

¿La propia corrupción como argumento de defensa?

A propósito del caso Gaseoducto Sur Peruano

Alonso Bedoya Denegri¹

Abstract: El autor analiza la relación entre la corrupción y el arbitraje de inversión, usando como telón de fondo el caso Gasoducto del Sur Peruano. A partir de este, esboza algunas figuras doctrinales y jurisprudenciales como el *equitable estoppel*, la doctrina de las *manos limpias* y el *double hat*, que son pertinentes para entender mejor cómo los tribunales CIADI vienen afrontando -o deberían afrontar- los casos contaminados por corrupción. Asimismo, el autor delinea la jurisprudencia del CIADI no pacífica en casos de corrupción, mostrando ejemplos en los que se ha favorecido al Estado anfitrión como a los inversores privados.

Palabras clave: arbitraje de inversión, corrupción, equitable estoppel, CIADI, Odebrecht,

I. Sobre la corrupción

La corrupción ha sido parte de la vida humana durante miles de años y ha sido predeterminada por el desarrollo histórico de la sociedad. La civilización ha luchado sin éxito en erradicarla completamente. Todos los días hay altos funcionarios gubernamentales que renuncian a sus cargos, gobiernos cambiantes, cientos de miles de personas paradas sosteniendo carteles y a menudo arriesgando sus vidas para protestar en contra de la corrupción en el mundo. Es de vital importancia para la salud de una sociedad comprender contra qué protesta la gente. Los cambios revolucionarios que han tenido lugar en nuestra historia fueron motivados en gran medida por un deseo de reformar las instituciones corruptas. Todo esto muestra el impacto significativo de la corrupción en la sociedad, la economía y la política.

La corrupción es frecuente en la mayoría de los países. Según el Barómetro Global de la Corrupción (2017), encontró que más de dos tercios de los países con puntajes en todo el mundo obtuvieron puntajes por debajo de 50 de 100 en el índice de corrupción, 0 indicando corrupción alta y 100 correspondientes al nivel de corrupción más bajo) posible, lo que resulta en un puntaje promedio global de 43/100. Según el

¹ Catedrático del curso de arbitraje en la Universidad San Ignacio de Loyola y Universidad San Martín de Porres. Realizó un LLM en Comparative & International Dispute Resolution en la Universidad Queen Mary de Londres, con un enfoque en arbitraje de inversiones, comercial y de disputas en construcción. En el año 2018 se desempeñó como abogado pasante en el área de Arbitraje Internacional de la firma Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP. (Wilmerhale LLP). Pertenece a la nómina de Árbitros de los Centros de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y de la Cámara de Comercio Americana del Perú; así como, del Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adicionalmente, forma parte del Chartered Institute of Arbitrators del Reino Unido, y es miembro del Directorio de Árbitros del London Court of International Arbitration, así como miembro de la nómina de árbitros del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur.

Barómetro Global de la Corrupción 2017 publicado por Transparencia Internacional, más de una de cada cuatro personas informa haber pagado un soborno en los últimos doce meses al interactuar con instituciones públicas clave y servicios. Por otro lado, las estimaciones muestran que el costo de la corrupción equivale a más del 5 por ciento del PIB mundial -US 2,6 billones, Foro Económico Mundial- con más de US 1 billón pagado en sobornos cada año -Banco Mundial- (CleanGovBiz, s.f.).

La gran corrupción consiste en actos cometidos en un alto nivel de gobierno que distorsionan las políticas o el funcionamiento central del Estado, lo que permite a los líderes beneficiarse a expensas del bien público, causando daños graves y generalizados a las personas y a la sociedad que a menudo quedan impune. La corrupción menor se refiere al abuso cotidiano del poder encomendado por parte de funcionarios públicos de niveles bajo y medio en sus interacciones con ciudadanos de a pie, que a menudo intentan acceder a bienes o servicios básicos en lugares como hospitales, escuelas, departamentos policiales y otras agencias. La corrupción es una manipulación de políticas, instituciones y reglas de procedimiento en la asignación de recursos y financiamiento por parte de los tomadores de decisiones políticas, quienes abusan de su posición para mantener su poder, estatus y riqueza. Sin lugar a dudas, se podrían agregar otras clasificaciones de corrupción a la lista (Joldoshev, 2018).

Con la globalización de los mercados mundiales, el fenómeno de la corrupción ha empeorado significativamente y cada vez más se encuentran bajo los reflectores. Si bien los esfuerzos se han centrado en el desarrollo de nuevas normas internacionales con respecto a los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, es una creencia común que la corrupción es hoy un obstáculo importante para el desarrollo económico y social de muchos países. Además, la integración de los mercados mundiales ha llevado a la adopción de nuevos estándares con respecto a la transparencia, la ética corporativa y la buena gobernanza, lo que también ha dado lugar al consenso de que la corrupción es un obstáculo para el crecimiento de mercados sólidos y transparentes (Fathallah, 2010).

Los Estados que más necesitan inversiones provienen de aquellas partes del mundo que son inestables políticamente, subdesarrolladas y muy pobres para invertir. Los inversores sensibles buscan la estabilidad que viene con el "Estado de Derecho", y aquellas partes del mundo envueltas en la autocracia y la represión, a menudo también las naciones más pobres, deberían ser ignoradas por los inversores extranjeros bajo cualquier cálculo frío y racional. Sin embargo, para muchos de estos Estados en desarrollo, la inversión extranjera fluye, y en miles de millones, impulsada no por el altruismo sino por ciertas verdades implacables del capital: que en esta era de liquidez históricamente alta y de tasas de interés bajas, el dinero ya no puede estar inactivo y siempre buscará un retorno; ese riesgo genera recompensa y cuanto mayor es el riesgo, mayor es el rendimiento potencial; y que los mercados menos explorados, desarrollados y sofisticados producirán rendimientos mucho mayores que los mercados más eficientes (Llamzon, s.f.).

La inversión extranjera es un componente crítico de la economía mundial: dado que muchos países en desarrollo carecen de tecnología, capital y otros recursos para desarrollar sus industrias, la inversión extranjera se considera un componente crucial

para hacer que sus mercados sean más competitivos en una economía globalizada. Nuestras observaciones y experiencias diarias nos dan una imagen muy clara sobre la existencia y el alcance de la corrupción; esto puede establecerse claramente, mientras que la proposición contraria no. Ya que este fenómeno no puede considerarse inexistente, no sería coherente dejarlo fuera del campo de investigación.

Habiendo hecho un preámbulo sobre la corrupción en los países en desarrollo y mostrado algunas cifras que considero relevantes, podemos abordar el tema que nos ocupa respecto de la corrupción en los arbitrajes de inversión a propósito del caso Odebrecht vs. Estado peruano.

II. Antecedentes del arbitraje ante el CIADI (Odebrecht - Estado peruano)

A raíz de la solicitud de arbitraje ante el CIADI presentada a fines de enero de 2020 por Odebrecht en contra del Estado peruano, en virtud del TBI Perú y Bélgica-Luxemburgo (2005), pensé en hacer este ensayo en donde pretendo explicar cómo muchas veces los demandantes en los arbitrajes de inversión, quienes por su naturaleza son inversionistas extranjeros (Odebrecht), invierten en un Estado anfitrión (en este caso el Perú) y recurren a la corrupción para así poder obtener grandes licitaciones y proyectos. El caso en el ojo de la tormenta es el del Gaseoducto del Sur.

En resumen, la empresa brasileña realizó pagos ilícitos al gobierno de turno para poder hacerse con la concesión y poder desarrollar una mega infraestructura. Luego, una vez destapados todos los acontecimientos vía la colaboración eficaz de altos directivos de la empresa brasileña, sumado a las delaciones de varios actores políticos envueltos en la negociación y cobro de pagos ilícitos, el Estado peruano terminó unilateralmente el contrato de concesión del proyecto Gaseoducto Sur Peruano (GSP). En dicho momento, el proyecto ya contaba con un avance del 33% de ejecución de obras, habiéndose invertido más de USD 2 mil millones. Esta inversión no contó con subvención del Estado, por lo que la empresa brasileña quedó con obligaciones de repago de financiamiento para la puesta en marcha y ejecución de la obra, de pago de trabajadores y proveedores, así como la devolución del capital aportado por los inversionistas.

Entre esos accionistas se encontraba OLI Lux, empresa controlada por el *holding* Odebrecht S.A. y radicada en Luxemburgo. Es gracias a esta empresa que Odebrecht ha podido ampararse en el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) entre Perú y la Unión Belgo-Luxemburguesa, puesto que Brasil no ha suscrito la Convención del CIADI y por lo general es renuente a suscribir Tratados Bilaterales de Inversión. Lo que alega Odebrecht es que el Perú tenía 12 meses para subastar el GSP y así dar continuidad a la obra luego de la terminación unilateral. Esta subasta en buena cuenta prevé que otra empresa privada compre la inversión realizada por Odebrecht y se subroguen en su posición para poder explotar la concesión y terminar el GSP. Al no haberse llevado a cabo dicha subasta, OLI Lux se ve en la necesidad de iniciar un arbitraje ante el CIADI.

A todas luces podemos interpretar que esta solicitud de arbitraje ante el CIADI es un mecanismo de presión hacia el Estado peruano para que continúen con la subasta

y se pueda contratar a un privado para que retome la inversión de Odebrecht y los resarza o en todo caso pague por la infraestructura ya invertida. No obstante, si nos ponemos en el supuesto en que dicho mecanismo de presión no dé resultado y el Estado peruano decida ir a un arbitraje ante el CIADI. ¿Qué pasaría entonces?

Muchos especialistas argumentan que la probabilidad de Odebrecht para ganarle al Estado peruano es mínima, puesto que Odebrecht ha reconocido su participación en pagos ilegales para hacerse con diversos contratos y obras en los últimos 20 años o más. Sin embargo, el tema es más complejo y tiene varias aristas que se están dejando de lado. Veamos.

III. La doctrina del *equitable estoppel* y su relevancia en arbitrajes de inversión contaminados por corrupción

El *equitable estoppel* o “impedimento en equidad” es un principio legal que impide que alguien tome una acción legal que entre en conflicto con sus reclamos o comportamientos anteriores. Esencialmente, el impedimento equitativo es un método para evitar que alguien incumpla su palabra en un tribunal de justicia. Por ejemplo, se otorgaría un impedimento equitativo a un demandado si el demandante previamente dio su permiso para que aquel hiciera algo, y luego lo demandó una vez que lo hizo. En puridad, el *estoppel* -de origen anglosajón- no es sino la teoría de los actos propios aplicada al ámbito arbitral, de tal suerte que siempre se necesitará de una primera conducta con efectos jurídicos; la creación de una expectativa en la contraparte (quien ajusta su comportamiento en virtud de esa primera conducta); y una segunda conducta que contravenga la primera, defraudando la expectativa de su contraparte. Como se ve, como trasfondo a la teoría se encuentra el compromiso de respetar la palabra empeñada, de ahí que algunos sostienen que la doctrina de los actos propios deriva del principio más universal de la buena fe.

Dicho de otra manera, si un Estado reconoce el soborno como ilegal, empero, luego se descubre que este participa en sobornos o actos similares, la teoría del *equitable estoppel* impediría que dicho Estado anfitrión invoque la ley para escapar de su propia responsabilidad. El *equitable estoppel*, por lo tanto, trabaja para mitigar “el cinismo de la conducta contradictoria de los Estados que tratan de victimizarse de sus propios actos”.

Aterrizando los ejemplos a las reclamaciones de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), siempre involucrarán contratos en los que un Estado es parte y tendrá un propósito legítimo, incluso cuando la corrupción esté involucrada durante la formación del contrato. Las demandas y reclamaciones en mérito de los TBI carecen de una justificación política clave para prohibir completamente las reclamaciones sujetas a una defensa contra la corrupción. Cuando la corrupción se convierte en un contrato (p. ej. el pago de dádivas a ciertos funcionarios para otorgar la *buena pro* al contratista), ambas partes aceptan el riesgo de que no podrán recuperarse si alguna de las partes incumple, puesto que ambas están actuando de manera ilegal. En los arbitrajes de inversión, el Estado casi siempre se defiende contra el reclamo de incumplimiento de un inversor. En consecuencia, cuando la corrupción se infiltra en un contrato formado

bajo un TBI, el inversor privado (Odebrecht) acepta el riesgo de que no podrá recuperarse o resarcirse económicamente si el Estado incumple, pero lo mismo le ocurre al Estado, quien también acepta un riesgo en caso el inversor incumpla.

Lo anterior nos lleva a la siguiente pregunta: ¿Qué tan viable es para un Estado argumentar en un arbitraje de inversión actos de corrupción, cuando él mismo participó en ellos? Recordemos que en el reino de los arbitrajes de inversión, cualquier entidad o funcionario que represente al Estado (ya sea municipalidad, gobierno local, regional u órgano que forme parte del aparato estatal) compromete al Estado mismo y lo hace responsable. Lo mismo ocurre respecto de determinado gobierno de turno. Por más que un gobierno haya tomado acuerdos corruptos en nombre del Estado y luego otro gobierno de turno plantee desconocerlos, esto no exime al Estado de responsabilidad, pues independientemente de qué gobierno incurrió en los actos corruptos, de igual forma se está comprometiendo al Estado en las posibles consecuencias legales internacionales.

La doctrina del *equitable estoppel* va de la mano con la ya conocida doctrina de los actos propios, conocida en latín bajo la fórmula *non venire contra factum proprium*. Este principio del derecho establece la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos realizados con anterioridad; es decir, prohíbe que una persona (o Estado) pueda ir contra su propio comportamiento mostrado con anterioridad para limitar los derechos de otra parte (Bullard, 2010). La doctrina del *equitable estoppel* se basa en los principios que se encuentran en los casos de fraude. Esencialmente, esta doctrina evita que una parte tome una posición diferente en el juicio o arbitraje que la que tomó anteriormente, especialmente si la otra parte incurriría en daño como resultado del cambio.

En el caso concreto, en líneas generales, ambas partes violaron la ley para suscribir el contrato de concesión, por consiguiente, no pueden luego -para impedir o para iniciar el arbitraje- alegar que la otra ha vulnerado la ley.

Si bien la teoría de los actos propios impediría que el Estado use de escudo los actos de corrupción de Odebrecht para frenar el arbitraje, no menos cierto es que -siendo consecuentes con la teoría- el privado, por su parte, no puede pretender iniciar el arbitraje. Es decir, los actos propios alcanzan a ambas partes y, por tanto, el impedimento de contravenir la conducta propia se predica para el Estado y para el inversor. Para el primero, en cuanto no puede alegar como defensa actos de corrupción de los que fue parte y para el segundo, por cuanto no debiera pretender el arbitraje cuando este inició la relación contractual violando la ley.

Sucede que el presente problema tiene un matiz especial. La mayoría de casos donde se cuestionan los actos propios, son supuestos en donde solo una parte ha contravenido su propia conducta, sin embargo, la *litis* en cuestión tiene como basamento actos de corrupción de naturaleza bilateral -con prestaciones recíprocas de por medio- y en consecuencia, la obligación de respetar el compromiso asumido recae en ambos extremos de la relación. No obstante, esto lleva a una aparente contradicción: de un lado, no se puede alegar actos de corrupción para impedir el arbitraje y, por tanto, este debiera suceder, pero por otro lado, no debería darse el arbitraje en virtud de que ninguna de las partes puede alegar un incumplimiento contractual/legal cuando estas

ingresaron a su respectiva relación por la puerta ilegal. La aplicación consecuente del *estoppel* lleva el problema a un callejón sin salida. ¿Debe haber arbitraje o debe frenarse? En consecuencia, habría que tener cuidado en cómo aplicamos esta teoría, dado que puede convertirse en una camisa de fuerza y atar de manos al tribunal arbitral. Ahora, si no puede haber arbitraje -en aplicación del *estoppel*- entonces la resolución del conflicto entre el Estado y Odebrecht peligra, teniendo como otras opciones un arbitraje comercial o acudir a la Corte Internacional de Justicia.

Existe, sin embargo, una posible salida. La teoría de los actos propios tiene excepciones, estas son relativas a la nulidad de actos jurídicos. Cuando un acto jurídico es nulo -p. ej. por vulnerar el orden público y buenas costumbres- se vuelve irrelevante la teoría de los actos propios, por cuanto aquella *litis* que en un inicio perteneció solo a las partes, el Derecho la ha hecho suya por el interés general que hay de por medio. En ese sentido, si dos partes celebraron un contrato cuyo contenido viola el orden público, y luego una de ellas demanda ante los tribunales, aplicando los *actos propios* el juez tendría que desestimarla, pero al ser inaplicable esta teoría en razón del orden público, tendría que admitirla. El problema con esa solución es que el arbitraje es un fuero privado y -en principio- no ventila cuestiones relativas al orden público. Incluso quienes sostienen la naturaleza mixta del arbitraje, creen que su naturaleza jurisdiccional se refiere a los aspectos procesales y de ejecución, empero, este sigue siendo un acuerdo privado. Dicho esto, los arbitrajes de inversión tienen una tratativa distinta a los arbitrajes comerciales. Aquellos no son privados ni confidenciales; los laudos y órdenes procesales están a disposición de todos en los canales del CIADI y otros organismos. En consecuencia, muy bien podría un tribunal CIADI asumir la jurisdicción de un caso en que ambas partes han violado la ley y en donde aplicando la teoría de los actos propios debería negarla, pero que por su contenido de orden público, puede resolver el caso.

Es importante señalar que la doctrina del *estoppel* no es ajena a los tribunales del CIADI. El tribunal de Fraport señaló que es deber del tribunal arbitral impedirle a un Estado usar como defensa la violación de la ley cuando este la obvió para permitir una inversión:

“(…) Principles of fairness should require a tribunal to hold a government estopped from raising violations of its own law as a jurisdictional defense when it knowingly overlooked them and endorsed an investment which was not in compliance with its law” (Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25).

La teoría del *equitable estoppel* va ganando terreno en el reino de los arbitrajes de inversión, en donde cada vez es más frecuente encontrar tribunales arbitrales que resuelven en aplicación de este principio y rechazan el predecible argumento de los Estados que pretenden que los tribunales CIADI se inhiban o declaren no tener jurisdicción en casos en donde se ha evidenciado prácticas corruptas, puesto que este argumento es contrarrestado con el hecho de que si el Estado participó en contra de su propio derecho interno al promover o participar en estas prácticas, no puede pretenderse que ellos mismos soliciten la inhibición del tribunal, por tratarse de un contrato que viola el orden público internacional y es contrario a las buenas costumbres,

tal como sucedió con el famoso caso CCI N° 1110 (Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines).

IV. Sobre la competencia del CIADI en asuntos de corrupción

En caso de darse un arbitraje ante el CIADI, no debemos esperar que los tribunales arbitrales se ocupen de lo concerniente a la responsabilidad penal y a los acuerdos de colaboración eficaz entre el Estado peruano y Odebrecht, por cuanto los árbitros no tienen ni el conocimiento, ni la experiencia, ni los recursos ni mucho menos jurisdicción alguna para realizar investigaciones penales relativas al derecho peruano. El Convenio del CIADI y los tratados de inversión tampoco regulan estos asuntos. Usualmente, los TBI suelen ser silentes sobre temas de corrupción. No obstante, las denuncias de delitos económicos pueden tener un profundo impacto en las disputas que se les presentan.

Dentro de las facultades que tiene el tribunal arbitral se encuentra la de inhibirse o declarar que carece de jurisdicción para resolver cualquier posible pretensión o diferencia que caiga fuera de los alcances de la jurisdicción del CIADI. El propio tribunal puede declararse no competente para oír un caso que principalmente versa sobre corrupción: “(1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia; (2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión” (Convenio CIADI, 2006, art. 41).

Uno de los casos emblemáticos fue el caso CCI de 1963: “En el contrato que subyacía a la disputa, un ingeniero argentino con cierta influencia sobre las autoridades gubernamentales, se comprometió a facilitar, en beneficio de una empresa inglesa, la adjudicación de varios contratos para el suministro a una empresa pública argentina de equipos eléctricos. Como contraprestación recibiría una jugosa comisión del 10% del valor de los contratos concluidos. El ingeniero argentino utilizaba a su vez parte de la comisión recibida para corromper a los funcionarios públicos y así obtener los contratos. Posteriormente la empresa inglesa se negó a satisfacer las comisiones, y el ingeniero argentino inició el arbitraje para cobrar las cantidades a las que creía tener derecho (N° 1110)”.

Ahora bien, el árbitro se declaró incompetente y se inhibió por considerar que el contrato violaba el orden público internacional y era contrario a las buenas costumbres. Si bien este caso data de hace 60 años, el derecho civil usualmente castiga con la nulidad del acto jurídico (en este caso, del contrato), por perseguir una finalidad ilícita. En el Perú, por ejemplo, los actos jurídicos deben versar sobre fines lícitos y jurídicamente posibles y si esto se quebranta, pues, el contrato es sancionado con la nulidad. En el derecho anglosajón aplica un principio similar, pues la doctrina de las “*manos limpias*” priva a toda persona que ha incurrido en actos de corrupción de poder solicitar un remedio o monto indemnizatorio en la vía arbitral. El tribunal arbitral en aplicación de este principio puede declarar no tener jurisdicción alguna. En buena cuenta, el inversor que ha cometido actos de corrupción pierde derecho a solicitar -vía arbitral- que se amparen sus derechos como inversor extranjero.

Si bien el caso CCI N° 1110 marcó un hito, se podría decir que hoy en día es más difícil advertir si un tribunal arbitral se inhibirá por actos corruptos en la formación y ejecución del contrato. Tal como veremos más adelante en el numeral VI, existe vasta jurisprudencia en el CIADI con posiciones encontradas respecto de la jurisdicción del tribunal arbitral en aquellos casos con tintes de corrupción.

Los tribunales de inversión están facultados para arbitrar disputas entre los Estados anfitriones y los inversionistas bajo marcos legales internacionales que brindan protecciones sustantivas y procesales para las inversiones privadas. Sin embargo, numerosos Estados anfitriones han argumentado que las inversiones contaminadas por la corrupción no califican para recibir protección y, por lo tanto, los tribunales carecen de jurisdicción sobre estas disputas. Los tribunales arbitrales han respondido a los argumentos de estos Estados anfitriones y se han negado a ejercer jurisdicción sobre estas disputas, no obstante, los tribunales socavan su propósito de incentivar la inversión y promover el desarrollo al negar jurisdicción sobre estos casos.

Coincido plenamente con las críticas hacia aquellos tribunales de inversión que se inhiben o sostienen no tener jurisdicción en estos arbitrajes. En mi opinión, esto se debe a dos factores; un primer factor es que ningún tribunal arbitral está dispuesto a politizar o “comerse el sapo” de tener que lidiar con un arbitraje de inversión con muchas aristas, sobretodo si el desarrollo del proceso arbitral mismo será de conocimiento público y los árbitros mismos pueden ver su criterio parcializado a la luz de tanta presión mediática y un segundo factor es que usualmente la gran mayoría de los TBI son silentes respecto a prácticas corruptas y no prevén mecanismos o sanciones hacia las partes por infringirlos y, por tanto, consideran que pronunciarse sobre actos corruptos puede ser visto como si estuvieran tomándose atribuciones que no les corresponden o inclusive como si sus laudos estuvieran yendo más allá de su propia jurisdicción.

El artículo 25 (1) del CIADI le otorga jurisdicción a tribunales sobre disputas relacionadas a inversiones, pero cuando la inversión en cuestión se ve afectada por la corrupción, los tribunales generalmente determinan que estas no califican como "inversión" en virtud del Convenio del CIADI y, en consecuencia, que el tribunal carece de jurisdicción para resolver la disputa (Mortenson, 2010). Pues como acertadamente Mortenson sostiene: “En el contexto de la corrupción, los tribunales de inversión ofrecen dos razones principales para declinar la jurisdicción: la política pública internacional y el requisito de que las inversiones cumplan con las leyes del Estado anfitrión. Según la justificación de la política pública internacional, los tribunales evitan que una parte infractora obtenga alivio porque combatir la corrupción es un valor global y sería injusto ayudar a una parte que es "culpable de conducta ilegal (o inmoral)" y sería injusto ayudar a una parte que es "culpable de conducta ilegal (o inmoral).” (Mortenson, 2010).

Los tribunales que reconocen la defensa contra la corrupción no solo no logran poder responsabilizar a los Estados anfitriones corruptos responsables por sus actos, sino también fallan en cumplir con los estándares internacionales anticorrupción. Los Tratados Bilaterales de Inversión han sido creados con la principal finalidad de promover e incentivar el comercio exterior, dando una seguridad jurídica a aquél inversor extranjero que invierte en un país cuyo estado de derecho no es tan sólido como quisiera ser. Lo paradójico es que cuando los tribunales declinan ejercer jurisdicción en casos

como el que nos atiende, a todas luces se está dando el mensaje que se está desprotegiendo la inversión extranjera y esto no ayudará en promover la inversión y el crecimiento económico del país anfitrión. Indirectamente los tribunales arbitrales que declinan poder conocer un caso, están haciéndole un flaco favor al país anfitrión a largo plazo.

V. Sobre la responsabilidad del Estado peruano

No hay que dejar de lado que en este caso el Estado peruano comparte responsabilidad con Odebrecht, pues para bailar tango se necesitan dos. Sin duda, el *ius imperium* del Estado, dota a este de ciertas facultades para imponer sanciones económicas a aquellos inversores que han incurrido en corrupción para hacerse de un contrato. No obstante, no olvidemos que justamente para eso sirve el CIADI, para despolitizar las controversias que puedan surgir. Lógicamente, el Estado peruano luego de conocer los escándalos de corrupción tomó una posición predecible, esto es, paralizar proyectos, sancionar a los actores corruptos y mermarlos en la inversión que pudieran haber realizado dentro del Estado. Sin embargo, es el Estado peruano el que está expropiando una inversión; dejemos de lado por un instante la premisa de que Odebrecht ha incurrido en actos de corrupción, al ser este un inversor extranjero, en virtud del Tratado Bilateral de Inversión entre Perú y Bélgica-Luxemburgo, goza de protección de inversiones y de provisiones en contra de la privación o limitación de la propiedad. En efecto, sobre la protección de inversiones: “Todas las inversiones realizadas por inversionistas de una Parte Contratante gozarán de tratamiento justo y equitativo en el territorio de la otra Parte Contratante, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario. Con excepción de las medidas requeridas para mantener el orden público, tales inversiones gozarán de protección y seguridad continuas, es decir excluyendo toda medida injustificada o discriminatoria que podría entorpecer, legal o prácticamente, la administración, conservación, uso, posesión o liquidación de las mismas. (...)” (TBI Perú y Bélgica-Luxemburgo, 2005, art. 3).

Asimismo, respecto a la privación y limitación de la propiedad: “Cada Parte Contratante se compromete a no adoptar ninguna medida de expropiación ni nacionalización ni cualquier otra medida que tenga efecto, directa o indirectamente de privar a los inversionistas de la otra Parte Contratante de sus inversiones en su territorio (...)” (TBI Perú y Bélgica-Luxemburgo, 2005, art. 7).

Naturalmente, lo que Odebrecht planteará es que no hubo un debido proceso legal ni mucho menos se les ha dejado vender la cuantiosa inversión realizada dentro del Perú (aprox. 7 mil millones). Son justamente estas medidas las que en mi opinión serán materia de análisis ante un eventual arbitraje en el CIADI.

En los acuerdos de inversión en que se cometen delitos económicos, el Estado es más que una parte. El Estado es quien regula, investiga, adjudica y sanciona en relación con los delitos cometidos dentro de su territorio. El enjuiciamiento de delitos económicos podría acarrear el incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado, lo que llevaría a un reclamo del inversor en su contra. Por otro lado, el Estado podría presentar una reconvencción por la mala conducta del inversor, por haber incurrido en actos de corrupción como es el pago de dádivas a altos y medianos funcionarios.

Cuando los representantes de un Estado cometen delitos de corrupción, los tribunales arbitrales suelen analizar a las dos partes como de una misma ecuación. Sancionar solo al inversor que corrompe es injusto, puesto que el Estado también ha incurrido en malas prácticas y debería ser sancionado bajo la misma óptica. Querer sancionar solo a Odebrecht *prima facie* parecería injusto y contradiría los principios generalmente aceptados del derecho internacional.

Por ello, es mi opinión que la potencial posición del Estado peruano será la de querer invocar los actos de corrupción para tratar de evitar su propia responsabilidad y castigar desproporcionadamente a Odebrecht y de ese modo aprovecharse injustamente de la desmoralización que en gran parte fue promovida por el mismo Estado. Se podría decir que estamos en una paradoja sobre que viene primero: ¿el huevo o la gallina?. Pues ¿quién comenzó con los actos ilícitos de pagos de sobornos para adjudicarse mega proyectos? Fue acaso el Estado quién a cargo de determinado gobierno de turno promovió este tipo de conductas, o quizá fue iniciativa propia de la misma empresa brasileña. No lo podemos saber con claridad y posiblemente no lo sepamos, toda vez que estos actos se remontan a décadas atrás, incluso antes del año 2000.

VI. Casos emblemáticos de corrupción ante el CIADI

Como primera cuestión, es muy posible que el tribunal arbitral analice su propia jurisdicción. Recordemos que es una potestad en el arbitraje de inversiones que los propios árbitros puedan declinar su jurisdicción a reclamos contaminados por delitos económicos o resolver que tales reclamos son inadmisibles. A esto se le ha llamado la doctrina de las “*manos limpias*”.

La jurisprudencia en arbitrajes ante el CIADI sobre corrupción no es uniforme. Se podría decir que existen dos corrientes: 1) una primera facción mucho más conservadora que suele exonerar al Estado de sus responsabilidades al estar involucrado en delitos de corrupción; y 2) una segunda facción que está de acuerdo en otorgar a los inversores cantidades significativas de compensación, a pesar de haber incurrido en actos de corrupción para obtener una concesión.

1. Facción pro Estado

Es el caso de aquellos tribunales arbitrales que por lo general tratan de exonerar al Estado de sus responsabilidades al estar involucrados en delitos económicos. En caso de que el tratado o el acuerdo de arbitraje requieran que la inversión se realice de conformidad con la ley, los tribunales arbitrales generalmente consideran los delitos económicos al momento de determinar su propia jurisdicción.

Tal fue el caso de *Methanex v. USA*, en donde el reclamante (el productor más grande de metanol) alegó violación al principio de trato nacional y corrupción en la elaboración regulatoria que prohibió la comercialización de MTBE (aditivo que mejora el

octanaje de la gasolina) en el estado de California con el fin de perjudicarlo. El tribunal desestimó la demanda por carecer de jurisdicción y manifestó que incluso asumiendo jurisdicción, la demanda se desestimaría por los méritos del caso, ya que el proceso legislativo se llevó a cabo transparentemente y el hecho de que el reclamante haya sido afectado no significa que hubo corrupción.

El 3 de diciembre de 1999, Methanex presentó una demanda contra los Estados Unidos por USD 970 millones (más costos e intereses) al amparo del capítulo 11 del TLCAN, en particular, los artículos 1102, 1105 y 1110, que regulan el *trato nacional*, el *nivel mínimo de trato* y la *expropiación* respectivamente. A pesar de que Methanex no fabrica MTBE, alegó que sus ventas se verían afectadas por la medida dado que el metanol utiliza MTBE para mejorar la oxigenación del combustible, y que su prohibición alentaría la compra de sustitutos del metanol.

Dentro de las razones consideradas por las autoridades californianas para prohibir la comercialización, se encontraban consideraciones que apuntaban hacia el hecho de que el MTBE es un agente cancerígeno y que el mismo fue encontrado en fuentes subterráneas de agua. Ante ello, Methanex sostuvo que no existe evidencia de que el MTBE haya ocasionado o pueda ser asociado con problemas de salud.

El tribunal formado el 18 de mayo de 2000 resolvió en un fallo parcial el 7 de agosto de 2002, que el TLCAN carecía de jurisdicción para resolver el reclamo de Methanex tal y como fue formulado, abriendo la posibilidad de que reformulara el reclamo para proseguir con la demanda.

De esta manera, Methanex reformuló su reclamo en base a nueva información, alegando que la decisión del estado de California de prohibir la venta y utilización del MTBE estuvo determinada por contribuciones a la campaña política del que se convirtiera en gobernador de dicho estado, Gray Davis, contribuciones por parte de la empresa Archer-Daniels-Midland (la mayor productora de etanol de los EE.UU.), práctica por la cual dicha compañía ya había sido condenada en otro caso en el 2000. Sin embargo, este nuevo reclamo tampoco prosperó, y así, el Tribunal resolvió su falta de jurisdicción por inaplicación del art. 1101.1 del TLCAN, y por tanto, su incapacidad para resolver el mérito de las alegaciones de Methanex relativas al trato nacional (art. 1102), nivel mínimo de trato (art. 1105) y expropiación (art. 1110):

*“Having concluded on the evidential record that no illicit pretext underlay California’s conduct and that Methanex has failed to establish that the US measures were intended to harm foreign methanol producers (including Methanex) or benefit domestic ethanol producers (including ADM), it follows on the facts of this case that there is no legally significant connection between the US measures, Methanex and its investments. As such, the US measures do not “relate to” Methanex or its investments as required by Article 1101(1). **Accordingly, the USA succeeds on its jurisdictional challenge under Article 1101, as regards Methanex’s claim pleaded in its Second Amended Statement of Claim; and the Tribunal concludes that it lacks jurisdiction to determine Methanex’s substantive claims alleged under NAFTA Articles 1102, 1105 and 1110**”* (énfasis añadido). (Methanex Corporation v. United States of America).

De similar manera, en el caso *Inceysa v. el Salvador*, a pesar de las alegaciones del reclamante sobre adjudicaciones irregulares, el Tribunal Arbitral laudó en favor de El Salvador, por estimar que carecía de competencia para ver el fondo del caso.

Otro claro e interesante ejemplo es el caso *World Duty Free v. Kenya*, en el que la República de Kenia acordó con la compañía Word Duty Free la construcción, mantenimiento y operación del complejo *duty-free* en dos aeropuertos de Kenia. En junio de 2000, el reclamante demanda por daños al Estado de Kenia alegando expropiación de la obra. En diciembre de 2002, se demuestra a través de una declaración de testigo que el reclamante se hizo de la concesión mediante un soborno. El accionista mayoritario de la compañía -el Sr. Ali- describió abiertamente cómo aseguró la conclusión del contrato de concesión haciendo una donación personal de USD 2 millones al presidente de Kenia; la suma en efectivo -cambiada a chelines kenianos- se guardó en un maletín marrón que el intermediario entre el Sr. Ali y el presidente -Rashid Sajjad- dejó junto a una pared cuando estos se reunieron. Finalizada la reunión, recogieron el maletín de donde lo habían dejado. En el viaje de partida, el Sr. Ali revisó el maletín y se dio cuenta que el efectivo había sido reemplazado por maíz fresco:

“(...) He had then arranged for this to be exchanged into Kenyan Shillings (KSh). He brought the KSh in cash to my meeting with HEDAM in a brown briefcase. When we entered the room where the President received us, he put the briefcase by the wall and left it there. After the meeting we collected the briefcase from where we had left it. On the departing journey I looked in the briefcase and saw that the money had been replaced with fresh corn”. (World Duty Free Co Ltd v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7).

Esto fue usado como argumento de defensa por el Estado y posteriormente el Tribunal Arbitral se negó a tocar el fondo del caso, aduciendo que el contrato se formó después del pago de sobornos al presidente de Kenia (véase la similitud con el caso Gaseoducto Sur Peruano).

Si bien las circunstancias del pago eran indiscutibles, el reclamante argumentó que el pago, lejos de ser un soborno, estaba justificado por la cultura *harambee* y presentó pruebas de un experto que explicaba esta práctica tradicional keniana. Sin embargo, el Tribunal no estaba dispuesto a aceptar este argumento y finalmente concluyó que la “donación” de USD 2 millones del Sr. Ali al presidente de Kenia constituía un soborno destinado a asegurar el acuerdo de inversión.

El tribunal examinó las leyes nacionales y acuerdos internacionales relativos a corrupción, así como las decisiones de tribunales arbitrales tomadas en esa materia, para concluir que los contratos basados en sobornos no son exigibles por contrariar el orden público internacional:

“In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal”. (World Duty Free Co Ltd v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7).

El tribunal también enfatizó que los contratos contaminados con corrupción son inaplicables, incluso cuando se realizan en un país donde el soborno es una práctica común, debido a que la misma regla forma parte de la política pública inglesa y keniana. En consecuencia, el tribunal sostuvo que Kenia tenía la obligación -de conformidad con las leyes de Inglaterra y Kenia, que eran aplicables al contrato- de evitar el soborno. El reclamante, a su vez, no tenía bases para sostener ningún reclamo sobre tratados de inversión, alegados en los procedimientos del CIADI como una cuestión de orden público internacional y de política pública bajo las leyes inglesa y keniana. Finalmente, el tribunal hizo una declaración crucial, reconociendo la injusticia del laudo resultante, ya que el presidente de Kenia solicitó el soborno al amparo de las costumbres locales sin que nunca se le haya procesado por este comportamiento ilícito. Sin embargo, el tribunal afirmó que el acto corrupto de un presidente en ejercicio no es atribuible al Estado mismo, ya que «la ley no protege a las partes litigantes sino al público; o en este caso, a la masa de contribuyentes y otros ciudadanos que conforman uno de los países más pobres del mundo».

“(...) the law protects not the litigating parties but the public; or in this case, the mass of tax-payers and other citizens making up one of the poorest countries in the world”. (World Duty Free Co Ltd v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7).

Por otro lado, así como la contaminación con delitos económicos en acuerdos de inversión propicia que los tribunales arbitrales se abstengan de resolver las controversias por falta de jurisdicción, es posible que un reclamo sea rechazado una vez que el tribunal se ha adentrado en el fondo de la *litis*.

P. ej. el caso *Churchill Mining v. Indonesia*, en el que los inversores recurrieron a un tercero, quien obtuvo licencias fraudulentas para la explotación minera de ciertas áreas en Indonesia. Eventualmente, el gobierno indonesio revocó todas las licencias, afectando al inversor, quien al perder su capacidad de explotar, acudió al CIADI. El Tribunal Arbitral estableció la gravedad de falsificar las licencias y posteriormente empleando el estándar del *willfull blindness* -que se configura cuando con el fin de evitar responsabilidad, alguien se mantiene intencionalmente en un estado de ignorancia sobre hechos que, de haberlos conocido, la harían responsable- concluyó que el demandante incurrió en una seria falta de diligencia al ignorar que el rubro en el que incursionó padece de un problema serio de corrupción y, por tanto, debió prever que las licencias mineras se conseguirían ilegalmente. Por consiguiente, el Tribunal declaró inadmisibles todos los reclamos de la empresa, por cuanto sus reclamos estaban basados en derechos adquiridos mediante fraude.

Un grupo de empresas indonesias le presentó el proyecto minero East Kutai Coal Project (EKCP) a los demandantes, para la exploración de un gran depósito de carbón en la provincia del Este de Kutai, Indonesia. Los demandantes invirtieron en el proyecto EKCP. Para estos fines, el grupo Ridlatama se encargaba de conseguir las licencias -fraudulentamente- para la explotación de esas zonas.

Los conflictos comenzaron a partir del 2010, cuando las áreas de determinadas licencias otorgadas por el grupo Ridlatama se superponían sustancialmente con

aquellas otorgadas a otras empresas. Por recomendación del Ministerio Forestal de Indonesia, la provincia del Este de Kutai revocó todas las licencias pertenecientes a las al grupo Ridlatama.

Este grupo inició un procedimiento contra Indonesia ante los tribunales de dicho país, mientras que los inversores recurrieron al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas Inversiones (CIADI) en el 2012, solicitando compensación plena por la expropiación de su inversión.

Dado que los TBI no detallaban las consecuencias jurídicas de la falsificación, el tribunal consideró apropiado aplicar, aparte de los TBI, el derecho indonesio y el derecho internacional. En cuanto a la pertinencia de decisiones anteriores, el tribunal explicó que, pese a que no se encontraba obligado a respetar decisiones previas, debía prestarles debida consideración porque tenía el “deber de adoptar los principios establecidos en una serie de casos consistentes” a fin de contribuir “al desarrollo armonioso del derecho internacional de las inversiones”. El tribunal recurrió al derecho internacional y a la jurisprudencia del CIADI para establecer las consecuencias jurídicas de la falsificación. Condujo una extensa revisión de dichos casos y concluyó que, dependiendo de las circunstancias del caso, el fraude podría afectar la jurisdicción del tribunal (tal como en *Phoenix vs. la República Checa*, *Inceysa vs. El Salvador* y *Europe Cement vs. Turquía*), la admisibilidad de la demanda (como en *Plama vs. Bulgaria*) o valorarse al ver el fondo del caso (como en *Cementownia vs. Turquía*, *Malicorp vs. Egipto* y *Minnotte vs. Polonia*).

Basándose en los casos *Venezuela Holdings vs. Venezuela*, *Phoenix vs. La República Checa*, *Europe Cement vs. Turquía* y *Hamester vs. Ghana*, el tribunal explicó que la conducta fraudulenta constituye un abuso de derechos que se contrapone al principio de buena fe, porque un inversor no puede beneficiarse de la protección de un tratado cuando su conducta subyacente es considerada impropia.

El tribunal arbitral prosiguió, observando que algunos casos particularmente graves de conducta fraudulenta como *World Duty Free vs. Kenia* y *Metal-Tech vs. Uzbekistán*, fueron declarados contrarios a las políticas públicas de orden internacional. Siguiendo esa línea de pensamiento, el tribunal explicó que las demandas surgidas de derechos en base a fraude o falsificación que un demandante ignoró en forma deliberada, son *inadmisibles* en virtud de las políticas públicas de orden internacional y, en consecuencia, como el esquema fraudulento afectó la totalidad de la inversión de los demandantes, el tribunal consideró todas sus demandas inadmisibles.

El caso *SPP v. Egypt* ofrece una idea de cuándo un tribunal del CIADI podría encontrar que un Estado “*pasó por alto a sabiendas*” un hecho material relacionado con la legalidad de la formación de contratos bajo un TBI. Allí, el Tribunal impidió a Egipto (país anfitrión) alegar la ignorancia de un hecho que, de haberse planteado a tiempo, habría sido un obstáculo jurisdiccional para el arbitraje. Al llegar a esta conclusión, el tribunal declaró como principio general del derecho internacional que “*la conducta de cualquier órgano del Estado se considerará un acto de ese Estado*”, incluso cuando dicha conducta sea ilegal o exceda la autoridad del órgano estatal. Sin duda la doctrina del *equitable estoppel* estuvo presente en el razonamiento del Tribunal Arbitral.

2. Facción pro inversionista

Por el contrario, esta facción repara en otorgar a los inversionistas grandes cantidades de compensación. El caso más paradigmático, por contener el laudo más caro en la historia del arbitraje -USD 50 billones- es el caso *Yukos v. Rusia*. La federación rusa fue condenada a indemnizar por esta insólita cantidad a los accionistas de la extinta compañía petrolera Yukos, a pesar de los reveses sufridos en el camino (en el 2016 una corte de la Haya anuló el laudo que obligaba a Rusia a indemnizar).

Efectivamente, el 28 de julio de 2014, un tribunal de arbitraje de La Haya, decidió unánimemente que la Federación rusa había violado sus obligaciones internacionales bajo el Tratado de la Carta de la Energía al montar un proceso malintencionado que pretendía destruir a la empresa Yukos Oil Company y apropiarse de sus activos, y obligó a Rusia a otorgar más de 50 000 millones de dólares como compensación a los antiguos accionistas mayoritarios de Yukos.

Los reclamantes mantuvieron la tesis de un desmantelamiento sistemático de Yukos por parte del Estado ruso por razones políticas, ya que el presidente Putin veía al líder la extinta empresa -Mijaíl Jodorkovsky- como una amenaza política:

“In what has been described as “a literal orgy of lawlessness”, the Russian Federation instigated and conducted a campaign of terror aimed at depriving Yukos of its ability to run its business, and thus facilitating the destruction of the company. This was achieved through an escalating process of arrests, intimidation, harassment, searches and seizures. [...] (Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227).

A través del mecanismo habitual de anulación de laudo, Rusia se opuso y en el 2004, se anuló el laudo por falta de jurisdicción, más no por un tema de fondo. En efecto, el tribunal del distrito consideró que la Federación rusa no estaba vinculada por la aplicación provisional del artículo 26 del Tratado de la Carta de la Energía, que contiene la oferta de arbitraje, a pesar de que Rusia había consentido su aplicación provisional. Esto fue luego revertido a inicios del 2020, cuando se condenó a Rusia a indemnizar a los accionistas de Yukos.

Otro caso que vale la pena mencionar es el de *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi v. La República Árabe de Egipto*. En este caso se consideró más de cerca la cuestión de cuando para fines de responsabilidad estatal, se considera que un gobierno conoce las acciones de sus funcionarios. La disputa se centraba en que el ciudadano italiano Sr. Siag alegó una expropiación por parte de Egipto en violación del TBI Italia-Egipto. Por su parte, Egipto afirmó que el Sr. Siag no tenía derecho por cuanto previamente había sido declarado en quiebra por un tribunal egipcio y, por lo tanto, carecía de la capacidad legal para consentir el arbitraje. El Sr. Siag respondió que el argumento de Egipto respecto de una excepción preliminar se presentó fuera de tiempo al amparo de la Regla 41 del CIADI y debía ser ignorada o considerada como una renuncia a tal derecho al amparo de la Regla 26 o 27 del CIADI.

Egipto culpó por esta demora al Sr. Siag y lo acusó de actuar de mala fe al no revelar su estado quiebra oportunamente. El tribunal no estuvo de acuerdo y, basándose en los artículos 4 y 7 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente, e imputaron que el poder judicial egipcio tenía conocimiento sobre la quiebra del Sr. Siag y por tanto el estado egipcio también estaba al tanto.

En consecuencia, se denegó la defensa de Egipto y el caso procedió según sus méritos y el tribunal arbitral emitió un laudo a favor del Sr. Siag. La decisión del tribunal es notable por cuanto acepta el equitativo estoppel como defensa bajo el derecho internacional.

“As a creation of equity, estoppel is grounded in the notion that a person ought not to benefit from his or her wrongs. Brownlie, in his text *Principles of Public International Law* notes that “[a] considerable weight of authority supports the view that estoppel is a general principle of international law, resting on principles of good faith and consistency.” Sir Hersch Lauterpacht, in addition to the statement cited above, offered the view that “[a] State cannot be allowed to avail itself of the advantages of the treaty when it suits it to do so and repudiate it when its performance becomes onerous. It is of little consequence whether that rule is based on what in English law is known as the principle of estoppels or the more generally conceived requirement of good faith. The former is probably not more than one of the aspects of the latter.” (*Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15).

En definitiva, puede verse como el contenido del tratado u otro instrumento en el que las partes consienten el arbitraje, ayuda a esclarecer la jurisdicción de los tribunales y/o la admisibilidad de la pretensión.

VII. Casos de corrupción ante el CIADI a futuro: ¿se viene un cambio de paradigma?

Como es de amplio conocimiento, quienes pondrán fin a la disputa ante un procedimiento CIADI (ya sea inhibiéndose por falta de jurisdicción o sobre el fondo) son los árbitros. La designación de cada árbitro es de suma importancia en estos asuntos. Como es práctica usual, quienes actúan como árbitros ante el CIADI son profesionales experimentados, y que muchas veces también son miembros de una firma de abogados, e inclusive muchos de ellos dirigen la práctica de arbitraje dentro de la misma firma. Como ya podrán suponer, esas mismas firmas de abogados en los arbitrajes internacionales suelen representar activamente a las partes ante tribunales arbitrales. En buen cristiano, muchas veces los árbitros se cambian la camiseta de juzgador por la de litigante y viceversa. Este precepto es conocido como el “double hat” en inglés y hace referencia a que los árbitros cambian de sombrero al pasar de juzgadores a defensores.

De hecho, cada vez es más común que distinguidos abogados representen a alguna parte -cliente- en un arbitraje administrado por las instituciones internacionales más prominentes como lo son la ICC, LCIA, SIAC, SCC o el mismo Centro Internacional de Solución de Controversias de Inversión (CIADI); y al mismo tiempo, ese mismo

abogado es designado como árbitro en otro asunto (sin relación alguna con los que representa como abogado defensor) administrado por las mismas instituciones arbitrales ya mencionadas.

Más allá de si esta práctica resta transparencia al arbitraje o no y sin ánimos de entrar en un debate respecto de las reglas y directrices que los abogados y árbitros deben seguir, éste hecho sin lugar a dudas está afectando el desarrollo y las conclusiones a las que los árbitros lleguen sobre aquellos casos en donde la corrupción tanto por parte del inversor como del Estado está presente.

Sin duda existe o puede existir un sesgo real por parte del árbitro, derivado de sus puntos de vista expresados previamente en otros arbitrajes en los que actuó como abogado defensor y sobre aquellos asuntos de similar índole que deba resolver en su calidad de árbitro.

En palabras de Silva Romero y H. Hranitzky: “En los arbitrajes de inversión se debe interpretar los TBI que muchas veces contienen disposiciones similares, si no idénticas. Las mismas cuestiones legales o similares se plantean una y otra vez en estos casos. Además, todavía hay un grupo relativamente pequeño de árbitros con experiencia en arbitraje de inversiones, y la mayoría de estas personas también representan activamente a las partes en tales casos. Por lo tanto, no es inusual en el mundo del arbitraje de inversiones que se solicite a un individuo que se pronuncie sobre un asunto como árbitro en el que él o ella ha tomado o más tarde tomará el cargo de abogado de una de las partes en otro caso (...) De hecho, ha habido casos en los que un abogado, con el sombrero de abogado, ha citado un laudo que él o ella escribió cuando se desempeñaba como árbitro en otro caso. Los temores de que tales escenarios (u otros como ellos) puedan plantear preguntas sobre la imparcialidad del árbitro, o al menos la apariencia de imparcialidad a los ojos de un observador objetivo, se ven exacerbados por el hecho de que las disputas de inversión comúnmente plantean cuestiones de interés público, y el hecho de que, en contraste con la mayoría del arbitraje comercial, los laudos en arbitrajes de inversión están disponibles para el público” (Hranitzky, 2010).

Por tanto, hoy las firmas están haciendo hincapié en la doctrina del *equitable estoppel*, y cada vez son más las firmas de abogados que utilizan ese argumento para poder procurar que su cliente -el inversor extranjero que ha incurrido en actos de corrupción como los mencionados anteriormente- pueda solicitar una indemnización por parte del Estado, al sostener que este último participó en actos de corrupción y de ilegalidades, y que la única forma para poder hacer negocios e inversión con el Estado era rebajándose a las mismas prácticas subterfugias y como consecuencia de ello los tribunales arbitrales no deberían inhibirse ni declarar que carecen de jurisdicción para resolver sobre el fondo. Esos mismos abogados, son y/o serán los árbitros del mañana, y lógicamente la nueva generación de árbitros ya no aceptará el típico argumento del Estado sobre las “manos limpias” para oponerse al arbitraje y de ese modo en un futuro más cercano que tardó la doctrina de las “manos limpias” quedará obsoleta en aplicación de la doctrina del *equitable estoppel*.

VIII. Conclusión

En contra de la narrativa mediática que enarbola la bandera de la corrupción a Odebrecht y la bandera blanca al Estado peruano, podemos entrever el *maridaje* oscuro que subyace en las altas esferas de gobierno. En ese sentido y recogiendo lo visto hasta ahora, podemos concluir los siguientes puntos: 1) la doctrina del *equitable estoppel* impide al Estado usar como defensa los actos de corrupción del inversor (de los que fue parte también) y le impide a este demandar, por cuanto los derechos que reclama se fundaron en actos de corrupción, 2) la jurisprudencia del CIADI en casos contaminados con corrupción no es pacífica y puede beneficiar al Estado (por falta de jurisdicción o inadmisibilidad del reclamo) o al inversor (con grandes compensaciones), 3) El “double hat” va a cambiar la tendencia de los tribunales CIADI sobre rechazar su jurisdicción en aquellos casos en los que el inversor ha incurrido en actos de corrupción, en aplicación de la doctrina del *equitable estoppel*, 3) los actos de corrupción de determinados agentes u órganos de gobierno vinculan al entero aparato estatal y, por tanto, el Estado peruano responde por los actos de corrupción cometidos entre Odebrecht y el Gobierno que participó en ellos, de tal suerte que las alegaciones de corrupción que pudieran ventilarse en un eventual arbitraje, deberían afectar en igual magnitud al Estado peruano y a Odebrecht.

Si bien los casos ante el CIADI antes mencionados, no tienen todos los mismos matices de corrupción -ya que esta por su naturaleza puede tomar muchas formas-, sí que ponen de relieve que los casos que han sido contaminados, pueden limpiarse con una solución bidireccional; ya sea trasladándole el barro al Estado anfitrión o al inversor.

Por otro lado, dado el conjunto correcto de hechos y una cuidadosa estrategia de litigio, ha llegado el momento de que un tribunal del CIADI evite que un gobierno corrupto confíe en su propia corrupción como defensa de responsabilidad bajo los términos de un TBI. Tal resultado eliminaría el incentivo perverso y hará que los Estados ignoren deliberadamente la corrupción en el contexto de los contratos internacionales de inversión y alineen mejor la práctica y la intención del arbitraje internacional de inversiones.

El sistema de solución de controversias inversor-Estado ha sido recientemente criticado por la falta de previsibilidad, legitimidad y por una intervención excesiva de los Estados en el ejercicio de los poderes soberanos. A medida que los Estados confían en el sistema penal para hacer frente a los delitos económicos, esperan previsibilidad de los tribunales internacionales que revisan su comportamiento. Los inversores también se beneficiarían de una mayor coherencia ejercida por los tribunales en cuestiones relacionadas con delitos económicos.

Para garantizar la seguridad jurídica sobre los efectos del soborno, el lavado de dinero y otros delitos económicos en el derecho internacional de inversiones, los tratados deben incluir disposiciones sobre el efecto de los delitos económicos y la corrupción. Los Estados deberían facilitar la consolidación de estos acuerdos internacionales de inversión mediante la adopción de criterios de interpretación emitidos previamente, o mediante la sustitución de tratados antiguos por tratados modernos, ya sea uno a la vez o mediante acuerdos regionales. En esa dirección, p. ej. el modelo de

acuerdos FIPA canadiense, en particular, los FIPA y los TLC firmados a finales de la tercera generación -entre 2013 y 2016- incluyen lenguaje anti-corrupción. También, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros en su art. 8.18, inciso 3, respecto al ámbito de aplicación del acuerdo, establece: *“Para mayor seguridad, el inversor no podrá presentar una demanda con arreglo a la presente sección si la inversión se ha realizado mediante una **declaración dolosa, ocultación, corrupción, o un comportamiento que equivalga a un recurso temerario**”* (énfasis añadido).

Una nueva generación de tratados de inversión debe tener en cuenta tanto el derecho interno aplicable como las fuentes existentes de derecho internacional sobre delitos económicos junto con las mejores prácticas nacionales. Lo mismo debe predicarse en la práctica de los tribunales de inversión.

Los esfuerzos internacionales para reformar los acuerdos de inversión facilitarán una mayor seguridad jurídica dentro del sistema de resolución de disputas inversor-Estado. También mejoraría la legitimidad y previsibilidad del sistema de disputas inversor-Estado y conciliaría la lucha contra la delincuencia económica con la protección de los inversores extranjeros.

Referencias bibliográficas:

Transparency International. "Corruption Perception Index 2017".

CleanGovBiz. "The rationale for fighting corruption". *OECD*.

Jomart Joldoshev, "Proof of Corruption in International Investment Arbitration" (QMUL LLM dissertation, 2018) 6-9 (sin publicar, en archive con el autor)

R. Fathallah. "Corruption in International Commercial and Investment Arbitration: Recent Trends and Prospects for Arab Countries". *2 International Journal of Arab Arbitration (2010, Issue 3) pp. 65-90.*

Llamzon, Aloysius P. "Corruption in International Investment Arbitration".

Bullard, Alfredo. "Los fantasmas sí existen: La doctrina de los Actos Propios". *Ius et veritas*.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25 (fundamento 346).

Convenio CIADI, 2006, art. 41.

Caso CCI nro. 1110 de 1963

Cf. Julian Davis Mortenson, *The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law*, 51 HARV. INT'L L.J. 257, 309–10 (2010) ("To say that the definition of 'investment' has been contentious is an understatement..."); Jeremy Marc Exelbert, Note, *Consistently Inconsistent: What Is a Qualifying Investment Under Article 25 of the ICSID Convention and Why the Debate Must End*, 85 FORDHAM L. REV. 1243, 1267 (2016).

TBI Perú y Bélgica-Luxemburgo, 2005, art. 3.

TBI Perú y Bélgica-Luxemburgo, 2006, art. 7.

Cf. Methanex Corporation v. United States of America
World Duty Free Co Ltd v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7.

Véase, Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227

Véase, Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt,

ICSID Case No. ARB/05/15

Hranitzky, Dennis H. y Silva Romero, Eduardo, *The "Double Hat" Debate in International Arbitration*, New York Law Journal, June, 2010.