legal, sino que abarca mucho más que la simple aplicación de la nulidad. Entonces, que sucede con la conservación de los contratos nulificantes, es mucho más sensato pensar en ello que en lo otro. Entonces, este principio opta, no obstante de anomalías o irregularidades que se vienen o vinieron originando en el proceso de las negociaciones, los interesados mantengan la presencia o continuación del contrato o, en todo caso, lo contrario sería asumir las pérdidas. Me gustaría tratar enfáticamente el tema y

de las discusiones pragmáticas a propósito del caso peruano, y de lo importante de la intervención y el reto del arbitraje cuando se somete a dicha jurisdicción. Sin embargo, téngase en cuenta la magnitud que nacería si optamos por el carácter sancionador y de los efectos de la conservación del contrato, que resulta mucho más certero y prudente, porque nos permitiría entre otros a renegociar el contrato teñido de corrupción o cualquier anomalía que involucre el interés público.

## **Bibliografía**

Cano, C. A. (2015). Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción. In Las nuevas directivas de contratación pública:(ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo) (pp. 291-303). Thomson Reuters Aranzadi.

Crespo, A. M. S. (2015). *Arbitrabilidad en los litigios internacionales con indicios de cohecho y corrupción* (p. 1). Universidad Complutense de Madrid.

De Michele, R., Prats Cabrera, J. O., & Losada Revol, I. (2018). Efectos de la corrupción en los contratos de asociaciones público-privadas: Consecuencias de un enfoque de tolerancia cero (No. IDB-DP-00625). Inter-American Development Bank.

Olivet, C., & Eberhardt, P. (2012). Cuando la injusticia es negocio Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones.