

Universidad de Lima
Facultad de Derecho
Carrera de Derecho



NECESIDAD DE PRONUNCIAMIENTO DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES FRENTE A INDICIOS DE CORRUPCIÓN EN LOS ARBITRAJES CON EL ESTADO

Tesis para optar el título profesional de Abogado

Johanna Meier Von Schierenbeck Suito

Código 20142976

Franco Andre Luna Manga

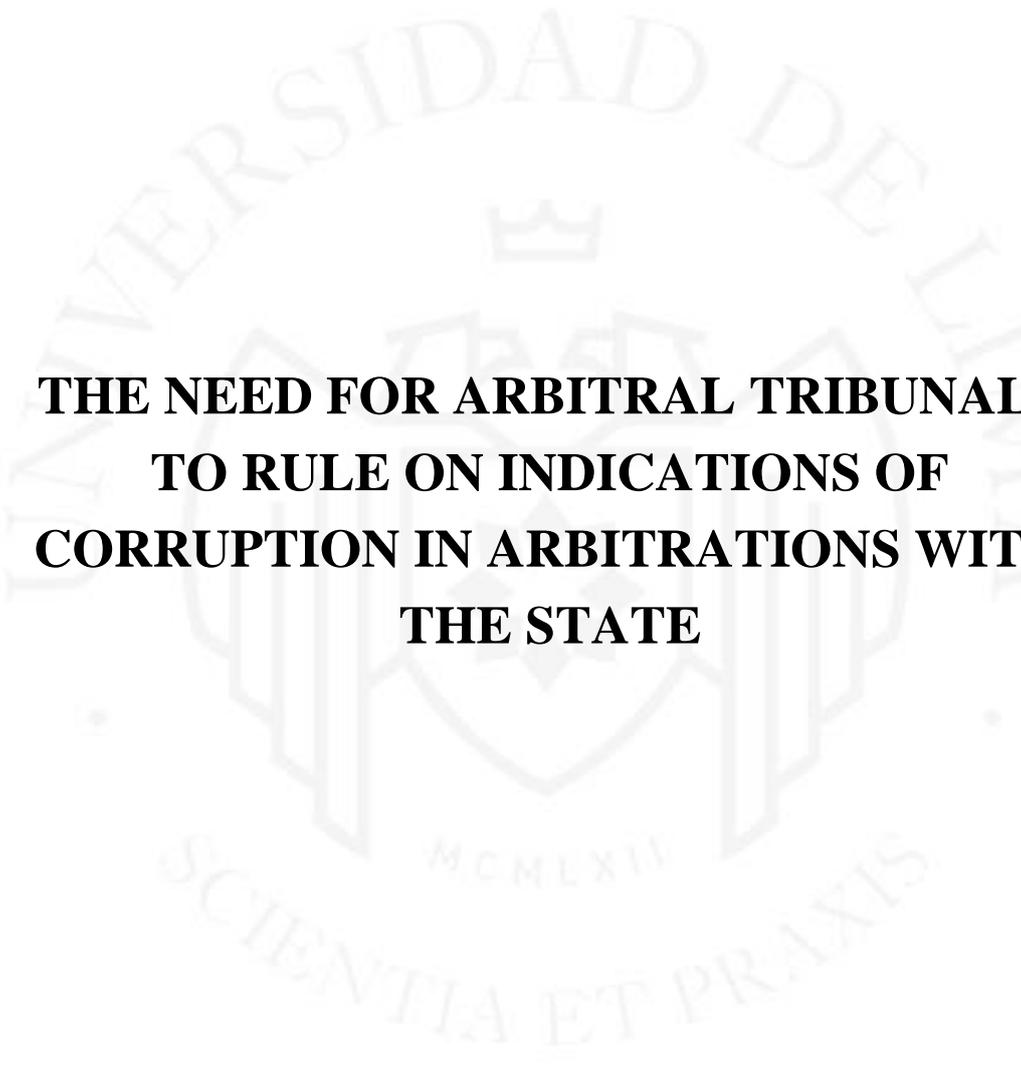
Código 20152535

Asesor

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Lima – Perú

Febrero de 2023



**THE NEED FOR ARBITRAL TRIBUNALS
TO RULE ON INDICATIONS OF
CORRUPTION IN ARBITRATIONS WITH
THE STATE**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
Nota previa	1
Motivación.....	2
Problemática.....	4
Problema general	4
Problemas específicos	4
Justificación.....	4
Objetivos de la investigación	10
Objetivo general	10
Objetivos específicos.....	11
Ámbito de la investigación.....	11
Tipo de investigación	12
Metodología de la investigación.....	12
CAPÍTULO PRIMERO: EL ARBITRAJE Y LA CORRUPCIÓN EN EL PERÚ	13
1.1 El arbitraje: antecedentes y escenario actual.....	13
1.2 La corrupción: impacto social, económico y político.	17
1.3 La corrupción y su presencia en arbitrajes.	20
CAPÍTULO SEGUNDO: DEFINICIONES Y CONCEPTOS.....	24
2.1 Arbitrabilidad	24
2.2 Kompetenz Kompetenz	29
2.3 Orden público	32
2.4 Deber de confidencialidad.....	34
CAPÍTULO TERCERO: EL ROL DEL TRIBUNAL ARBITRAL FRENTE A	37
ALEGACIONES DE CORRUPCIÓN	37
3.1 La posibilidad de pronunciarse sobre hechos delictivos	37
3.1.1 Un caso relevante sobre arbitrabilidad: el Caso CCI N° 1110 (1963)	41

3.1.2 Estado de la cuestión actual	44
3.2 La aplicación del principio sua sponte	55
3.3 El estándar y la carga probatoria	60
3.3.1 El estándar probatorio aplicado en arbitrajes	60
3.3.2 La posibilidad de invertir la carga probatoria	68
3.4 La doctrina de Clean Hands	72
3.5 Prejudicialidad penal	79
CAPÍTULO CUARTO: LA FUNCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL EN PRESENCIA DE INDICIOS DE CORRUPCIÓN.....	82
4.1 El deber de confidencialidad	82
4.2 ¿Medio probatorio o carácter vinculante?	90
4.3 La anunciada anulación del laudo.	95
CAPÍTULO QUINTO: ANÁLISIS Y COMPARACIÓN DE LOS DIFERENTES TIPOS DE ARBITRAJE	108
5.1 Arbitrajes de Inversión	108
5.2 Arbitrajes comerciales internacionales.....	114
5.3 Arbitrajes en Contrataciones con el Estado (Perú).....	117
5.4 Conclusiones	126
CAPÍTULO SEXTO: ANÁLISIS COMPARADO	128
6.1 Francia.....	128
6.2 Estados Unidos.....	131
6.3 Singapur	133
6.4 Inglaterra	135
6.5 Conclusiones	137
CONCLUSIONES (REFLEXIONES) FINALES.	139
REFERENCIAS	142

DEDICATORIA

No podemos empezar esta tesis sin antes dar nuestro infinito agradecimiento a las personas que hicieron posible la culminación de este trabajo. Agradecemos, en primer lugar, a nuestros padres y familiares, por sus apoyos incondicionales y sus mejores lecciones. Además, agradecemos a nuestra asesora, Roxana Jiménez, por su constantes aportes e ideas a este trabajo, al igual que su paciencia y amistad.

Para *Fines Académicos*, nuestro querido grupo de estudio.



RESUMEN

La presente investigación jurídica tiene como objetivo analizar, mediante una metodología inductiva y deductiva, si los tribunales arbitrales pueden pronunciarse sobre posibles actos de corrupción en un arbitraje donde el Estado peruano es parte, y si, de ser legalmente factible, deben hacerlo.

Para este lograr este propósito, en primer lugar, se aborda y estudia el escenario actual del arbitraje y la corrupción en el Perú, a modo de sentar una base para el posterior análisis de la práctica arbitral y su normativa, tanto a nivel nacional como internacional.

Luego, el análisis se centrará en el rol del tribunal arbitral frente a las alegaciones de corrupción, desarrollando la posibilidad de pronunciarse sobre hechos delictivos, trayendo a colación distintos casos que ponen en evidencia la viabilidad del objetivo de la presente investigación, la aplicación del principio *sua sponte* y el estándar probatorio aplicado en los arbitrajes. De manera posterior, se desarrollará la función del laudo arbitral ante los indicios de corrupción, y se ahondará en lo relativo al deber de confidencialidad -si tiene o no carácter vinculante-, y en la temida anulación del laudo arbitral.

Finalmente, se analizarán y compararán los diferentes tipos de arbitrajes y las diferencias en cuanto a la normativa a nivel internacional, explorando cómo los mecanismos que corresponden a cada uno de ellos afectan la forma en que se deberían tratar las alegaciones de corrupción.

Palabras clave: arbitrabilidad, kompetenz kompetenz, orden público, deber de confidencialidad

ABSTRACT

The purpose of this legal research is to analyze, through an inductive and deductive methodology, whether the arbitral tribunals should rule on possible acts of corruption in an arbitration where the Peruvian State is a party and whether they are legally and factually allowed to do so.

In order to achieve this purpose, in the first place, it seeks to address and study the current scenario of arbitration and corruption in Peru, in order to lay a foundation for the subsequent analysis of the arbitration practice and its regulations, both nationally and internationally.

It then focuses on the role of the arbitral tribunal in the face of allegations of corruption, developing the possibility of ruling on criminal acts, bringing to light different cases that highlight the feasibility of the objective of our research, the application of the principle of *sua sponte* and the evidentiary standard applied in arbitration. Subsequently, the role of the arbitral award in the face of corruption indications will be developed, delving into the duty of confidentiality, whether or not it is binding and the feared annulment of the arbitral award.

Finally, it will analyze and compare the different types of arbitration and the differences in terms of international regulations, exploring how the mechanisms that correspond to each of them affect the way in which allegations of corruption should be dealt with.

Keywords: arbitrability, kompetenz kompetenz, public policy, duty of confidentiality

INTRODUCCIÓN

Nota previa

Corruption is paid by the poor [La corrupción es pagada por los pobres.] Estas palabras, dichas por el Papa Francisco, resuenan en nosotros y en los objetivos que nos planteamos al iniciar el presente trabajo de investigación.

Cierto es que, a pesar de los múltiples esfuerzos realizados, la corrupción ocupa un rol cada vez más presente en nuestra sociedad, agravando la situación de muchos, sobre todo de quienes carecen de recursos. No han sido pocas las iniciativas de los distintos poderes del Estado en procura de mitigar este cáncer en nuestra sociedad; sin embargo, estas propuestas, estos proyectos, terminan diluyéndose o, peor aún, contaminándose de la propia enfermedad.

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo poner en evidencia la necesidad de un pronunciamiento por parte de los tribunales arbitrales, en arbitrajes donde el Estado sea parte, cuando se encuentren frente a indicios de corrupción vinculados a la materia controvertida que fueron encargados a resolver. Esta necesidad ocurre en todo tipo de arbitrajes donde el Estado participa, incluyendo arbitrajes domésticos, comerciales-internacionales y arbitrajes de inversión. Esta práctica que planteamos y desarrollaremos a lo largo de nuestra tesis es novedosa en nuestro país, si bien ha sido y sigue siendo extensamente abordada y discutida a nivel internacional; en efecto, en el Perú son pocos los estudios y referentes que se han atrevido a opinar del tema y menos aún quienes han decidido apoyar y promover dicha práctica.

Con la finalidad de comprender los límites y formas en que se ejecutaría la propuesta de esta tesis, hemos optado por analizar distintos aspectos vinculados a las facultades que tienen los árbitros dentro de los arbitrajes. De esa forma, se ha investigado cómo los árbitros pueden justificar un pronunciamiento sobre actos de corrupción, el origen de esta práctica y cómo se ha venido llevando a cabo en distintos países e instituciones arbitrales. Asimismo, ha sido objetivo de investigación el desarrollo de esta práctica y cómo se ve directamente afectada por la regulación arbitral local. Cabe precisar que este trabajo no se extiende a investigar normas o pensamientos correspondientes al derecho penal, limitándose al estudio de la doctrina, normativa y jurisprudencia arbitral.

Finalmente, sostenemos con absoluta convicción que la corrupción es un tema que nos compete a todos los peruanos. A un nivel más personal, como futuros abogados y ciudadanos de este país, optamos por dedicar este trabajo de investigación a poner nuestro aporte, nuestro grano de arena, y a buscar herramientas innovadoras para contribuir con la lucha contra la corrupción. Hemos presenciado acontecimientos que han sido conocidos y criticados a nivel mundial como actos reprochables, que han puesto al Perú en el ojo público por las razones equivocadas.

Motivación

El presente trabajo de investigación responde a una profunda motivación personal por encontrar alguna herramienta que pueda ser eficiente para mitigar la corrupción en el Perú, la cual hemos presenciado con mucha intensidad durante nuestros años de formación universitaria en la Universidad de Lima.

Desde que ingresamos a la Facultad, los acontecimientos políticos de nuestro país han sido incontables, y casi todos ellos derivan de actos corruptos que, en otros países, serían impensables. Las vacancias presidenciales, los conflictos interminables entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, el manejo indebido de recursos públicos, los acuerdos colusorios con empresas privadas, la impunidad, entre tantos otros, han llevado a que nuestro país se caracterice por una política poco fiable y segura y unas prácticas en general poco éticas.

En ese contexto, cuando éramos practicantes preprofesionales, un día surgió la interrogante de si árbitros podían pronunciarse sobre hechos de corrupción, y esa interrogante se trasladó a uno de nosotros bajo el encargo de investigar sobre tal posibilidad. Al inicio pensamos que sería difícil encontrar sustento a esa hipótesis, pero nos fuimos dando cuenta que ya venía siendo una práctica reconocida en otros países. Y es que la corrupción no es intrínseca a una comunidad, a un país, a un grupo concreto de personas; la corrupción es un mal que atañe al ser humano en su condición de tal –así como las virtudes, como la honestidad, la bondad, etc.-, por lo que es parte de la historia. Por ello, no es un problema nuevo, y evidentemente, no es un problema que no se haya abordado antes.

Siendo amigos desde hace muchos años, acordamos elaborar una tesis juntos, y meses después, nos comprometimos a elaborarla sobre este tema, que nos resultaba tan estimulante. Obviamente, el alcance de la tesis inicialmente propuesta a nuestra asesora cambió drásticamente. En un inicio, nuestra tesis estaba enfocada en la idea difusa de comprobar la necesidad de que los tribunales se pronuncien sobre corrupción en cualquier tipo de arbitraje.

Posteriormente, vimos que era más adecuado centrarnos en los arbitrajes donde el Estado sea parte, ya sea bajo la Ley de Contrataciones del Estado, bajo otras modalidades de contratación y/o los arbitrajes en materia de inversiones. De esa manera, podríamos enfocarnos únicamente en el comportamiento ilícito que pueda surgir de entidades públicas. Las reglas y prácticas arbitrales pueden utilizarse para permitir que los árbitros puedan pronunciarse sobre hechos de corrupción. De esa manera, se puede obtener un pronunciamiento que corrobore la presencia de actos ilícitos, y que merezca ser posteriormente objeto de una sanción penal.

Al ser un árbitro quien decidirá sobre este hecho, se obtiene un pronunciamiento de parte de una persona especializada, quien confirmará si existió corrupción en un determinado evento. Con ello, se validará (y por tanto ayudará) algún intento de las autoridades respectivas de imponer una sanción, la cual, como sabemos, sirve para reducir la presencia de corrupción en nuestro país, y así, además, puede ejemplarizar y mostrar que nuestro país no tolera la corrupción.

Es por ello que es nuestra intención que esta investigación sirva de nexo para que la lucha contra la corrupción en el Perú pueda verse mejorada. El ciudadano peruano merece que las autoridades correspondientes sean personas capacitadas, solidarias y, sobre todo, fiables. Por ello, consideramos necesario que se puedan proponer la mayor cantidad de herramientas posibles.

En los años de investigación y redacción del presente trabajo de investigación, ha sido un motor muy especial el tener presente la necesidad de que la corrupción sea combatida, y con herramientas que caractericen las mejores prácticas mundiales. Personalmente, nos identificamos de modo pleno con la justificación expuesta en el presente trabajo y buscaremos la manera de mejorar aún más esta investigación.

En paralelo, este trabajo nos ha demostrado nuestra capacidad de investigación y compromiso en buscar problemas que requieran una solución y ser creativos al investigar

y proponer soluciones (dicho de otro modo: salir de nuestra *zona de confort*). Asimismo, nos ha motivado en el ámbito académico, evidenciando la satisfacción que la labor de investigación genera en nosotros.

Problemática

Problema general

¿El pronunciamiento por parte del tribunal arbitral sobre indicios de corrupción es fáctica y jurídicamente posible en los arbitrajes con el Estado?

Problemas específicos

¿Por qué los tribunales arbitrales se declaran incompetentes cuando se presentan indicios de corrupción en arbitrajes donde el Estado peruano es parte?

¿Qué requisitos deben cumplirse para que un tribunal arbitral pueda pronunciarse sobre indicios de corrupción dentro de un arbitraje y cuáles serían los límites de dicho pronunciamiento?

¿Cuál es el estándar probatorio que deberá seguir un tribunal arbitral para pronunciarse sobre indicios de corrupción?

¿Cuál sería el carácter o utilidad del laudo o pronunciamiento sobre indicios de corrupción dentro de un arbitraje?

¿Las alegaciones de corrupción atendidas por árbitros se configurarían como una causal de anulación de laudo?

Justificación

La corrupción constituye uno de los temas de mayor relevancia en la actualidad. Ya sea a partir de actos cometidos por jefes de Estado, por Magistrados, por parlamentarios, por alcaldes o, en general, por distintos funcionarios públicos a todo nivel, diversas instituciones han sufrido los efectos políticos, sociales y económicos que acarrea la corrupción, especialmente en nuestra región.

En nuestro país la corrupción es un problema histórico y puede calificarse de sistémico por su presencia en todo ámbito, así como por su intensidad. En tiempos recientes, con el escándalo surgido por los actos y contratos que se suscribieron con la empresa Odebrecht, con los escándalos relacionados a la denominada “Red Orellana”, así como otros diversos eventos conocidos en los medios, se ha colocado al Perú en una palestra mediática que ha evidenciado la crisis que debe enfrentarse. Esta situación, como es natural, afecta al Estado en todos sus niveles, lo que resulta más grave si se toma en cuenta que estas circunstancias –y sus consecuencias- han sido replicadas por medios de comunicación en diversos países.

A manera de ejemplo, el diario estadounidense New York Times ha expuesto su análisis en el que concluye que la corrupción ha sido uno de los elementos que ha llevado al Perú a una grave crisis, señalando lo siguiente:

Perú ha vivido ocho golpes militares en el siglo XX. Pero en las últimas dos décadas, el país se había convertido en una democracia relativamente estable, con disminución en los índices de pobreza y un crecimiento económico sostenido. Y, sin embargo, la corrupción se mantuvo profundamente enraizada. Cuatro presidentes recientes estuvieron o están siendo investigados por acusaciones de aceptar pagos ilícitos de Odebrecht, la megaempresa de construcción brasileña que corrompió a casi todos los países de la región. (Goldenberg, 2021, párr. 2)

Los irregulares contratos que ha venido suscribiendo el Estado con alguna empresa privada, ya sea nacional o extranjera, menoscaban no solo los recursos ilícitamente entregados, sino que destruyen la confianza de las personas en las instituciones y en las autoridades, generando descontento y ahondando, por ende, la crisis de valores, en un círculo vicioso inacabable y cada vez más pernicioso.

Los países afectados han recurrido a estrategias para mitigar la presencia de la corrupción, como la emisión de nuevas leyes, la creación de programas e iniciativas que muchas veces no logran ser un medio idóneo o suficiente, con lo que no se alcanza más que resultados superficiales y efímeros, lo cual conlleva a un uso ineficiente de los recursos que poseen a su alcance.

Consideramos –y en esto se sustenta nuestra tesis- que con la finalidad de minimizar el costo y de incrementar la eficiencia, el Estado puede utilizar herramientas

que ya se encuentran vigentes y en funcionamiento, las cuales pueden incluso ayudar a mitigar con los efectos surgidos por posibles actos delictivos. Dentro de esas herramientas se encuentra el arbitraje.

Este mecanismo de solución de conflictos es conocido como una vía alterna a los procesos judiciales, que suele solucionar controversias vinculadas a relaciones contractuales. Sin embargo, consideramos que también puede ser utilizado, de ser el caso, para la emisión de una decisión motivada sobre posibles actos de corrupción, lo cual permitiría la resolución de conflictos civiles que surjan por actos ilícitos, y la obtención de un documento que sirva para apoyar las futuras decisiones que tomen los jueces penales.

El uso del arbitraje para resolver esta serie de controversias no sólo se limita a las ventajas ya mencionadas. Puede permitir que las instituciones arbitrales brinden apoyo a fiscalías y funcionarios encargados de iniciar o llevar a cabo los respectivos procesos penales que surjan por los mismos actos delictivos cometidos. De esa manera, las personas encargadas de tramitar los mencionados procesos podrán contar con información y pruebas que sirvan para un mejor manejo del proceso judicial correspondiente.

Ahora bien, este supuesto encuentra un escollo teórico consistente en la idea de que el arbitraje, al ser un mecanismo que resuelve esencialmente discrepancias contractuales y privadas, no sería la vía idónea para resolver y emitir un pronunciamiento acerca de posibles actos de corrupción, justamente por no ser una materia legalmente arbitrable.

Sin embargo, nos resulta claro que pueden darse casos en los que un tribunal arbitral, como parte de su obligación de resolver la materia controvertida, deba pronunciarse sobre este tipo de hechos.

Por un lado, puede tenerse el escenario donde uno de los puntos controvertidos consista en determinar si un contrato es nulo o no por fin ilícito y que dicha alegación se base en posibles actos de corrupción. En ese caso, el tribunal arbitral deberá resolver y justificar por qué es que considera que el contrato es o no nulo, pronunciándose sobre su ilicitud y los fundamentos de esta.

Pero podría también ocurrir que el tribunal arbitral se enfrente ante la misma alegación, pero opte por pronunciarse como no competente para el arbitraje. En este caso, en el pronunciamiento en el cual el tribunal se declare no competente, cabría que sustente esto último en la existencia de indicios de corrupción, haciendo alusión de igual forma a los presuntos hechos delictivos detectados durante el proceso.

A manera de ejemplo, revisemos la situación particular de nuestro país. La Ley que regula el Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071) específicamente establece en el segundo artículo: “Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen” (Presidencia de la República del Perú, 2008).

La norma es clara al establecer qué clases de controversias pueden someterse a un proceso arbitral y a disposición de un Tribunal Arbitral. Resulta evidente que los delitos de corrupción, *per se*, no son arbitrables, pues ni el Decreto Legislativo citado ni los acuerdos internacionales que fueron ratificados por el Estado Peruano permiten que un delito sea sometido a arbitraje. Más aún si se trata de una materia reservada a la jurisdicción estatal penal, donde el Ministerio Público investiga y el Poder Judicial examina y decide en este ámbito.

Así, un tribunal arbitral no debería tener la competencia para resolver acerca de delitos de corrupción.

Sin embargo, y sin desvirtuar las nociones y competencias legales antes señaladas, consideramos que es factible reconocer la legitimidad y la legalidad que posee el tribunal arbitral para pronunciarse sobre posibles actos de corrupción relacionados al caso, por un motivo muy evidente: es obligación del tribunal arbitral resolver la controversia contractual sobre la cual se le ha designado, motivando su decisión y, si es necesario, emitiendo un pronunciamiento sobre la presunta presencia de actos de corrupción que justifiquen su decisión (sin calificarlo en términos de derecho penal, pues no es su competencia sino la del juez penal).

Esto ha sido incluso reconocido por diversos autores en la doctrina a nivel internacional. Al respecto, Born (2009) reflexiona del siguiente modo:

...insofar as arbitrators are requested to make a binding arbitral award through an adjudicative process, either awarding monetary sums or declaratory relief, it is a vital precondition to the fulfillment of this mandate that they consider and decide claims that contractual agreements are invalid, unlawful, or otherwise contrary to public policy... a tribunal is incapable of deciding that Party A is legally obligated to pay €100, or to hand over specified property, to Party B without considering public policy objections to the existence of such an obligation. Inherent in the legally binding resolution of a dispute and the making of a legally binding award is the duty to consider and resolve public policy (and other mandatory legal) objections. [...en la medida en que se solicite a los árbitros que dicten un laudo arbitral vinculante, ya sea que se concedan sumas de dinero o una reparación declaratoria, es una condición previa vital para el cumplimiento de este mandato que consideren y decidan las reclamaciones de que los acuerdos contractuales son inválidos, ilegales o de otro modo contrarios al orden público (...) un tribunal es incapaz de decidir que la Parte A está legalmente obligada a pagar 100 euros, o a entregar determinados bienes a la Parte B sin considerar las objeciones de orden público a la existencia de tal obligación. Inherente a la resolución jurídicamente vinculante de una controversia y a la emisión de un laudo jurídicamente vinculante está el deber de considerar y resolver las objeciones de orden público (y otras objeciones jurídicas obligatorias)]. (p. 2183)

Ciertamente, las defensas de las partes pueden basarse expresamente en los tratos corruptos de la otra parte, o en algún elemento relacionado a corrupción derivado de un contrato que viene siendo discutido en un arbitraje. En ambos casos un tribunal arbitral está obligado a pronunciarse sobre la posible existencia de actos corruptos en ese contrato, para resolver la controversia de las partes.

Dicha postura ha sido adoptada por la mayoría de los juristas y expertos en arbitraje, los cuales han llegado incluso a considerar viable que un tribunal arbitral emita un pronunciamiento de oficio.

Al respecto, Emmanuel Gaillard y John Savage (2009) razonan del siguiente modo:

The arbitrators will also fail to comply with their brief by ruling ultra petita or, in other terms, by ruling on claims not made by the parties... [However,] The fact

that arbitrators may have based their decision on allegations or arguments which were not put forward by the parties does not amount to a failure to comply with their brief. They only fail to comply with their brief where they grant one of the parties more than it actually sought in its claims. [Los árbitros tampoco cumplirán con su postura al fallar ultra petita o, en otros términos, al fallar sobre alegaciones no presentadas por las partes (...)] [Sin embargo] El hecho de que los árbitros puedan haber basado su decisión en alegaciones o argumentos no presentados por las partes no equivale a un incumplimiento de su escrito. Sólo incumplen su escrito cuando conceden a una de las partes más de lo que realmente solicitó en sus demandas.] (p.941)

Lo señalado por los autores citados no sólo permite la posibilidad de resolver conflictos civiles envueltos en presuntos actos corruptos, sino también permite que pueda existir un futuro pronunciamiento que ayude o asista al trámite de futuros procesos penales. Una postura similar a la citada, junto a la correcta aplicación de leyes efectivas, puede apoyar al sistema penal de los países.

Por ejemplo, en Singapur, el artículo 39 de su propia Ley sobre la Corrupción, el Tráfico de Drogas y Otros Delitos Graves (Parlamento de Singapur, 2021), establece la obligación de informar sospechas de delitos para cualquier persona, y no solo para funcionarios públicos, a diferencia del Perú. Además, se declara expresamente que cualquier revelación que se haga no constituirá ningún tipo de violación a cualquier restricción legal o contractual que exista.

En concordancia con dicha norma, el Reglamento del Centro de Arbitraje de Singapur (2010) dispone que las partes o los árbitros pueden revelar los asuntos relacionados con un arbitraje, en cumplimiento de las disposiciones de las leyes de cualquier Estado que sean obligatorias para la parte que hace la revelación. De esa manera, ha existido una relación de cooperación entre dicha institución arbitral y las autoridades encargadas de iniciar o llevar a cabo procesos penales, lo cual ha servido para acelerar los mencionados procesos judiciales y para poder obtener una decisión mayormente motivada y ajustada a los hechos y al derecho aplicable.

En el 2019, el Centro de Arbitraje Comercial Internacional y el Programa de Derecho Anticorrupción Internacional de los Estados Unidos organizó un panel titulado "Manejo de alegaciones de corrupción en Arbitraje y Resolución de Disputas Judiciales",

realizado por Björn Arp y Adam Briscoe (2019) en la Universidad de Washington de Derecho. El panel fue sumamente novedoso debido a la convergencia de fuerzas entre el Programa Anticorrupción y el Centro de Arbitraje, todo para proporcionar un análisis interdisciplinario realizado por expertos sobre el carácter transversal de la corrupción. Jueces, académicos y profesionales del arbitraje conversaron sobre corrupción, tanto en el arbitraje internacional como en los litigios nacionales, y en cómo este llega a impactar diversos ámbitos jurídicos, la economía, la política y hasta la misma población (p.2).

Björn Arp y Adam Briscoe (2019) detallaron que Nancy Boswell, Directora del Programa de Derecho Anticorrupción Internacional de los Estados Unidos, destacó la importancia de lograr un consenso internacional en materia de corrupción, y cómo esto sigue siendo un reto fundamental para todos, señalando lo siguiente: “Although there is still no universal definition for corruption, international consensus has been reached on the fact that corruption is harmful, wrong, and an unacceptable cost to pay”. [Aunque todavía no existe una definición universal de la corrupción, se ha llegado a un consenso internacional sobre el hecho de que la corrupción es perjudicial, errónea y supone un costo inaceptable]. (p.2).

Ahora bien, para concretar la viabilidad de que en un arbitraje se pueda emitir pronunciamiento sobre presuntos actos de corrupción, y para permitir que exista esta asistencia a los funcionarios pertinentes, es necesario abarcar diversos temas que permitan ambas hipótesis. Entre ellas, se debe determinar la ley aplicable para la resolución de conflictos derivados de actos delictivos, el estándar probatorio que se debe llevar a cabo en un arbitraje de este tipo, los límites relacionados a la competencia del tribunal arbitral, entre otros. Por ese motivo, el objetivo de la presente investigación es aportar una herramienta célere y efectiva para mitigar la corrupción que surja de contratos suscritos por diversas partes.

Objetivos de la investigación

Objetivo general

Analizar si es jurídicamente viable que un tribunal arbitral se pronuncie sobre posibles actos de corrupción en un arbitraje donde el Estado peruano es parte.

Objetivos específicos

Demostrar que un tribunal arbitral puede pronunciarse sobre elementos de corrupción, ya sea de parte o de oficio, en mérito de la correcta interpretación de los principios que avalan el deber del árbitro de pronunciarse sobre estos.

Evaluar si el Tribunal Arbitral debe mantener un estándar probatorio civil ante la resolución de controversias que involucren actos de corrupción, o si debe adoptar un estándar probatorio alto.

Promover que el Tribunal Arbitral no invierta la carga probatoria cuando se advierta indicio, sospecha o alegación de corrupción contra una de las partes.

Plantear la posibilidad de que el tribunal arbitral pueda informar a las autoridades correspondientes acerca de la posible comisión de un delito por una de las partes.

Avalar el uso del laudo arbitral o pronunciamiento como medio probatorio -sin que este tenga carácter vinculante- dentro de un proceso penal cuando se haga alusión a un presunto acto de corrupción.

Evaluar si el pronunciamiento de un tribunal arbitral sobre presuntos actos de corrupción tendría un impacto relevante y positivo sobre el manejo de posibles actos delictivos en el Perú.

Ámbito de la investigación

El presente trabajo de investigación se enfoca en analizar exclusivamente doctrina y jurisprudencia arbitral para determinar si los tribunales arbitrales se encuentran en la posibilidad de pronunciarse sobre posibles actos de corrupción cuando el Estado participa como parte.

Si bien la problemática planteada se encuentra ligada al ámbito penal, nuestro trabajo no se extiende a dicha rama. La presente investigación examina lo que ocurre en el transcurso del arbitraje, basándonos en normativa, jurisprudencia y doctrina arbitral, para poder determinar la viabilidad de la hipótesis propuesta.

Tipo de investigación

La investigación desarrollada en el presente trabajo es bibliográfica y exploratoria. En los siguientes párrafos explicaremos los motivos por los cuales esta tesis fue orientada hacia estos tipos de investigación.

Por un lado, ésta será bibliográfica toda vez que encuentra sustento en fuentes normativas como doctrinarias, tanto nacionales como internacionales, para examinar el problema planteado para esta investigación y contrastar la hipótesis, teniendo en cuenta el objetivo general y los objetivos específicos detallados líneas atrás. Por estos motivos, para la elaboración de esta tesis hemos revisado a diversos autores que han examinado la materia desarrollada y han publicado posturas estrechamente vinculadas con el problema de investigación.

Por otro lado, la investigación será exploratoria ya que la misma se sustenta de diversas fuentes que describen cómo algunos árbitros han abarcado alegaciones de corrupción en arbitrajes donde el Estado es parte, así como sus efectos en diversos países. De igual manera, se ha recurrido a fuentes que permiten identificar los sustentos jurídicos y prácticos que permiten a los árbitros pronunciarse sobre hechos de corrupción. En consecuencia, será posible identificar estos elementos, determinar si es posible que los árbitros puedan optar por esta postura en el Perú y preguntarse acerca de cuáles retos o problemas podrían enfrentar al hacerlo.

Metodología de la investigación

La metodología del presente trabajo tiene un matiz tanto deductivo como inductivo. Respecto al primero, ello se debe a que se ha partido de normativa arbitral y de principios legales que rigen el sistema jurídico peruano para determinar si es posible que los árbitros puedan pronunciarse sobre alegaciones de corrupción en el Perú, corroborando su factibilidad jurídica y práctica.

No obstante, la investigación realizada para esta tesis tiene un matiz inductivo, pues se ha partido de casuística y jurisprudencia internacional para examinar cómo se ha abarcado la hipótesis planteada en otros países, y así analizar la posibilidad de que ciertas prácticas puedan ser legalmente aplicadas en el país.

CAPÍTULO PRIMERO: EL ARBITRAJE Y LA CORRUPCIÓN EN EL PERÚ

1.1 El arbitraje: antecedentes y escenario actual

Mucho antes de que se establecieran las leyes, se organizaran los tribunales o los jueces formularan principios de derecho, los hombres habían recurrido al arbitraje para la resolución de discordias, el ajuste de diferencias y el arreglo de disputas. Para algunos, uno de los primeros árbitros, bajo la figura y características y no el nombre, fue el mismísimo Salomón. Elkouri y Elkouri (1960, como se citó en Emerson, 1970, p. 1) consideran no solo que Salomón era un árbitro, sino también que el procedimiento que utilizaba era, en muchos aspectos, similar al que utilizan los árbitros actuales. Hasta el Antiguo Testamento que todos conocemos contiene alusiones a instituciones que reflejan los inicios del arbitraje como práctica y *modus operandi*, sin mencionar su presencia indirecta en Grecia, Atenas, Esparta y Roma con la Ley de las XII Tablas.

En el Derecho Romano existía el proceso público y el proceso privado, siendo un rasgo particular de este último el que la definición del litigio o controversia se otorgase siempre a través de un acto inicial de parte- al estar involucrado un interés particular- y que la decisión de la controversia no se encomiende a un órgano jurisdiccional, sino a un órgano privado que las partes elegían o aceptaban. Asimismo, se comprometían a acatar la decisión sobre la base de un contrato arbitral, la *litis contestatio* (Elkouri & Elkouri, 1960, como se citó en Emerson, 1970).

No cabe duda de que el Arbitraje no es una novedad, sin embargo, es recién en la década de los 90 que el arbitraje, como mecanismo extrajudicial de solución de conflictos, ha tomado impulso legislativo para ser no solo altamente utilizado por los privados, sino como mecanismo impuesto y promovido por las autoridades, en determinadas controversias.

Históricamente, el arbitraje siguió con su peregrinaje por el antiguo mundo hasta llegar a tierras americanas en la época colonial, de la mano de la legislación española. Esta legislación estuvo con nosotros, acompañándonos en la época de la conquista y durante el Virreinato, por lo que se considera indubitablemente un antecedente de la política y legislación peruana.

No podemos olvidar su inclusión en nuestras constituciones, empezando por la Constitución de Cádiz de 1812, considerada la Constitución de la monarquía española, luego la Constitución de Huancayo de 1839, la Constitución de 1920, la Constitución de 1979 hasta la que tenemos el gusto de llamar nuestra actual constitución, la Constitución de 1993.

Nuestra primera ley de arbitraje en el Perú, aprobada por el Decreto Ley N° 25935, marca un hito, un antes y un después, entre el régimen de arbitraje anterior regulado hasta ese momento en el Código de Santa Cruz de 1836, Código de Enjuiciamiento Civiles de 1912, el Código Civil de 1984 y en el Código Procesal Civil de 1993, y el régimen arbitral actual regulado en el Decreto Legislativo N° 1071, que representa una legislación moderna sobre el arbitraje, brindándole autonomía procesal frente a la normativa relativa al proceso civil peruano e independencia en el ejercicio de la función arbitral de los tribunales arbitrales y señalando expresamente la prohibición de la injerencia judicial una vez instalado el arbitraje.

Fernando de Trazegnies comenta que el arbitraje es una institución post moderna, que ha quedado no por el tiempo en el que surge, sino por su motivo, pues surge como reacción contra el monopolio de la función jurisdiccional del Estado, algo que se constituye como una característica de la ideología jurídica moderna o liberal.

Así, en 2008 se promulgó el reconocido Decreto Legislativo N°1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, considerada por muchos, a la fecha, de las mejores normativas que tenemos en el país. Esta norma que reemplazó la anterior Ley General de Arbitraje, la Ley 26572, se basó en un modelo internacionalmente aceptado y promovido por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL por sus siglas en inglés. Esta ley, más conocida como la “Ley Modelo UNCITRAL”, fue producto de múltiples deliberaciones y aportes por grandes expertos en el tema, teniéndose en cuenta distintos aspectos como el ámbito de las inversiones, el comercio, y, por supuesto, la solución de controversias.

Desde que fue publicado el Decreto Legislativo N° 1071 y en sus catorce años de vigencia, solo ha sido modificado en dos oportunidades, y es que esta norma no está manchada de matices políticos, sino que es el fruto de un grupo de personas sumamente preparadas y experimentadas, que mantenían una estrecha relación con la práctica del arbitraje y esto, de la mano con su fuente de inspiración, resultan en una norma a la

vanguardia y un sistema jurídico arbitral de primera que brinda reconocimiento al país en este ámbito a nivel internacional.

Un cambio que vale la pena destacar es el salto al régimen monista. Esto significa que pasamos de una ley que contenía normas aplicables al arbitraje doméstico y otras al arbitraje internacional, a una ley que avala y plantea la aplicación de las mismas normas para ambos arbitrajes, teniendo en cuenta ciertas estipulaciones exclusivamente al arbitraje internacional, debido a su naturaleza propia.

Otra razón por la cual se considera superior la nueva ley de arbitraje es la forma en la que norma el convenio arbitral. El Decreto Legislativo N°1071 amplía el espectro relativo a la exigencia de la forma escrita, detallando, por ejemplo (entre otros) que este requisito se considerará cumplido cuando “quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio” quedando comprendida cualquier forma de registración del acuerdo de voluntad entre las partes.

A pesar de lo anterior, la anterior Ley General de Arbitraje (Ley 26572) de 1996 logró regular el convenio arbitral con mayor acierto que la norma que la precede, la Ley Peruana de Arbitraje de 1992, dotándolo de plena autonomía y superando la problemática dualidad cláusula compromisoria-compromiso arbitral con su definición del convenio arbitral. Así, el vigente Decreto Legislativo 1071 -que trajo muchísimas mejoras-, mantuvo la línea de su predecesora al exigir únicamente un solo contrato (convenio arbitral) para someter sus controversias al fuero arbitral (Soto Coaguila, 2011, p. 69).

Sin embargo, reconfirmamos ante esto que el Decreto Legislativo N° 1071 es el que permitió el desarrollo y el auge del arbitraje en el Perú aterrizando la anterior definición de manera impecable. La amplia libertad de las partes para establecer las reglas sobre la designación y recusación de los árbitros, la libertad en la regulación de las actuaciones, la intervención de abogados extranjeros, la adopción de medidas cautelares, el deber de confidencialidad, entre otros, conforman la serie de cambios que trajo consigo el Decreto Legislativo N°1071 y sientan las bases para el desarrollo y fortaleza del arbitraje en el país.

Todas estas modificaciones que trajo consigo el Decreto Legislativo N°1071 responden tanto al incremento de la práctica arbitral en el Perú como al nuevo rol que obtuvo el país en el comercio internacional. Al inicio del siglo veintiuno, la economía del

Perú crecía a pasos agigantados y sus relaciones internacionales surgidas del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos aumentaron exponencialmente, se abrieron puertas y se crearon relaciones estratégicas nivel internacional como antes no se había visto, y esto se vio reflejado en el plano normativo y, por ende, en nuestra nueva normativa arbitral emitida por aquellos años.

El auge del arbitraje en el país trajo consigo, además, la novedosa relación que se estableció con las contrataciones del estado. En 1998, la (hoy derogada) Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado estableció el arbitraje y la conciliación como los únicos medios de solución para las controversias originadas en la ejecución de los contratos regulados por dicha norma. Se tuvo como norte la importancia de ofrecer neutralidad a la hora de la solución de controversias a los inversionistas privados nacionales y extranjeros para no frenar el nuevo rol que empezaba a gozar el Perú dentro del mercado internacional. (Guzmán-Barrón Sobrevilla & Zúñiga Maraví, 2015, p. 238).

En aras de promover la inversión privada:

el Perú se convirtió en el primer país donde el Estado recurre a algún medio alternativo de resolución de controversias (arbitraje y conciliación) como regla y no como excepción, lo cual ha significado que se le elogie en diferentes foros especializados por adoptar una visión eficiente de la solución de controversias para su contratación pública. (Guzmán-Barrón Sobrevilla & Zúñiga Maraví, 2015, p. 238)

“Según el informe de la Conferencia Latinoamericana de Arbitraje (CLA), en el 2019, el Perú fue una de las sedes con mayor número de arbitrajes en América Latina.” (Tineo Ramos, 2021) y, en su gran mayoría, son arbitrajes de contratación pública.

De esta manera, es innegable cómo en los últimos treinta años el arbitraje se ha consolidado en el país como una institución confiable, que coadyuva el ingreso de capital y, por ende, al desarrollo económico y social del mismo. Esto se ha generado gracias a, tanto motivos internos -como los grupos de trabajo involucrados y comprometidos con las reformas arbitrales- como a factores netamente externos, entre los cuales se encuentra la globalización, los avances tecnológicos, el auge económico mundial, entre otros.

1.2 La corrupción: impacto social, económico y político.

El diccionario *Oxford English Dictionary* (1989, como se cita en Sadowsky, 2005, p. 1) define, en su primera acepción, a la corrupción como “Perversion or destruction of the integrity in the discharge of public duties by bribery or favour; the use or existence of corrupt practices, esp. in a state, public corporation. [Perversión o destrucción de la integridad en el cumplimiento de los deberes públicos por medio de sobornos o favores; el uso o la existencia de prácticas corruptas, especialmente en un estado, corporación pública]”.

Por su parte, la Real Academia Española define a la corrupción “en las organizaciones, especialmente en las públicas, como la práctica consistente en la utilización indebida o ilícita de las funciones de aquellas en provecho de sus gestores” (definición 3).

Otro enfoque de la corrupción ha sido plantear dos amplias categorías: (i) la corrupción "según la norma", por la que se paga un soborno para recibir un trato preferente por algo que el receptor del soborno está obligado a hacer por ley y (ii) la corrupción "contra la norma", por la que se paga un soborno para obtener servicios que el receptor del soborno tiene prohibido prestar.

Además, muchos Estados modernos consideran que, a diferencia del Perú, la definición de corrupción y soborno se extiende a todas las personas inducidas a actuar de forma corrupta en el desempeño de sus funciones, ya sean públicas o privadas. Así, la corrupción puede incluir a una persona privada que soborna a una persona pública, a una persona pública que soborna a una persona privada, a una persona pública que soborna a una persona pública y a una persona privada que soborna a una persona privada.

La Defensoría del Pueblo en su reporte sobre la corrupción en el Perú del 2017 detalló lo siguiente:

Son muchas las definiciones de corrupción que se manejan en el ámbito público, académico y jurídico. Desde la Defensoría del Pueblo definimos a la corrupción como el mal uso del poder público, entendido como el incumplimiento de los principios del buen gobierno, así como de los preceptos éticos presentes en la sociedad. Los actos de corrupción tienen el propósito de obtener ventajas o

beneficios indebidos para quien actúa o para terceros, en perjuicio del bienestar general. (2017, p. 5)

Si bien pueden existir diferencias de opinión en cuanto a qué tipo de conducta constituye la corrupción, debería haber poco desacuerdo en cuanto a su noción general para consolidar la lucha contra la corrupción a un nivel internacional. "Corrupción" deriva de *corrumpere*, "romper". Así, la corrupción ha sido definida como una situación en la que "los agentes y funcionarios públicos rompen la confianza que se les ha confiado".

Por ejemplo, los pagos efectuados con el fin de agilizar o facilitar la prestación de servicios o la acción gubernamental de rutina que un funcionario está normalmente obligado a realizar están condenados, en virtud de la Ley sobre el soborno del Reino Unido de 2010, al reflejar un escenario donde un funcionario público está utilizando indebidamente y de manera preferencial sus funciones dentro del cargo estatal a favor de alguien a cambio de un beneficio pecuniario.

En los artículos 15 y 16 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (soborno de funcionarios públicos nacionales e internacionales) se puede encontrar un consenso internacional sobre una definición amplia de la corrupción. Cabe señalar que las definiciones previstas en dichos artículos han sido adoptadas en diversos cuerpos normativos, como la Convención Penal sobre Corrupción del Consejo Europeo.

La corrupción constituye uno de los temas de mayor relevancia en la actualidad. Ya sea a partir de actos cometidos por Jefes de Estado, por Magistrados, por parlamentarios, por alcaldes o, en general, por distintos funcionarios públicos a todo nivel, diversas instituciones han sufrido los efectos políticos, sociales y económicos que acarrea la corrupción, especialmente en nuestra región.

Como mencionó Juan Fernández-Armesto (2018), en su texto titulado "*La lucha contra la corrupción desde el arbitraje*", la lucha contra la corrupción como tal surge formalmente en los Estados Unidos a finales de la década de los setenta con la Foreign Corrupt Practices Act of 1977, impulsada por el ejecutivo de Jimmy Carter. Esta ley sancionó por primera vez una conducta que hasta entonces era impune: la de corromper a funcionarios públicos extranjeros (p. 10).

En el Perú la corrupción es un problema histórico y puede calificarse de sistémica, por su penetración en todo ámbito, así como por su intensidad. En los últimos años, con el escándalo surgido por los actos y contratos que se suscribieron con la empresa Odebrecht, más conocido como el caso “lava jato”, la red de corrupción más grande de América Latina, así como los escándalos relacionados a la denominada “Red Orellana” y otros eventos conocidos en los medios, se ha colocado al Perú en una palestra mediática que ha evidenciado la crisis que debe enfrentarse. Esta situación, como es natural, afecta a las instituciones existentes, lo que resulta más grave si se toma en cuenta que estas consecuencias impactaron en diversos países, cuyos medios de comunicación lo difundieron.

A manera de ejemplo, el diario estadounidense New York Times ha expuesto su análisis en el que concluye que la corrupción ha sido uno de los elementos que ha llevado al Perú a una grave crisis, indicando lo siguiente:

Perú ha vivido ocho golpes militares en el siglo XX. Pero en las últimas dos décadas, el país se había convertido en una democracia relativamente estable, con disminución en los índices de pobreza y un crecimiento económico sostenido. Y, sin embargo, la corrupción se mantuvo profundamente enraizada. Cuatro presidentes recientes estuvieron o están siendo investigados por acusaciones de aceptar pagos ilícitos de Odebrecht, la megaempresa de construcción brasileña que corrompió a casi todos los países de la región. (Goldenberg, 2021)

La corrupción tiene un impacto negativo considerable en el desarrollo de cualquier nación. Además de las consideraciones relacionadas con la ética pública, la corrupción desalienta la iniciativa privada y reduce los recursos públicos disponibles, lo que a su vez se traduce, por ejemplo, en menos hospitales, en una mala calidad de la educación, en una deficiente red vial, entre otros. La corrupción también distorsiona la forma en que los gobiernos utilizan los recursos y socava la confianza del público en las instituciones.

El soborno, la malversación de fondos, el nepotismo y el tráfico de influencias en los procesos de toma de decisiones son algunas de las manifestaciones típicas de esta forma de mal gobierno.

En el Perú, que hasta hace poco constituía una economía con alta velocidad de crecimiento en el mundo, la corrupción es un problema grave, por no decir insostenible. Los peruanos percibimos la corrupción como uno de los problemas más graves del país, junto a la delincuencia e inseguridad ciudadana y el cuestionable nivel de las instituciones a cargo de la salud, educación y justicia de la población.

Contando desde el expresidente Alberto Fujimori, hasta Martín Vizcarra, y actualmente Pedro Castillo, han sido seis los mandatarios con procesos judiciales, investigaciones, condenas, destituciones del Congreso, e incluso un suicidio, por casos de corrupción. Un flagelo que socava la legitimidad de las instituciones, y mantiene a la nación en constante inestabilidad política. Todo esto sin contar los innumerables escándalos internacionales de los cuales hemos sido parte por la corrupción en el sector de la construcción.

La corrupción afecta a las instituciones, a la sociedad en su conjunto y, por ende, a los ciudadanos; los irregulares contratos que ha venido suscribiendo el Estado con alguna empresa privada, ya sea nacional o extranjera, menoscaban no solo los recursos ilícitamente entregados, sino que destruyen la confianza de las personas en las instituciones y en las autoridades, generando descontento y ahondando –por ende- la crisis de valores, en un círculo vicioso inacabable.

1.3 La corrupción y su presencia en arbitrajes.

Consideramos que, con la finalidad de minimizar el costo y de incrementar la eficiencia, el Estado puede utilizar herramientas que ya se encuentran vigentes y en funcionamiento, las cuales pueden incluso ayudar a mitigar con los efectos surgidos por posibles actos delictivos. Dentro de esas herramientas se encuentra el arbitraje.

Creemos que un caso que vale la pena ahondar un poco más que su simple mención es el emblemático caso de la empresa Odebrecht en el Perú. Un claro ejemplo de cómo la corrupción en el país se apodera de todos los niveles de autoridad y que un mecanismo de solución de controversias alternativo al fuero judicial como el arbitraje no es la excepción. Según lo establece el artículo 45 del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo 082-2019-EF:

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato sólo pueden ser sometidas a arbitraje. (Presidencia de la República del Perú, 2019)

Teniendo en cuenta lo indicado en el párrafo precedente, a modo de resumen y centrándonos en un tema que compete a la presente tesis, relatamos que la constructora Odebrecht se desenvolvía con el siguiente modus operandi: como principal contratista del Estado peruano, además de sobornar a funcionarios públicos de diferentes niveles jerárquicos para ganar licitaciones de obras públicas y concesiones, Odebrecht sobornó a múltiples tribunales arbitrales conformados para resolver controversias que dicha empresa presentó contra el estado peruano (De la Torre, 2019).

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto sobre arbitrajes y corrupción, se presenta la siguiente pregunta, con la cual inicia el presente subtítulo de nuestra tesis, ¿Cómo es que el arbitraje puede, por un lado, minimizar el costo del acceso a la justicia, dar un considerable mejor análisis del caso concreto, aligerar la carga procesal del Estado e incrementar la eficacia a la hora de resolver disputas de los privados y el mismo Estado y por ende ser un aliado en la lucha contra la corrupción para la República del Perú y, al mismo tiempo, existir elementos de corrupción desde sus árbitros hasta las partes, que lo puedan llevar a la deslegitimación? A continuación, ingresaremos al análisis de los factores relevantes sobre el particular.

Empezaremos con la siguiente premisa: hoy en día los actos de corrupción son unánimemente considerados como contrarios al orden público internacional y las legislaciones nacionales modernas tipifican la corrupción como delito, tanto para el que paga como para el que recibe, y despliegan sus efectos tanto en el sector público como en el privado, se ha generalizado el uso de la excepción de corrupción como arma defensiva (Fernández-Armesto, 2018).

Es decir, un contrato contaminado con corrupción podría ser la salida perfecta para aquellos beneficiados con su extinción. Esta realidad nos lleva a la propuesta planteada: la posibilidad de que un tribunal arbitral puede pronunciarse sobre estos elementos de corrupción.

En este punto es necesario hacer un espacio para hacer mención de las distintas formas en que algunos árbitros actúan de espaldas a sus deberes (de imparcialidad, neutralidad, honestidad, integridad).

Por ejemplo, se tiene el caso del "árbitro preferido". El árbitro preferido viene a ser ese árbitro elegido exprofeso, ese que se elige, maliciosamente, una y otra vez, ese árbitro que amas porque siempre te acompaña, tu ángel de la guarda que rige a tu favor incondicionalmente, resultando en algo más que solo una mala práctica, corrupción hecha y derecha (Ezcurra Rivero, 2015).

También se tiene el árbitro (más allá de si es designado en muchos arbitrajes) que se designa para que abogue por la causa del que lo designó, lo que puede (o no) implicar un pago bajo la mesa. También es un mal árbitro aquel que le cuenta a quien lo designó cómo va el proceso arbitral, recomienda qué decir, qué hacer, qué probar, y revela información confidencial.

Se tiene el caso del "abogado fantasma", aquel que susurra en el oído del árbitro, el autor silencioso, el que prepara los escritos y las audiencias, pero se mantiene en la oscuridad con el objetivo de evitar el conflicto de interés, pero aprovecha en todo sentido la imparcialidad del caso a favor de una de las partes.

Claramente, el árbitro corrupto o deshonesto supone, al menos, una parte también manchada de las mismas malas prácticas. La corrupción es un baile que se baila en pareja. O en trío, pues se dan casos en que ambas partes se coluden (esto se ha visto bastante en contrataciones con el Estado), con el apoyo de uno o más miembros del tribunal arbitral.

En el 2019, el Centro de Arbitraje Comercial Internacional y el Programa de Derecho Anticorrupción Internacional de los Estados Unidos organizó un panel titulado "Manejo de alegaciones de corrupción en Arbitraje y Resolución de Disputas Judiciales", realizado por Björn Arp y Adam Briscoe (2019) en la Universidad de Washington de Derecho. El panel fue sumamente novedoso debido a la convergencia de fuerzas entre el Programa Anticorrupción y el Centro de Arbitraje, todo para proporcionar un análisis interdisciplinario realizado por expertos sobre el carácter transversal de la corrupción. Jueces, académicos y profesionales del arbitraje conversaron sobre corrupción, tanto en el arbitraje internacional como en los litigios nacionales, y en cómo este llega a impactar diversos ámbitos jurídicos, la economía, la política y hasta la misma población (p. 2).

Björn Arp y Adam Briscoe (2019) detallaron que Nancy Boswell, Directora del Programa de Derecho Anticorrupción Internacional de los Estados Unidos, hizo énfasis en la importancia de lograr un consenso internacional en materia de corrupción, y cómo esto sigue siendo un reto fundamental para todos, señalando lo siguiente: “Aunque todavía no existe una definición universal de la corrupción, se ha llegado a un consenso internacional sobre el hecho de que la corrupción es perjudicial, errónea y un coste inaceptable que pagar.” (p. 2).

Un contrato contaminado con corrupción podría ser la salida perfecta para aquellos beneficiados con su extinción. Esta realidad nos lleva a la propuesta planteada: la posibilidad de que un tribunal arbitral puede pronunciarse sobre estos elementos de corrupción. Al respecto, Hwang y Lim (2012) han señalado que

Dado que los tratos corruptos de una o ambas partes pueden tener un impacto decisivo en la aplicabilidad de las reclamaciones presentadas al tribunal, y por lo tanto son relevantes para la resolución de la disputa entre las partes, es razonable que la consideración de las cuestiones de corrupción caiga bien dentro del mandato del tribunal, incluso si ninguna de las partes plantea la corrupción como parte de su reclamación o defensa y el tribunal lleva a cabo sus propias investigaciones sobre la corrupción *Sua sponte*. (p. 11)

CAPÍTULO SEGUNDO: DEFINICIONES Y CONCEPTOS

2.1 Arbitrabilidad

Si bien el fuero arbitral difiere de los órganos jurisdiccionales de cada país, se puede considerar que los árbitros ejercen jurisdicción, toda vez que, como apunta Caivano (2013):

aunque no formen parte del Poder Judicial, los árbitros cumplen una función sustancialmente idéntica a la de los jueces estatales: administran justicia, “*dicen o declaran el Derecho*”, juzgan y resuelven de manera vinculante y definitiva una situación de conflicto, mediante un acto revestido de autoridad. (p. 63)

En el caso del Perú, la jurisdicción de los árbitros está reconocida en la Constitución: “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.” (Artículo 139, Constitución del Perú). Ello ha sido también reconocido por el Tribunal Constitucional (2006), el cual determinó lo siguiente:

El arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional. (Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, fundamento 10)
(...)

Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (...), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. (Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, fundamento 14)

Es importante reconocer la jurisdicción de los árbitros para entender el concepto de arbitrabilidad, pues ésta significa la posibilidad de que una materia pueda ser resuelta por un árbitro o tribunal arbitral.

A diferencia de la jurisdicción de los jueces, casi nunca la *jurisdicción* de un árbitro proviene de una ley. Generalmente, tiene un origen privado y convencional, que se encuentra en el convenio arbitral. Es decir, surge de un acuerdo de las partes para que un árbitro resuelva alguna/s o todas las controversias derivadas de cierto acuerdo, optando por el fuero arbitral en lugar del judicial.

El origen de la jurisdicción arbitral no implica que ésta tenga menos eficacia que la jurisdicción ejercida por órganos jurisdiccionales. Tal como indica Serge Lazareff (citado en Caivano, 2013):

el juez obtiene su poder de la ley. Ese poder es institucional. No necesita justificar frente a las partes de dónde proviene su imperium. El juez decide en nombre del Pueblo o del Rey o de la República, pero en todo caso, a nombre de una soberanía para la cual la Justicia es un atributo esencial. Su autoridad le es delegada en forma permanente (...) El árbitro, al contrario, no está investido más que de una competencia atribuida; del carácter mixto de su naturaleza deriva una ambigüedad en cuanto al origen de sus poderes: la ley, de una parte, y la voluntad de las partes, de la otra. (pp. 63-64)

Si bien “las atribuciones de los árbitros nacen, en la mayoría de los casos, de un acuerdo de voluntades, conocido como acuerdo, cláusula o convenio arbitral” (Caivano, 2013, p. 64), ello no significa que pierda fuerza o relevancia en comparación a pronunciamientos de jueces.

Cabe destacar que hay excepciones a esta regla. Es decir, situaciones muy específicas en las que el arbitraje no tendrá un origen convencional, sino imperativo y legal. En este tipo de situaciones, la voluntad de las partes pasa a un segundo plano, y éstas se encontrarán obligadas a iniciar un arbitraje, sin posibilidad alguna de recurrir a otro fuero.

Un ejemplo de ello ocurre en arbitrajes regulados por normas especiales, tales como los arbitrajes sujetos a la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento. En este tipo de arbitrajes, los derechos de ambas partes pasan a un plano inferior debido a la aplicación de estas normas, las cuales son de orden público.

En este tipo de controversias, la norma citada regula solo dos supuestos, en su artículo 45 (Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, 2019):

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje. (artículo 45, numeral 45.1)

Como se observa, la norma es clara al establecer que cualquier conflicto derivado de un contrato regulado por esta norma deberá ser solucionado a través de un procedimiento conciliatorio o, en su defecto, a través de un arbitraje. Nótese que la norma no contempla la posibilidad de recurrir ante un juez, dejando al arbitraje como única posibilidad de solución heterocompositiva de controversias.

El enfoque de este trabajo no es analizar ni cuestionar la jurisdicción del arbitraje o su origen, sino sus alcances, pues si bien un árbitro ejerce jurisdicción, ésta no puede extenderse a cualquier tipo de controversia y materia.

En el Perú, el artículo 2 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071, 2008) contempla las materias que son arbitrables, precisando que “Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.”

No es complicado entender supuestos que la ley o los tratados autoricen. Sin embargo ¿Qué podemos entender por materias de libre disposición? ¿Y cuáles serían materias que no son de libre disposición?

Mantilla-Serrano (como se cita en Cantuarias Salaverry, 2011, pp. 8-9) destaca que es un concepto muy amplio para definirlo, no obstante, su amplitud tiene un propósito. De acuerdo con el autor “La Ley de Arbitraje se inscribe así en la tendencia mundial de ampliar al máximo el ámbito de las materias arbitrables y por ello evita enumerar una lista de materias no susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje”.

Sin embargo, podemos enlistar una serie de materias que son reconocidas en la práctica como materias no arbitrales. Un claro ejemplo es el caso de temas referidos al estado o capacidad civil de personas, la cual se reconoce como una materia que debe ser resuelta imperativamente por un Juez (Cantuarias Salaverry, 2011).

Un caso similar es el relativo al orden público, concepto que desarrollaremos más adelante. Al respecto, la postura doctrinaria no ha sido muy favorable. Caivano (2013) ha referido al respecto que: “Una arraigada creencia de muchos abogados y jueces es suponer que las cuestiones que afecten el orden público o que se relacionen con él, no pueden ser sometidas a juicio arbitral.” (p. 68). Ello se debe a que se plantea un problema de arbitrabilidad, es decir, se pone en tela de juicio la validez o ejecutabilidad del acuerdo arbitral celebrado por las partes. Caivano opina, tajantemente, que en sí mismo el tema del orden público no es antagónico con la arbitrabilidad. Señala, en esa línea, que “Como veremos en los párrafos siguientes, esta proposición, así expresada, es incorrecta. En sí mismo, el orden público –entendido como el interés general que subyace como fundamento de una norma legal– nada predica sobre la arbitrabilidad de la cuestión.” (p. 67).

Aquí debe quedar clara la diferencia entre una controversia de orden público, y una controversia arbitrable para cuya resolución se haya de emplear una o más normas de orden público. La práctica arbitral ha demostrado que, muchas veces, será necesario un pronunciamiento basado en normas de orden público para resolver materias arbitrales. Un claro ejemplo de ello es lo ocurrido en el caso entre Mitsubishi y Soler-Chrysler-Plymouth¹, donde la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que las cuestiones relativas a la legislación de competencia podrían ser sometidas a arbitraje:

[La Corte Suprema] Sostuvo que la primera misión que cabe a un tribunal judicial al que se le pide una orden de remisión de las partes al arbitraje es verificar que las partes lo hayan pactado, determinación que debe hacerse aplicando los parámetros de interpretación previstos para los contratos en general. Sobre esa base, consideró que la Ley Federal de Arbitraje no contiene ninguna norma que pueda ser interpretada como un obstáculo al uso del arbitraje para resolver controversias fundadas en normas imperativas y que las cuestiones fundadas en la legislación antimonopolio son arbitrables.

(...)

La Corte fue cuidadosa en señalar que no todas las controversias que se funden en normas imperativas son arbitrables, pues existen supuestos en que la

¹ US Supreme Court, 2/07/1985, in re Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth Inc., 473 U.S. 614.

intención del legislador de reservar en exclusividad el juzgamiento a tribunales judiciales es evidente. Pero no consideró que este fuese el caso. Puso de manifiesto que al acordar el sometimiento a arbitraje, las partes no están renunciando a los derechos sustantivos reconocidos por la ley: simplemente están sometiéndose, para la resolución de los conflictos que las involucren, a un Tribunal Arbitral en lugar de hacerlo a un Tribunal Judicial, lo que cambia los procedimientos usuales de los Tribunales. (Caivano, 2013, p. 72)

De esta manera, la distinción señalada debe tenerse en consideración: existen supuestos en los cuales la controversia está vinculada a temas que son de orden público, o se ha de resolver aplicando normas de orden público, siendo que el tribunal podrá tener la posibilidad de pronunciarse sobre ello.

Lo mismo ocurre para otro tipo de materias que puede ser consideradas como no arbitrables. Por ejemplo, en temas laborales, se considera una rama protegida no solo por las normas laborales, sino por cuanto se considera que se trata de derechos indisponibles y de especial protección. Sin embargo, hay espacios en el ámbito laboral que se consideran más “libres” o de menor necesidad de un régimen muy tuitivo, por lo que se permite el arbitraje (arbitraje colectivo y arbitraje de controversias laborales de trabajadores cuya remuneración se encuentre por encima de determinado monto, habitualmente el caso de los gerentes o los directores).

Cantuarias Salaverry (2011) señala al respecto:

En todo caso, son cada vez más los Estados (como es el caso del Perú) que habilitan la vía arbitral para la solución de controversias laborales...utilizan la vía arbitral como parte de una estrategia mayor de incentivo a la solución pacífica de las controversias laborales y, además, reducen drásticamente la autonomía de las partes en aras de proteger lo que los laboristas llaman la parte “débil” de la relación laboral; es decir, los trabajadores. (p. 15)

A pesar de este tipo de excepciones, siempre debe tomarse en consideración situaciones claras y que no son arbitrables. Un ejemplo evidente podría ser cualquier reclamo que conlleve a que el tribunal califique un delito y, peor aún, imponga una sanción penal. En palabras de Roca Martínez (1992):

no pueden ser objeto de arbitraje las materias propias del derecho penal, ni siquiera cuando se trate de delitos privados, pues el ejercicio del Ius Puniendi corresponde al Estado de forma exclusiva y está garantizado penal y procesalmente, no pudiendo imponerse pena alguna si no es a través del procedimiento y por el órgano legalmente establecido para ello; una cosa es que la perseguibilidad de determinados hechos punibles dependa de la actuación del ofendido y otra que tales cuestiones puedan someterse a arbitraje. (p. 122)

Bajo esa idea, "...todo tema referido al juzgamiento por actos u omisiones que conllevan alguna sanción de tipo penal escapa al conocimiento de los árbitros, y son de competencia exclusiva de los tribunales de justicia" (Cantuarias Salaverry, 2011, p. 9). En palabras simples, un árbitro no puede imponer una pena.

Sin embargo, puede que hayan supuestos donde un árbitro no imponga una pena, más sí se pronuncie sobre hechos delictivos. ¿Sería un tema arbitrable y, por lo tanto, sería legal un arbitraje donde esto ocurra? Esta es una de las interrogantes que este trabajo busca responder.

2.2 Kompetenz Kompetenz

El principio de Kompetenz Kompetenz se configura en el poder de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia. Así, cuando un árbitro es designado para conocer y resolver algún tipo de litigio, tiene la facultad de decidir si es competente para resolver la materia en controversia.

Este principio fue establecido en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Nacional. Específicamente en el artículo 16 de la Ley Modelo, se detalla que: "El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje." (2006).

A raíz de la Ley Modelo, este principio también fue recogido por la Ley que Regula el Arbitraje en el Perú, cuyo texto se encuentra en el artículo 40 de la Ley Modelo:

El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o

por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

La finalidad de este principio es garantizar los efectos del convenio arbitral suscrito por las partes, evitando que cualquiera de ellas, por interés propio, realice algún tipo de afirmación que evite la ejecución del convenio que han suscrito. Esto podría ocurrir, por ejemplo, cuando una de las partes declare que la controversia debe ser llevada ante el Poder Judicial, con el solo fin de evitar la ejecución del convenio arbitral y que la controversia sea resuelta por los árbitros o árbitro que ya fue designado. En palabras de Caivano y Ceballos Ríos (2020) este primer efecto:

que suele calificarse como el efecto positivo del principio, consiste en facultar a los árbitros a decidir sobre su propia jurisdicción, impide que caigan en alguna inconsistencia lógica. Ahora bien, la primera inconsistencia que se evita es la de resolver, precisamente, sobre aquello que una de las partes cuestiona, cuando de ese convenio depende su facultad de juzga (...). Por otro lado, la segunda inconsistencia lógica que se evita con el principio es que el tribunal arbitral puede declarar su incompetencia, sin que esa decisión se autoanule por falta de competencia. (p. 77)

Adicionalmente, existe un segundo efecto, denominado negativo, el cual, de acuerdo a los autores citados, "...implica que los tribunales judiciales están temporalmente impedidos de entender en litigios relativos a la existencia, validez o alcance del convenio arbitral" (Caivano & Ceballos Ríos, 2020, p. 17). En otras palabras, este principio busca evitar que un juez u órgano jurisdiccional pueda resolver litigios donde se haya establecido que serán resueltos en un arbitraje, justamente para que el árbitro o árbitros designados se pronuncien sobre su competencia.

Ambos efectos (positivo y negativo) dan prioridad al tribunal arbitral para que pueda ejercer la facultad otorgada por ley y, decida acerca de su competencia para resolver un litigio.

Además, el hecho que un tribunal arbitral pueda decidir acerca de su competencia conlleva a determinar la ejecución – o inejecución – (*rectius*, la eficacia) de un convenio

arbitral. Por ello, y complementando de modo sistemático este principio, se incluye el concepto de la separabilidad del convenio arbitral. Es decir, “el acuerdo de arbitraje es independiente del contrato principal y de cualquier vicio que lo afecte, de manera que el cuestionamiento de la validez o existencia del contrato principal no produce un efecto inmediato sobre la validez o existencia del convenio arbitral.” (Rubio Guerrero, 2011, pp. 471-472).

Este concepto de separabilidad sirve para delimitar los efectos del principio de Kompetenz – Kompetenz, toda vez que busca evitar el hecho que un pronunciamiento del árbitro sobre la competencia pueda llevar a que también se discuta la validez de la integridad del contrato bajo el cual se suscribió el convenio arbitral (Rubio Guerrero, 2011).

Este principio ha sido recogido en las legislaciones de diversos países, por lo que es reconocido en la práctica arbitral a nivel internacional. A manera de ejemplo, el artículo 1466 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés (1981) lo regula de la siguiente manera: “Si una de las partes impugnara ante el árbitro el fundamento o el alcance de su potestad jurisdiccional, será competencia de éste pronunciarse sobre la validez o los límites de sus atribuciones.”

Asimismo, el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1961) establece en su artículo V.3 lo siguiente:

Sin perjuicio de los contralores judiciales ulteriores previstos por la *lex fori*, el árbitro cuya competencia se cuestiona no debe separarse del conocimiento del asunto; puede estatuir sobre su propia competencia y sobre la existencia o la validez de la convención de arbitraje o del contrato del que ésta forma parte.

De esa manera, es indudable la presencia e importancia de este principio en la práctica arbitral, siendo un pilar bajo el cual el arbitraje funciona: el que el tribunal arbitral cuenta con la discreción para decidir acerca de su competencia. En ese sentido, los árbitros tienen un rol activo al momento de determinar si pueden resolver el conflicto por el cual fueron designados, lo que incluye verificar la existencia, validez, eficacia y alcances del convenio arbitral del cual deriva su designación.

2.3 Orden público

El concepto de orden público abarca un sinnúmero de subtemas que surgen en nuestra sociedad. Si bien puede ser –sin duda lo es– difícil de definir, numerosos autores han logrado aportar para darle un significado, incluyendo diversos pronunciamientos de carácter vinculante.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española², el orden público es un “Conjunto de condiciones legal y reglamentariamente establecidas que, respetando los principios constitucionales y los derechos fundamentales, determinan las reglas mínimas de convivencia en el espacio público.” (primera acepción).

En un plano legal, el Tribunal Constitucional (2004) ha definido el orden público de la siguiente manera

El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad. (Sentencia 3283-2003-AA/TC, fundamento 28).

Este concepto se encuentra consagrado en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil (1984), cuando éste determina que “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”. Al respecto, para el profesor Espinoza Espinoza (2009) “...el orden público, más que de normas concretas, resulta de principios cuyo reflejo constituyen las normas jurídicas” (p. 154).

El orden público es un concepto sumamente abstracto que puede encontrarse en diversas fuentes; sin embargo, el significado, en términos generales, viene siendo el mismo, pues vendría a ser el conjunto de parámetros que son reconocidos en una determinada sociedad, cuya finalidad es la adecuada convivencia de los seres que viven en ella.

² Consultado en: <https://dpej.rae.es/lema/orden-p%C3%BAblico>. El 26 de diciembre de 2022.

Caivano (2013) “por orden público se entiende un conjunto de principios, implícita o explícitamente reconocidos en el ordenamiento jurídico, que por ser considerados fundamentales, se imponen imperativamente, excluyendo cualquier validez a las relaciones jurídicas voluntarias que sean contrarias a ellos” (pp. 66-65). Asimismo, señala que:

El orden público sería, así, la institución de la cual se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar la vigencia y la preeminencia de los intereses colectivos o generales de la sociedad, objetivo que se logra limitando la autonomía de la voluntad. (p. 67)

Con relación al arbitraje, Portocarrero Lanatta (2003) considera que

el orden público reúne un conjunto de reglas básicas que regulan y fundamentan la vida en sociedad, cuya aplicación resulta necesaria para la consecución y mantenimiento del perfil de una sociedad determinada. Dado el carácter necesario de dichas reglas (que con razón se las llama inderogables) es factible considerar que su aplicación no escapa al campo arbitral. De otro modo, la nota impeditiva, prohibitiva o «cogente» de esas reglas carecería de sentido. El fin es que se apliquen siempre. El arbitraje no puede ser considerado un mecanismo para evadir su cumplimiento. (p. 376)

Ahora bien, al estar frente a un concepto que tiene una matiz social y jurídica, es evidente que el orden público puede ir variando no sólo por un tema geográfico, sino también por las modificaciones sociales y jurídicas que conllevan el avance el tiempo en una determinada sociedad.

En efecto, el concepto de orden público entendido en nuestra sociedad puede diferir con el concepto que se tenga en otro país, o incluso región. Asimismo, el concepto actual de orden público no es el mismo que nuestros antepasados tuvieron anteriormente, toda vez que la sociedad cambia y, por ende, los comportamientos y pensamientos mutan con el tiempo.

Dicho ello, si bien pueden existir comentarios doctrinarios o precedentes vinculantes, el orden público es un concepto abstracto, y aunque su definición comprende los principios colectivos que son primordiales para una sociedad, puede reconstruirse con

el pasar del tiempo para que pueda responder a las reglas y valores que una determinada sociedad va obteniendo en un lugar y momento específico.

2.4 Deber de confidencialidad

Una de las grandes diferencias entre el arbitraje y los litigios judiciales se encuentra en el carácter confidencial del primero. En opinión de Lohmann Luca de Tena (2011), “en contraste con los procesos judiciales que son públicos salvo disposición diferente de la ley, una de las principales razones para su fomento y por la que son preferidos los arbitrajes es precisamente por lo contrario.” (p. 584).

Al respecto, la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071, 2008) recalca la relevancia de la confidencialidad en el proceso arbitral, estableciendo el deber de confidencialidad respecto de todo aspecto del caso arbitral a todos los partícipes: los miembros del tribunal, el secretario, la institución arbitral correspondiente, e incluso los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales:

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial. (artículo 51)

El origen del deber de confidencialidad surgió a raíz de la idea bajo la cual se elaboró la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Nacional, es decir, que el arbitraje es un proceso cuya importancia solo interesa a las partes del caso, y estas buscan dar solución al conflicto suscitado entre estas.

Para entender el deber de confidencialidad, debe partirse por considerar que en el arbitraje las partes y su capacidad de decisión tienen un rol de suma importancia. Esta característica se encuentra inmersa en el “espíritu” del arbitraje, y se refleja en sus

distintas etapas. Al respecto, Jiménez Vargas-Machuca (2011) señala, por ejemplo, que en cuanto a la estructura que tendrá un determinado arbitraje, "el proceso arbitral es distinto del judicial también por ser menos formal y solemne, dado que el procedimiento (reglas procesales) es acordado por las propias partes." (p. 423).

Como podemos advertir, las partes no sólo son quienes decidirán si recurren o no al arbitraje, sino también, en gran medida, sobre la manera en la cual se llevará a cabo el proceso. Por ejemplo, las partes decidirán cuantos árbitros conformarán el tribunal –o si el arbitraje lo resolverá un árbitro único-, si el proceso será administrado por alguna institución, los plazos para presentar los escritos postulatorios, cómo se actuarán las pruebas, cómo se realizará la fase de exhibición de documentos o cuántas audiencias (y el programa de las mismas) deberán realizarse.

Pues bien, ese amplio margen de decisión que las partes tienen en un proceso arbitral se debe a que la Ley Peruana de Arbitraje y la Ley Modelo fueron elaboradas con base en la autonomía de las partes. Sobre ello, Kundmuller Caminiti (2011) señala que "es lógico que una ley general sobre la materia se encuentre orientada por el principio de la autonomía y de la libertad de las partes para pactar el arbitraje." (p. 392).

Es bajo el marco de esta autonomía y libertad, así como de las materias que, en principio, son por naturaleza susceptibles de arbitraje (de libre disponibilidad), que se tiene a la confidencialidad como un aspecto esencial del arbitraje, pues, a fin y al cabo, las partes son las únicas interesadas en lo relativo a sus relaciones comerciales y /o privadas, y por tanto las discusiones, discrepancias, conflictos y controversias alrededor de tales relaciones no conciernen a otros; así, las partes son las únicas que serán actores en el transcurso del proceso arbitral. Y, además, dado que ellas decidieron someterse a este fuero privado (recuérdese que los árbitros no son funcionarios públicos, por lo que su actuar no concierne a la sociedad, como sí ocurre con los jueces, que son funcionarios públicos cuyo desenvolvimiento interesa a todos), y son las que decidirán cómo se llevará a cabo el proceso, entonces es evidente que tienen derecho a ser las únicas que tengan conocimiento del proceso y de la decisión final, salvo pocas excepciones.

Ahora bien, en determinados tipos de arbitraje, el deber de confidencialidad, o el grado de esta, puede ser menos elevado, o incluso no existir. Por ejemplo, en los arbitrajes donde el Estado participa como parte, las actuaciones del proceso serán públicas. En estos casos, las normas sobre contrataciones públicas han venido estableciendo la publicidad

de los laudos arbitrales, y desde el año 2020 se incluyó a la totalidad de actuaciones dentro del espectro de la publicidad. En efecto, en la última modificación que tuvo la Ley de Arbitraje se agregó, entre otros, lo siguiente al artículo 51:

En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes. En los arbitrajes ad hoc asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte.

Y esto es así debido a que las contrataciones del Estado no califican como de libre disponibilidad (obras, servicios, bienes para las necesidades de la comunidad; financiados con fondos públicos). De ese modo, la confidencialidad va de la mano con la libre disponibilidad. A todos nos interesa lo que contrata el Estado, cómo lo hace y con quién lo hace; evidentemente, la resolución de las controversias en ese ámbito también es de incumbencia e interés de todos.

De esta manera, la confidencialidad en el arbitraje en general constituye un aspecto esencial, se extiende a cada personaje que participará en el proceso y, además, se extiende incluso a sus actuados más relevantes, incluyendo el laudo arbitral, salvo puntuales excepciones. Salvo algunos “arbitrajes especiales” que no encajan del todo en el esquema arbitral, como el arbitraje en materia de contrataciones con el Estado.

Habiendo apreciado la importancia de la confidencialidad en la práctica arbitral, es importante resaltar, para efectos de este trabajo, las salvedades establecidas en la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071, 2008), como por ejemplo, para la protección de ciertos derechos inscribibles (en estos casos los tribunales deberán ordenar la inscripción del arbitraje en el registro público correspondiente).

Lo mismo ocurre cuando alguno de estos personajes se encuentre legalmente obligados a informar sobre el arbitraje o, por último, cuando se busque la anulación o la ejecución de un laudo en sede judicial.

CAPÍTULO TERCERO: EL ROL DEL TRIBUNAL ARBITRAL FRENTE A ALEGACIONES DE CORRUPCIÓN

3.1 La posibilidad de pronunciarse sobre hechos delictivos

Las pretensiones que las partes presentan en un arbitraje pueden basarse en controversias derivadas de tratos corruptos que existan entre ellas, o en relaciones jurídicas basadas en tratos corruptos que hayan existido por parte de ellas en la celebración del negocio jurídico originario. En todo caso, puede estarse frente a casos en que el contrato, acuerdo o convenio en discusión se haya generado por algún acto corrupto. Para estos casos, la interrogante que buscamos responder es la siguiente: un tribunal, encargado de resolver el conflicto entre ambas partes, ¿está obligado a analizar y pronunciarse sobre posibles actos de corrupción que se aprecien?, ¿o no debe inmiscuirse en ello, y dirigirse llanamente a resolver el conflicto concreto que se le ha encomendado resolver?

Para ello, debemos primero tener en cuenta los deberes principales de los árbitros dentro del arbitraje en el que fueron designados. De acuerdo con Born (2021), la obligación central del árbitro es resolver la controversia de las partes de una manera adjudicativa. Como se ha comentado anteriormente, éste es el objeto básico de cualquier acuerdo de arbitraje y es la razón esencial por la que las partes nombran a un árbitro y le presentan sus casos (p. 2019).

La obligación de resolver el caso en el que fueron asignados es tan importante que, tal como indica el autor citado, esta obligación, a su vez, abarca una serie de sub-obligaciones estrechamente relacionadas. (Born, 2021, p. 2130). En otras palabras, es a partir de la obligación de resolver el conflicto que surgen las otras obligaciones y deberes que deben cumplir los árbitros.

Sobre la base de ello, podemos notar la importancia y el significado de la obligación de los árbitros de resolver el conflicto que se les ha encomendado. Como detalla Lew, Mistelis y Kröll (2003), *The main obligation arising out of the contract between the parties and the arbitrator is to settle the dispute between the parties.* [La

principal obligación que se desprende del contrato entre las partes y el árbitro es resolver el conflicto entre las partes.] (p. 279).

Ahora bien, a pesar de que la obligación principal de los árbitros consiste principalmente en resolver la controversia, para lo cual fueron designados, también debe tomarse en consideración cuáles son las materias que pueden ser resueltas por los árbitros pues, como ya hemos anticipado, no cualquier tipo de conflicto puede ser sometido a arbitraje.

Vayamos por ejemplo a lo que ocurre en nuestra legislación. Como ha sido mencionado líneas atrás, el artículo 2 de la Ley de Arbitraje indica las materias que pueden ser sometidas a arbitraje: “Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.” (Presidencia de la República del Perú, 2008, Decreto Legislativo N.º 1071).

En pocas palabras, las materias que no sean de libre disposición de las partes, en principio, no pueden resolverse en un proceso arbitral (salvo ley expresa que lo autorice) y, por ende, se deberá recurrir a otro fuero (esencialmente judicial) para resolver esta clase de conflictos.

El concepto de libre disposición ha sido desarrollado tanto en la doctrina extranjera como en la peruana. Por ejemplo, Mantilla-Serrano (como se cita en Castillo Freyre, et al., 2019) ha enfatizado sobre la amplitud de este término, con lo cual se permitiría someter a arbitraje cuestiones que sean contractuales y extracontractuales (p. 191). Por otro lado, Campos Medina (2006) señala que:

Algunos autores han añadido un nuevo elemento a esta teoría al afirmar que la libre disponibilidad tiene dos caras o manifestaciones. La primera de ellas es la de la arbitrabilidad objetiva, es decir, el derecho material del que venimos hablando; mientras que la segunda es la arbitrabilidad procesal, en el sentido que para que se considere que una pretensión es arbitrable las partes deben además no tener impedimento legal para someterla a arbitraje. Es decir, que no exista la decisión legislativa de impedir que ciertos tipos de pretensiones o materias sean arbitrados. (p. 319)

Como se observa, si bien el concepto de libre disponibilidad puede llegar a ser de suma amplitud, su delimitación se encuentra en que debemos estar ante un derecho material que objetivamente sea disponible por las partes, y que no exista ninguna prohibición legal para que las partes puedan someter su controversia a arbitraje.

Podría asumirse, según un criterio interpretativo, que solicitar un pronunciamiento basado en alegaciones de corrupción no podría efectuarse mediante arbitraje, toda vez que debería ser sometido a los jueces y tribunales penales, a quienes compete determinar si se ha configurado la comisión de un delito, que conlleve a una sanción penal compuesta por una pena privativa de libertad.

Así, podría pensarse, a vista simple, que las alegaciones de corrupción no podrían ser materia de pronunciamiento alguno de un tribunal arbitral, pues estas conllevan a una decisión que contenga alguna sanción penal.

Para efectos ilustrativos, Fernando Cantuarias (2011) ha enlistado una serie de ejemplos de materias que no deberían ser arbitrables en el Perú, dentro de los cuales destaca cualquier tipo de proceso que conlleve a una sanción penal:

En todo caso, con carácter general, no son susceptibles de ser sometidas a arbitraje las siguientes cuestiones:

b. Reclamaciones referidas a delitos o faltas. Todo tema referido al juzgamiento por actos u omisiones que conlleven alguna sanción de tipo penal escapa al conocimiento de los árbitros, y son de competencia exclusiva, de los tribunales de justicia. (p. 9)

Como se aprecia, el autor citado destaca que los árbitros no pueden resolver por arbitraje estas materias, siempre y cuando se esté ante el supuesto de asunción del rol de juez penal e imponer una sanción de tal tipo. No obstante, el autor precisa que las partes se encuentran posibilitadas de someter a arbitraje cualquier tipo de disputa que tenga alguna relación con la comisión de algún acto delictivo: “Esto no significa que las partes no puedan arbitrar controversias vinculadas a ilícitos penales pero que estén expresamente referidas al tema de reparación civil.” (p. 9).

Es así que ciertamente hay una ventana para arbitrar controversias que surjan de actos ilícitos (sea que configuren delito o no), esto es, el ámbito o consecuencia civil que se desprenda de ellas. Nada impide a un árbitro o tribunal arbitral calibrar la magnitud de

los daños que ha sufrido una persona como consecuencia de un ilícito penal y proceder a cuantificarlos para establecer un monto indemnizatorio. O, por ejemplo, los intereses cobrados por encima de la tasa máxima legal permitida, tiene consecuencias civiles (devolución del exceso, o imputación del mismo al capital) y penales (delito de usura); aquí un tribunal arbitral no definirá si se ha cometido delito, pero sí está habilitado para asignar las consecuencias jurídicas correspondientes al ámbito civil o comercial. O la nulidad de un acto jurídico por haber sido celebrado con finalidad ilícita o por atentar contra el orden público o las buenas costumbres: la consecuencia civil es su declaración de nulidad (arbitrable), al margen de la eventual consecuencia penal y/o administrativa que pueda conllevar (no arbitrables). Todo ello, por lo demás, es materia de competencia de jueces civiles y/o comerciales, quienes tampoco se pronuncian (carecen de competencia para ello) acerca de si se ha configurado o no un delito³. Teniendo en claro la diferencia señalada, prima facie no podría considerarse que ello signifique, en sí, una conducta anómala a la manera en la cual concebimos la no arbitrabilidad de temas relacionados a ilícitos penales.

Por ello, en un caso de corrupción, una alegación de ese tipo no será resuelta por un juez civil, pues una acusación de esa índole debe ser analizada y resuelta por quien es competente para ello: un juez o tribunal penal especializado, quien decidirá si la persona que ha hecho tratos de ese tipo merece ser sentenciado a pena privativa de libertad o no.

Este hecho es evidente para la jurisdicción arbitral, pues claramente la evaluación de la comisión de un delito no configura una materia de libre disponibilidad, y es de competencia exclusiva del juez penal.

Sin embargo, si un árbitro debe pronunciarse sobre hechos que constituyan un acto de corrupción, pero no con el fin de declarar la comisión del delito (menos aún, como es obvio, de imponer una pena privativa o declarar culpable a una determinada persona), sino para resolver una controversia para la cual fue designado árbitro, ¿se encuentra facultado para resolver este tipo de controversias? ¿debe inhibirse de emitir pronunciamiento alguno? ¿debe ignorar este hecho y continuar resolviendo como si no

³ En estos casos, los jueces civiles que consideren que podría haberse cometido algún delito perseguible de oficio, deben oficiar al Ministerio Público para que actúe conforme a sus atribuciones:

Artículo 10.- Indicios de delitos en proceso extra-penal

1. Cuando en la sustanciación de un proceso extra – penal aparezcan indicios de la comisión de un delito de persecución pública el Juez de oficio o a pedido de parte, comunicará al Ministerio Público para los fines consiguientes. (Presidencia de la República, 2004)

existiera? ¿ha habido casos en los que los árbitros se han pronunciado sobre esta clase de actos al momento de emitir el laudo arbitral? Estas son las preguntas esenciales que han motivado la elaboración de este trabajo.

3.1.1 Un caso relevante sobre arbitrabilidad: el Caso CCI N° 1110 (1963)

Un caso que marcó un hito en la arbitrabilidad de alegaciones de corrupción corresponde al Caso N° 1110 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional [CCI], el cual data de 1963. El laudo dictado en este caso fue controversial, debido a las conclusiones del tribunal sobre la no arbitrabilidad de la corrupción, al plantear la cuestión de la arbitrabilidad de oficio en ausencia de una alegación de las partes, y al no reconocer la doctrina de *kompetenz-kompetenz*. Como era de esperar, el laudo fue tanto apoyado como criticado.

En el citado caso, el demandante era un ingeniero argentino que actuaba como agente del demandado (empresa británica) en Argentina. La empresa británica deseaba celebrar un acuerdo con el gobierno argentino para vender equipos eléctricos para centrales eléctricas en Buenos Aires. Ambas partes acordaron celebrar un contrato por el que el demandante actuaría como agente del demandado durante las negociaciones con el Gobierno argentino.

Una serie de cartas breves mostraban que el demandado aceptaba pagar una comisión total del 10 por ciento sobre el valor del pedido (dividida en 5 por ciento, 2,5 por ciento y 2,5 por ciento y transferible a terceros no identificados) (Martin, 2004, p. 12).

El demandante desempeñó sus funciones hasta que se vio obligado a ir a Alemania por razones médicas. En 1958, a través de una sociedad, el demandado vendió equipos eléctricos por valor de casi 28 millones de libras esterlinas al Gobierno de Argentina. En esta transacción, el demandado contrató a otro agente para que le ayudara en la transacción, y ese agente ganó casi un millón de libras esterlinas por su trabajo (Martin, 2004, p. 12).

A raíz de esta transacción, el demandante descubrió lo que había sucedido durante la vigencia del contrato de 1958. Posteriormente, el demandante pidió el 10 por ciento del total de la venta en virtud del contrato de venta de 1958 o 2,8 millones de libras

esterlinas sobre la base del acuerdo de comisión previamente firmado con el demandado (Martin, 2004, p. 12). Sin embargo, no hubo ningún acuerdo entre las partes sobre el papel. A pesar de esta omisión, hubo una serie de cartas intercambiadas entre las partes que materializaron el acuerdo (Sayed, 2004, p. 60).

Si bien las cartas no incorporaban una cláusula de arbitraje, cuando la disputa relativa al pago de las comisiones se vio iniciada, las partes acordaron someterse a un tribunal arbitral ubicado en Francia⁴. Con el arbitraje ya en curso, el demandado alegó que el demandante fue contratado en virtud de sus conexiones con los responsables del régimen argentino, mas no hubo ninguna reclamación particular relativa a la nulidad o ilegitimidad del contrato de agencia. Por el contrario, ambas partes aceptaron el efecto vinculante del contrato y reconocieron la competencia del árbitro único, el juez Gunnar Lagergren⁵.

Tras examinar los escritos y las declaraciones de los testigos presentados por las partes, el juez Lagergren descubrió un acuerdo entre las partes para sobornar a funcionarios argentinos con el fin de recibir negocios del Gobierno argentino. En consecuencia, el juez Lagergren cuestionó su propia jurisdicción y la denegó por motivos de no arbitrabilidad.

Lo relevante de este caso es que ninguna de las personas se opuso al arbitraje y alegó que la materia no era arbitrable: fue el propio juez Lagergren quien la denegó de oficio. Por ello, se presenta una interrogante en este caso: si un juez (o árbitro) puede, por iniciativa propia, cuestionar la arbitrabilidad del caso.

⁴ The Undersigned [Claimant], an Argentinian citizen, domiciled in _____ Buenos Aires and [Respondent], a company constituted under English Law, having its place of business in _____ London Agree to finally adjudicate all claims that [Claimant] has against [Respondent], and especially its request of commission, which have been subject to an exchange of correspondence between the undersigned since the 9th of July 1958, in accordance with the Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce by one arbitrator appointed in accordance with the said rules. The Undersigned wish that arbitration takes place in Paris. [Los abajo firmantes [Demandante], ciudadano argentino, domiciliado en _____ Buenos Aires y [Demandado], sociedad constituida de conformidad con el derecho inglés, con domicilio social en _____ Londres Acuerdan dirimir definitivamente todas las reclamaciones que [Demandante] tiene contra [Demandado], y especialmente su solicitud de comisión, que han sido objeto de un intercambio de correspondencia entre los abajo firmantes desde el 9 de julio de 1958, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por un árbitro designado de acuerdo con dicho reglamento. Los infrascritos desean que el arbitraje tenga lugar en París.] (Sayed, 2004, p. 60).

⁵ Si bien es denominado como Juez en diversas lecturas y jurisprudencia arbitral, Gunnar Lagergren fue un árbitro sueco sumamente reconocido y designado como tal para este arbitraje.

El juez Lagergren se remitió al artículo V.2.B de la Convención de Nueva York, el cual abarca la autoridad de los tribunales cuando se solicita el reconocimiento y la ejecución para anular de oficio el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero sobre la base de una violación del orden público (Sayed, 2004, p. 62), como la corrupción. En efecto, el juez Lagergren estableció una analogía entre un juez nacional y un árbitro. Opinó que los árbitros podrían ser clasificados como jueces y, por ende, deberían poder aplicar la autoridad de oficio asignada a los jueces de los tribunales nacionales cuando se solicita la ejecución y el reconocimiento de un laudo extranjero. En consecuencia, la conclusión a la que llegó el juez Lagergren fue que los árbitros tienen autoridad para cuestionar su propia jurisdicción en presencia de una violación destacada del orden público, incluso si no hay ninguna objeción planteada por las partes a la competencia del árbitro.

Esta conclusión generó debate. Por un lado, se puede argumentar que los árbitros no desempeñan funciones judiciales y que, por lo tanto, están obligados por el acuerdo de arbitraje de las partes a resolver la controversia. Por lo tanto, al plantear la cuestión de la arbitrabilidad de oficio, los árbitros se extralimitan en sus funciones e incluso pueden cometer una infracción del contrato. Además, también se puede argumentar que un tribunal arbitral debe tomar la iniciativa y negar la jurisdicción si la disputa presentada no es arbitrable debido a las ilegalidades cometidas por las partes.

El punto de vista que resulta más adecuado es este último. Si bien los árbitros están obligados por el acuerdo de arbitraje, también deben determinar si son competentes para cumplir con su deber de dictar un laudo ejecutable y reconocible. Por lo tanto, incluso si las partes descartan la arbitrabilidad, para que un laudo sea ejecutado y reconocido, los árbitros deben, por iniciativa propia, cuestionar la competencia del tribunal arbitral en el contexto de un derecho nacional aplicable.

Este punto de vista también es corroborado por el artículo 16.1 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional, no particularmente en el contexto de la arbitrabilidad, sino en el de la competencia del tribunal arbitral, toda vez que dicho artículo detalla que “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje.” (2006).

El Caso CCI N° 1110 fue la primera decisión arbitral que abordó la cuestión de la corrupción. No es de extrañar que este caso tuviera repercusiones debido a la negativa del juez Lagergren a admitir su competencia sobre la base de la no arbitrabilidad de la corrupción.

3.1.2 Estado de la cuestión actual

Habiendo sido el Caso CCI N° 1110 la primera decisión arbitral conocida, a nivel internacional, que abordó la cuestión de la corrupción, marcó un camino en la discusión sobre el difícil tema de la corrupción originaria de un contrato o negocio y su repercusión en la solución de controversias en sede arbitral.

Actualmente, la doctrina y laudos arbitrales más recientes son crecientemente proclives a reconocer la competencia del árbitro para tratar las alegaciones de ilegalidad, incluida la corrupción, tomando distancia del razonamiento contenido en la decisión del juez Lagergren,

En efecto, la tendencia se orienta a considerar que un tribunal arbitral sí puede tener competencia para este tipo de casos y, por ende, que puede emitir un pronunciamiento que lleve a la resolución del conflicto abarcando el análisis de los tratos corruptos alegados por las partes. Ello se debe a la consideración de que los árbitros pueden pronunciarse sobre posibles indicios de corrupción desde el punto de vista contractual, y a que es su deber resolver la controversia a la cual se les ha encargado la obligación de arbitrar.

Como hemos precisado, las pretensiones o defensas de las partes pueden basarse expresamente en los tratos corruptos de la otra parte, o en algún elemento relacionado a corrupción derivado de un contrato que viene siendo discutido en un arbitraje. Esto puede ocurrir, por ejemplo, para solicitar la nulidad del contrato, o el hecho que una de las partes haya incumplido con alguna obligación contenida en el contrato o en la ley aplicable.

Es así que, tratándose de una materia con contenido penal y/o de orden público, la tendencia doctrinaria apunta a considerar que un tribunal está obligado a pronunciarse sobre la existencia y las consecuencias de la corrupción para resolver la controversia de las partes.

Al respecto, con claridad y contundencia, Gary Born señala lo siguiente

...insofar as arbitrators are requested to make a binding arbitral award through an adjudicative process, either awarding monetary sums or declaratory relief, it is a vital precondition to the fulfillment of this mandate that they consider and decide claims that contractual agreements are invalid, unlawful, or otherwise contrary to public policy... a tribunal is incapable of deciding that Party A is legally obligated to pay €100, or to hand over specified property, to Party B without considering public policy objections to the existence of such an obligation. Inherent in the legally binding resolution of a dispute and the making of a legally binding award is the duty to consider and resolve public policy (and other mandatory legal) objections. [...en la medida en que se solicite a los árbitros que dicten un laudo arbitral vinculante, ya sea que se concedan sumas de dinero o una reparación declaratoria, es una condición previa vital para el cumplimiento de este mandato que consideren y decidan las reclamaciones de que los acuerdos contractuales son inválidos, ilegales o de otro modo contrarios al orden público (...) un tribunal es incapaz de decidir que la Parte A está legalmente obligada a pagar 100 euros, o a entregar determinados bienes a la Parte B sin considerar las objeciones de orden público a la existencia de tal obligación. Inherente a la resolución jurídicamente vinculante de una controversia y a la emisión de un laudo jurídicamente vinculante está el deber de considerar y resolver las objeciones de orden público (y otras objeciones jurídicas obligatorias)]. (p. 2183, citado por Marcenaro, 2015, p. 144)

De igual manera, para Alexis Mourre (2009) es claro que, si bien las sanciones penales pueden ser aplicables únicamente por los jueces penales, ello no significa que los árbitros se encuentren impedidos de resolver alguna controversia a la cual se encuentran facultados de analizar y decidir:

From the arbitrator's point of view, a criminal law rule is no more and no less than a mandatory rule. It is, to use a French expression, a "loi de police" which institutes a particular non-derogatory prescription or prohibition. The particularity of said rule lies in that the policy it promotes is deemed to be so important to the forum that its infringement is criminally punished, either by way of fines or by imprisonment. The arbitrator has obviously no power to apply such rules in the same way as a criminal judge would, but he can take them into consideration

provided they have a reasonable title to be applied to the dispute. Thus, in broad terms, the problem could simply be presented as a question of arbitrability of mandatory provisions of law. [Desde el punto de vista del árbitro, una norma de derecho penal es ni más ni menos que una norma imperativa. Se trata, utilizando una expresión francesa, de una "loi de police" que instituye una prescripción o prohibición particular no derogatoria. La particularidad de dicha norma radica en que la política que promueve se considera tan importante para el foro que su infracción se castiga penalmente, ya sea con multas o con prisión. Evidentemente, el árbitro no está facultado para aplicar dichas normas de la misma manera que lo haría un juez penal, pero puede tomarlas en consideración siempre que tengan un título razonable para ser aplicadas al litigio. Así, a grandes rasgos, el problema podría plantearse simplemente como una cuestión de arbitrabilidad de disposiciones legales imperativas]. (p. 215)

Ambos autores razonan de modo coherente respecto a que un tribunal arbitral puede encontrarse ante temas de orden público, y que ello no impide en absoluto que se menoscabe la facultad que ellos tienen para pronunciarse sobre dicha materia, siempre y cuando sea necesaria para poder resolver la controversia a la cual fueron designados y dentro de las competencias que posean.

Ciertamente, la obligación principal de un árbitro consiste en resolver la controversia en el arbitraje en el cual fue designado como tal. Como bien señalan los autores citados, si es necesario pronunciarse sobre temas de orden público para poder resolver el conflicto en disputa, pueden hacerlo.

Un ejemplo sobre ello en el Perú fue el emblemático caso de anulación de laudo por levantamiento de velo societario iniciado por las empresas Procesadora del Campo S.A.C., Pesquera Libertad S.A.C., Katamarán S.A.C., Pesquera Chicama S.A.C. y Langostinera Caleta Dorada S.A.C. contra TSG Perú S.A.C. En la sentencia firme emitida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima, los Jueces Superiores (vocales) afirmaron tajantemente que, en aplicación del principio de Kompetenz Kompetenz, no se puede limitar al tribunal arbitral a abarcar temas de orden público. En palabras de los magistrados, “no resulta un obstáculo para el ejercicio de esta potestad que los árbitros hagan referencia o apliquen normas imperativas o de orden público” (Corte Superior de Justicia de Lima, 2013, p. 24).

Coincidimos con esta postura, pues sin duda los árbitros resuelven con base en la normativa aplicable, la que se encuentra compuesta, en primer lugar, por normas de orden público, además de las normas imperativas en general (no todas las normas imperativas son de orden público) y de las normas supletorias. Obviamente no pueden dejar de observar las normas imprescindibles, no negociables, centrales del ordenamiento nacional (e internacional, según el caso); por ello, la vulneración de lo más central de un ordenamiento jurídico, que son sus normas de orden público, no puede dejar de ser considerado en el análisis de la solución de la controversia a cargo de un tribunal arbitral. Lo contrario conllevaría a que el tribunal arbitral se configure como un eslabón (el eslabón final) de la cadena de corrupción que vulnera el orden público, el “legitimador” de los actos de corrupción en el caso concreto.

Siendo más específicos sobre corrupción, autores como Michel Hwang y Kevin Lim (2012) han establecido lo siguiente:

Given that corrupt dealings by one or both parties can have a dispositive impact on the enforceability of claims submitted to the tribunal, and are therefore relevant to the resolution of the dispute between the parties, it stands to reason that consideration of issues of corruption falls well within the tribunal’s mandate... [Dado que los tratos corruptos de una o ambas partes pueden tener un impacto decisivo en la aplicabilidad de las reclamaciones presentadas ante el tribunal (...), y por lo tanto son relevantes para la resolución de la disputa entre las partes, es razonable que la consideración de las cuestiones de corrupción esté dentro del mandato del tribunal...]. (p. 11)

Esta postura de ambos autores coincide con lo anterior. Es decir, siempre y cuando sea necesario para resolver la disputa entre las partes, los árbitros se encuentran posibilitados de pronunciarse sobre corrupción.

Jurisprudencia más reciente también ha ido acorde a este pensamiento. Por ejemplo, el Caso CCI No. 3913 evidencia el alejamiento de la posición asumida por el Juez Lagergren. En este caso, se firmó un acuerdo de consultoría entre el demandante, una empresa británica, y el demandado, una empresa francesa. En virtud del acuerdo, el demandante ayudó al demandado a conseguir contratos con un respectivo gobierno africano. Según el acuerdo, el demandado se comprometía a pagar al demandante el 8% del importe del contrato en el que el demandante le ayudara (Martin, 2004, p. 14).

Cuando el caso fue examinado por el tribunal arbitral, se descubrió que el demandante era un intermediario financiero que recibía dinero y lo distribuía a personas que participaban efectivamente en el proceso de toma de decisiones. En otras palabras, el acuerdo de consultoría era un acuerdo simulatorio de la verdadera “gestión” (ostensiblemente ilícita) encomendada al “consultor”.

El tribunal arbitral concluyó que el acuerdo celebrado era ilegal en virtud del orden público internacional y de la normativa aplicable. Por lo tanto, el acuerdo fue declarado nulo y, en consecuencia, no eran aplicables ni el cumplimiento ni la restitución (Martin, 2004, p. 15). Se aprecia que aquí el tribunal arbitral decidió mantener el caso y declararse competente para arbitrar el contrato y la controversia, lo que incluía la causa o finalidad (corrupta / ilícita) pertinentes, a diferencia de lo decidido por el Juez Lagergren.

Esto demuestra que tribunales arbitrales sí han preferido mantener el caso en sus manos, optando por declararse competentes y resolviendo la controversia para la cual fueron designados.

Ahora bien, esta postura no solo se encuentra reconocida en la práctica arbitral, sino también por tribunales judiciales. A manera de ejemplo, la Corte de Apelaciones de París ha abarcado este tema de la siguiente manera:

In international arbitration, an arbitrator...is entitled to apply the principles and rules of public policy and to grant redress in the event that those principles and rules have been disregarded....[A]s a result, except in cases where the non-arbitrability is a consequence of the subject-matter – in that it implicates international public policy and absolutely excludes the jurisdiction of the arbitrators because the arbitration agreement is void – an international arbitrator, whose functions include ensuring that international public policy is complied with, is entitled to sanction conduct which is contrary to the good faith required in relations between partners in international trade. [En el arbitraje internacional, un árbitro... está facultado para aplicar los principios y normas de orden público y para conceder una reparación en caso de que dichos principios y normas hayan sido ignorados.... [En consecuencia, salvo en los casos en que la inviabilidad es una consecuencia del objeto -en el sentido de que implica el orden público internacional y excluye absolutamente la jurisdicción de los árbitros porque el

acuerdo de arbitraje es nulo-, un árbitro internacional, cuyas funciones incluyen velar por el cumplimiento del orden público internacional, está facultado para sancionar las conductas contrarias a la buena fe requerida en las relaciones entre socios en el comercio internacional.]. (Citado por Born, 2021)

Debe precisarse que, a pesar de que esta postura ha sido adoptada en la doctrina internacional, ello no significa que los árbitros tengan plena e irrestricta libertad para tratar alegaciones o indicios de corrupción, pues se trata de un supuesto excepcional, y no puede utilizarse por los árbitros para asumir funciones que no poseen. Sobre ello, Mourre (2009) ha desarrollado lo siguiente:

Arbitrators should act with great caution when introducing in the arbitral debate elements which were not included in the parties' submissions. Although there is no doubt that arbitrators should be sensitive to states' legitimate interests, they should not turn themselves into investigators, policemen or prosecutors. As opposed to the state judges, the primary role of an arbitrator is to enforce the contract, and not to defend public policy. It is submitted, as a consequence, that an arbitrator has no duty to investigate possible breaches of criminal law of which there is no evidence at all and which were not raised by the parties in their submissions. [Los árbitros deben actuar con mucha cautela cuando introducen en el debate arbitral elementos que no fueron incluidos en los escritos de las partes. Aunque no cabe duda de que los árbitros deben ser sensibles a los intereses legítimos de los Estados, no deben convertirse en investigadores, policías o fiscales. A diferencia de los jueces estatales, la función principal de un árbitro es hacer cumplir el contrato, y no defender el orden público. En consecuencia, se afirma que un árbitro no tiene el deber de investigar posibles infracciones del derecho penal de las que no hay ninguna prueba y que no fueron planteadas por las partes en sus alegaciones.]. (p. 780)

De esta manera, puede concluirse que, hoy en día, la postura mayormente adoptada en la doctrina y jurisprudencia aplicable se aparta de aquella posición tomada por el Juez Lagergren, reafirmando que los indicios o alegaciones de corrupción pueden ser conocidos y analizados en la vía arbitral para resolver la controversia que se ha encomendado.

Sobre ello, resulta necesario destacar un aspecto, y es que de poder arbitrarse alegaciones de corrupción, se estaría aceptando la arbitrabilidad de una materia que también consiste en una política pública. Tal como ocurre con hechos delictivos, es evidente que, a vista simple, puede pensarse que este tema no puede ser arbitrable al no ser de libre disponibilidad.

No obstante, debe señalarse que la arbitrabilidad de políticas públicas ha venido evolucionando a lo largo de los años, siendo cada vez más regular encontrarnos con arbitrajes de esta materia. Al respecto, Born (2021) ha destacado que:

There is a substantial body of national case law and international arbitral authority addressing claims of nonarbitrability in different contexts. As already outlined, judicial and legislative decisions over the past several decades have progressively narrowed the scope of the nonarbitrability doctrine and the subjects which are considered to be nonarbitrable. This reflects growing experience of national courts with, and confidence in, the international arbitral process, which is increasingly regarded as capable of settling virtually every type of transnational commercial or civil dispute; it also reflects the continuing commitment of national courts, in almost all jurisdictions, to effective and robust application of the New York Convention in international commercial settings. [Existe un importante cuerpo de jurisprudencia nacional y de autoridad arbitral internacional que aborda las reclamaciones de no arbitrabilidad en diferentes contextos. Como ya se ha señalado, las decisiones judiciales y legislativas de las últimas décadas han reducido progresivamente el alcance de la doctrina de la no arbitrabilidad y los temas que se consideran no arbitrables. Esto refleja la creciente experiencia de los tribunales nacionales y la confianza en el proceso arbitral internacional, que se considera cada vez más capaz de resolver prácticamente cualquier tipo de controversia comercial o civil transnacional; también refleja el compromiso continuo de los tribunales nacionales, en casi todas las jurisdicciones, con la aplicación efectiva y sólida de la Convención de Nueva York en el ámbito comercial internacional.]. (p. 1059)

Como se puede advertir, la evolución del arbitraje respecto a materias que no eran consideradas arbitrables ha ido creciendo manifiestamente, llegando incluso a darse

ejemplos de casos donde se someten a arbitraje disputas que no solían verse en procesos arbitrables.

Ello ha venido ocurriendo justamente con alegaciones de corrupción, donde su arbitrabilidad ha venido teniendo mayor presencia en la práctica. Sobre ello, Born (2021) ha destacado:

Disputes involving claims of corruption, bribery, or similar illegality have long raised issues of arbitrability. In the same fashion as antitrust and securities claims, however, the scope of the nonarbitrability doctrine as applied to corruption claims has progressively narrowed in the past several decades. Apart from the adjudication of criminal and administrative liability, and the imposition of associated sanctions, civil claims and defenses of corruption, bribery and related wrongdoing are now capable of settlement by arbitration under virtually all legal systems. [Las disputas que implican reclamaciones de corrupción, soborno o ilegalidades similares han planteado durante mucho tiempo cuestiones de arbitrabilidad. Sin embargo, al igual que las reclamaciones antimonopolio y de valores, el alcance de la doctrina de la no arbitrabilidad aplicada a las reclamaciones por corrupción se ha reducido progresivamente en las últimas décadas. Aparte de la adjudicación de la responsabilidad penal y administrativa, y la imposición de sanciones asociadas, las reclamaciones civiles y las defensas de la corrupción, el soborno y las infracciones relacionadas son ahora capaces de resolverse mediante el arbitraje en prácticamente todos los sistemas jurídicos.]

Como se puede apreciar, la doctrina reconoce la arbitrabilidad de disputas que implican alegaciones o reclamaciones de corrupción, siempre y cuando se busque resolver estas disputas desde el punto de vista contractual y sin que los árbitros excedan de sus competencias, toda vez que estos carecen de la facultad de imponer sanciones penales, administrativas, ni tampoco tienen facultades de investigación policial o fiscal. Esto, de acuerdo por el autor citado, se encuentra avalado por lo dispuesto en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York:

national court decisions over the past several decades have held that a wide range of mandatory law claims are arbitrable, with courts referring the parties to arbitration while reserving the possibility of a judicial “second look” in

annulment, recognition, or other proceedings. Among other things, antitrust or competition law claims, securities law claims, corruption defenses, fraud claims, insolvency disputes and a wide range of other mandatory law issues have been referred to arbitration under Article II of the Convention. [Las decisiones de los tribunales nacionales de las últimas décadas han sostenido que una amplia gama de reclamaciones de derecho imperativo es arbitrable, y los tribunales remiten a las partes al arbitraje reservándose la posibilidad de una "segunda mirada" judicial en procedimientos de anulación, reconocimiento u otros. Entre otras cosas, se han sometido a arbitraje, en virtud del artículo II del Convenio, las reclamaciones relativas a la legislación antimonopolio o a la competencia, las reclamaciones relativas a la legislación sobre valores, las defensas contra la corrupción, las reclamaciones por fraude, los litigios por insolvencia y una amplia gama de otras cuestiones de derecho imperativo.]. (Born, 2021, p. 1037)

Como se puede observar, la ratificación a la Convención de Nueva York también representa una protección legal a que las alegaciones de corrupción sean discutidas en un arbitraje. Por ende, en cuanto al plano internacional, se observa que la arbitrabilidad de disputas que contienen reclamaciones o alegaciones de corrupción ya ha venido siendo aceptada.

Esta postura se encuentra respaldada por la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz*, cuyo artículo 16 establece que “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje.” (2006).

Este principio, como hemos apuntado anteriormente, se encuentra consagrado en la Ley de Arbitraje peruana (Presidencia de la República del Perú, 2008, Decreto Legislativo N.º 1071), disponiendo el 41 lo siguiente:

El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción,

caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

Ello va en concordancia, a manera de ejemplo, con lo dispuesto en el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, cuyo artículo 41 destaca que:

(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. (2006)

En aplicación de este principio, es perfectamente válido que el tribunal arbitral, al momento de decidir acerca de su competencia y de la validez del arbitraje, determine que, en tanto sea necesario para resolver la controversia a la cual fueron asignados, se podrán arbitrar cuestiones o disputas que contengan reclamaciones que involucren posibles indicios de corrupción.

De esta manera, a pesar de que en los inicios de la práctica arbitral esto no se contempló, y de que aún en tiempos actuales no se encuentra muy difundido, hoy en día es posible que un tribunal arbitral se pronuncie y resuelva una controversia donde se discutan indicios de corrupción, siempre y cuando resulte necesario para resolver la determinada controversia y que dicho pronunciamiento no escape de las competencias del propio tribunal.

Como uno puede anticipar, las alegaciones de corrupción pueden verse en situaciones donde el contrato materia de arbitraje fue utilizado para disfrazar esta serie de actos ilícitos (es decir, ha sido un vehículo), o simplemente es producto o consecuencia de la corrupción y, por ende, una de las partes solicita su nulidad. Esto es, por ejemplo, el contrato se ha generado de manera fraudulenta (licitaciones arregladas, connivencia o contubernio entre las partes, etc.), es un acto viciado en origen, que oculta bajo su ropaje una realidad ilícita, o impropia –por decir lo menos- hay, pues, una real desviación de la naturaleza y finalidad declaradas.

Para ello, es necesario partir del ordenamiento jurídico aplicable (ley aplicable) a fin de verificar la validez (por los supuestos de invalidez establecidos normativamente)

de ese contrato. En el ordenamiento jurídico peruano, como hemos señalado anteriormente, se tienen las causales de invalidez por finalidad ilícita, por vulnerar el orden público y las buenas costumbres, además de las causales de nulidad específicas para cada tipo de contrato; y ello, en adición a la prerrogativa de la facultad de declarar la nulidad de oficio (artículo 220 del Código Civil) cuando el juez (también el árbitro) detecte una nulidad absoluta y manifiesta del acto o negocio jurídico que ha dado lugar a la relación jurídica que se controvierte⁶.

Vayamos a un ejemplo. Imaginemos que una empresa privada contrata con el Estado Peruano, y, posteriormente, a raíz de conocer indicios o actos de corrupción realizados por determinados funcionarios y que se encuentran estrechamente vinculados a la celebración del contrato, inician un arbitraje solicitando su nulidad, alegando que dicho contrato ha sido celebrado de modo contrario al orden público y a las buenas costumbres.⁷

Ahora bien, en este punto entra a tallar la importancia del principio de separabilidad del convenio arbitral, sin el cual se podría caer en una suerte de *loop* que vaciaría de consistencia al arbitraje. En efecto, de considerarse que un contrato es nulo, dicha nulidad podría llegar a extenderse al convenio arbitral que dio inicio al arbitraje, afectando su validez de forma directa, lo que conlleva una inconsistencia: considerar que el convenio arbitral podría verse afectado en el supuesto que existan alegaciones de corrupción para pretender la nulidad del contrato materia de arbitraje, llevaría a que incluso el convenio arbitral sea nulo. Por eso, aquí el principio de separabilidad del convenio arbitral salva este problema (o este absurdo). Este principio se encuentra reconocido en la Ley de Arbitraje peruana, como en el arbitraje internacional en general.

De acuerdo a Bullard González y Chan Arellano (2007), con base en el principio de separabilidad, el convenio arbitral es un acto autónomo al contrato en que se encuentra contenido, y su finalidad consiste en que cualquier vicio o defecto que contenga el

⁶ El artículo 220 del Código establece que “*La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. No puede subsanarse por la confirmación.*” (Presidencia de la República, 1984, Decreto Legislativo 295).

⁷ Recordemos que uno de los supuestos de nulidad de acto jurídico previstos en el Código Civil peruano contempla la posibilidad de que un determinado acto sea contrario al orden público y a las buenas costumbres, en concordancia con el artículo V de dicho cuerpo normativo. (Presidencia de la República, 1984, Decreto Legislativo 295)

contrato no afecte el acuerdo por el cual las partes decidieron someterse a un arbitraje (p. 97).

Este principio se encuentra regulado en el artículo 41.2 de la Ley de Arbitraje peruana:

La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral. (Presidencia de la República del Perú, 2008, Decreto Legislativo N.º 1071)

Este principio también se encuentra regulado en leyes internacionales. Por ejemplo, el artículo 16.1 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, 2008) establece que:

...una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria. (p. 9)

Por ende, es indudable que cuando las alegaciones de corrupción sean utilizadas para solicitar a un tribunal arbitral que declare nulo el contrato, ello no conlleva la nulidad del convenio arbitral, el cual es autónomo.

3.2 La aplicación del principio sua sponte

No siendo muchos los casos en los que los tribunales arbitrales se han pronunciado sobre elementos de corrupción alegados por alguna de las partes, es natural que sean aún menos los casos en que los tribunales se han pronunciado de oficio – también conocido como *sua sponte* - sobre elementos de corrupción descubiertos en cualquiera de las etapas del arbitraje. No sorprende que en una institución como el Arbitraje, donde corresponde a las partes probar sus alegaciones y el tribunal arbitral no puede tomar el rol de un juez o fiscal, los árbitros se encuentren reacios a tomar al *toro por las astas* y exponerse a una

posterior anulación del laudo por excederse más allá de la materia (extra petita o ultra petita).

Según el diccionario legal de la Universidad de Cornell⁸ el término *sua sponte* viene del latín "of one's own accord; voluntarily" que podría traducirse al español como "por su propia cuenta" o "en su favor" y se utiliza para indicar que un tribunal ha tomado conocimiento de un asunto de oficio sin que ninguna de las partes lo haya solicitado o sugerido.

Este subcapítulo de la tesis busca desmenuzar y esclarecer todos los matices de la siguiente pregunta: ¿Tiene el tribunal arbitral la facultad y/o la obligación de plantear e investigar la corrupción *sua sponte*, esto es, aunque no haya sido alegada por alguna de las partes como fundamento de su pretensión? Nuestra respuesta es sí.

Un contrato contaminado con corrupción podría ser la salida perfecta para aquellos beneficiados con su extinción. Los presuntos actos de corrupción que podrían haber sido cometidos por una o ambas partes de un arbitraje pueden tener una relación directa con la materia controvertida. Como sucede, por ejemplo, en los casos en los que una empresa obtiene la licitación para construir un ambicioso proyecto habiéndose constituido en los últimos seis meses, sin experiencia, con cinco empleados y un capital social que no alcance ni para construir un baño – un ejemplo que puede tener importantes similitudes con casos de la realidad – donde se entrega un proyecto inhabitable y deviene en una controversia que se ventila en arbitraje. Es clara la conexión entre la presunta corrupción con la materia controvertida: un contrato de obra con una ejecución lastimosa e inconclusa. Al respecto, recordemos que Hwang y Lim (2012) han señalado que

Given that corrupt dealings by one or both parties can have a dispositive impact on the enforceability of claims submitted to the tribunal (the legal consequences of a finding of corruption are discussed at [89]-[100] below), and are therefore relevant to the resolution of the dispute between the parties, it stands to reason that consideration of issues of corruption falls well within the tribunal's mandate, even if neither party raises corruption as part of its claim or defence and the tribunal conducts its own investigations into corruption *Sua sponte* [Dado que los tratos corruptos de una o ambas partes pueden tener un impacto decisivo en la

⁸ Consultado el 16 de enero de 2023, en https://www.law.cornell.edu/wex/sua_sponte.

aplicabilidad de las reclamaciones presentadas al tribunal (las consecuencias jurídicas de la constatación de la corrupción se analizan en los apartados [89]-[100] siguientes), y por lo tanto son relevantes para la resolución de la disputa entre las partes, es razonable que la consideración de las cuestiones de corrupción caiga bien dentro del mandato del tribunal, incluso si ninguna de las partes plantea la corrupción como parte de su reclamación o defensa y el tribunal lleva a cabo sus propias investigaciones sobre la corrupción *Sua sponte*.]. (pp. 11-12)

Como se observa, existe doctrina que considera que los árbitros pueden decidir sobre actos de corrupción incluso cuando ello no ha sido alegado en el arbitraje. Siguiendo el ejemplo anteriormente expuesto, si ninguna de las partes alega posibles acciones corruptas de su contraparte como argumento en sus pretensiones ¿Sería correcto que el tribunal arbitral mantenga silencio ante tal situación y se limite a resolver solo sobre lo alegado por las partes? Al respecto, debe recordarse que los árbitros pueden resolver con base en alegaciones no presentadas por las partes, siempre y cuando se limiten a resolver las pretensiones que fueron planteadas (Gaillard & Savage, 1999, p. 941).

Bajo la misma línea es el razonamiento de Edoardo Marcenaro (2015) ha determinado que

There are several reasons why an arbitral tribunal should compensate for parties' reluctance to make corruption allegations and investigate issues of corruption *Sua sponte*, bearing however in mind that arbitrators are not prosecutors and therefore have not statutory obligation to carry out investigation and handle criminal matters. First, arbitrators have a duty not only to resolve a dispute, but to issue an award that is valid and enforceable, at least at the place of arbitration, in line with the principle of enforceability... [Hay varias razones por las que un tribunal de arbitraje debería compensar la reticencia de las partes a hacer alegaciones de corrupción e investigar cuestiones de corrupción *Sua sponte*, teniendo en cuenta, sin embargo, que los árbitros no son fiscales y, por lo tanto, no tienen la obligación legal de llevar a cabo una investigación y tratar asuntos penales. En primer lugar, los árbitros tienen el deber no sólo de resolver una disputa, sino de emitir un laudo que sea válido y ejecutable, al menos en el lugar del arbitraje, de acuerdo con el principio de ejecutabilidad...]. (p. 143)

Recordemos entonces lo que establece la Ley que Norma el Arbitraje en el Perú:
Artículo 40.- Competencia del tribunal arbitral.

El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas. (Presidencia de la República del Perú, 2008)

Entonces, si los presuntos actos de corrupción hallados por el tribunal arbitral en el ejercicio usual de sus funciones se encuentran indiscutiblemente ligados al fondo de la controversia, ¿cómo no va a poder abordarlos de oficio en sus pronunciamientos? Lo anterior desemboca, pues, en otra de las preguntas que pretendemos responder: ¿Hasta qué punto puede investigar un árbitro sin desnaturalizar su función y abarcar funciones que le corresponden solo a jueces y fiscales?

Desde una perspectiva moral, se puede considerar que los árbitros tienen una "responsabilidad pública con la administración de justicia", que va de la mano con la autonomía que les otorga la Ley. Los árbitros pueden y deben apoyar la lucha contra la corrupción, fortaleciendo la institución arbitral, aprendiendo y adaptándose a las nuevas formas de hacer frente a este cáncer de la sociedad, más aún cuando los procesos judiciales muchas veces son decepcionantes debido a su ineficiencia, lentitud e incluso, en algunos casos, al ser cómplices de la corrupción. Sin embargo, es común preocupación el fijar límites o fronteras, delineando hasta qué punto puede llegar el árbitro, sin desnaturalizar su cargo y competencia, hacerse de funciones que competen a otras autoridades específicamente, del sistema judicial.

Aunque lo más común sea que una de las partes dentro del arbitraje traiga a colación los indicios de corrupción en beneficio de su pretensión, han existido, existen y seguirán existiendo casos donde el tribunal arbitral es el que descubre estos presuntos actos a lo largo de las actuaciones arbitrales, muchas veces por noticias que se publican en medios de comunicación.

En primer lugar, la investigación sua sponte de un tribunal de arbitraje sobre sospechas de corrupción sólo será legítima si la sospecha de actos de corrupción es

directamente relevante para las demandas y defensas de las partes, y el resultado de la investigación podría afectar a la resolución de la disputa sometida al tribunal.

En segundo lugar, todo el mecanismo de investigación sólo debe iniciarse si existen pruebas *prima facie* de los presuntos actos de corrupción o señales de alarma que denoten una posible corrupción. Al respecto, es necesario recordar que un árbitro no es un fiscal, y son los fiscales quienes dirigen la investigación de los delitos desde su inicio para luego realizar la acusación y es por eso que un árbitro debe tomar la acción de revisar los actuados y solicitar mayor información a las partes si se presentan indicios suficientes sobre los presuntos actos de corrupción; al final del día es un árbitro, no un detective.

Tomemos como ejemplo el caso Metal-Tech Ltd. contra la República de Uzbekistán (Caso CIADI No. ARB/10/3), donde un tribunal del CIADI, al descubrir que el demandante había realizado pagos sospechosos a consultores con conexiones gubernamentales, ejerció sus poderes de oficio para emitir órdenes procesales solicitando la producción de documentos adicionales relacionados con los acuerdos de consultoría. Tras examinar las pruebas, el tribunal concluyó que los consultores fueron pagados para facilitar el establecimiento de la inversión, en violación del derecho penal uzbeko y del requisito de legalidad del tratado bilateral de inversión entre Israel y Uzbekistán, sin embargo, el tribunal resolvió finalmente que carecían de jurisdicción.

El tribunal no sólo hizo historia al convertirse en el primer tribunal que desestima un caso de arbitraje de un tratado de inversión por motivos de corrupción, emitiendo un debido pronunciamiento explicando lo anterior, sino también por establecer un precedente para que otros tribunales se usen su criterio y soliciten pruebas adicionales ante indicios de corrupción (Ziadé, 2015).

En el caso anterior, no obstante, los presuntos actos de corrupción fueron alegados por una de las partes, y no sucedió que el tribunal por su propia cuenta descubrió esta situación. Carlos Guaia (2015) incluye dos citas importantes en su artículo “Medidas probatorias de oficio en el arbitraje Comercial internacional”:

Como dicen Redfern y Hunter, no es deber del tribunal arbitral asumir un rol inquisitivo y procurar oficiosamente pruebas de corrupción cuando ésta no ha sido alegada. Con el mismo énfasis, Born agrega que el tribunal no debe proceder como un fiscal privado o juez de instrucción buscando evidencia de delito y apartándose de su mandato original del árbitro. (p. 145)

Alineados con la idea anterior, consideramos de suma importancia el criterio y prudencia que deben tener los árbitros cuando se encuentren frente a casos como este. La línea entre el correcto ejercicio de sus funciones y deberes como árbitro de resolver el fondo de la controversia es muy delgada y si no se procede con cautela podría desnaturalizarse su papel de árbitro, ocupando terreno de competencia de fiscales y jueces (penales o administrativos) que se encuentran fuera de las suyas.

3.3 El estándar y la carga probatoria

3.3.1 El estándar probatorio aplicado en arbitrajes

Hemos concluido que un tribunal arbitral puede pronunciarse sobre actos de corrupción, e incluso puede hacerlo de oficio (siempre respetando el derecho de defensa, el de igualdad y el contradictorio). No obstante, deberá actuar con suma cautela al hacerlo y cuando analice la controversia de forma íntegra, incluyendo las alegaciones de las partes y los medios probatorios aportados.

Dicho ello, y tomando en consideración el rol de las pruebas en un arbitraje, la interrogante que surge es la siguiente: ¿Qué sucede con el estándar y carga probatoria? ¿Es la misma que suele aplicarse en arbitrajes internacionales y comerciales? ¿Debería elevarse por el hecho de estar ante alegaciones que constituyen o pueden constituir un delito?

Es importante delimitar el estándar aplicable en arbitrajes donde se alegue corrupción. Para ello, pasaremos a explicar brevemente el concepto de estándar probatorio.

El estándar probatorio puede llevar a ser un concepto sumamente amplio y con múltiples definiciones originadas de forma diferida. En palabras de Permesly, Guevara y Prados

El estándar probatorio se puede definir como el grado de convicción que tiene que formarse en la mente de la persona encargada de decidir la existencia de un hecho para que éste estime como verdadero el hecho fundado en determinada prueba. (2017, p. 190)

Este grado de convicción que alcanzan los autores se genera a partir de la actividad probatoria de un determinado caso, la cual, en palabras de Arrarte Arisnabarreta, “...abarca una serie de etapas en las que los medios de prueba se ofrecen, admiten, actúan y valoran.” (2012, p. 204)

Para el caso de arbitrajes, como opinan Popova y Wang (2022), es un concepto que depende de diversos factores, tales como el grado de prueba requerido para demostrar algo, el nivel de determinación probatorio suficiente, el grado de la convicción de la prueba, entre otros (p.89). Los autores destacan que:

The standard of proof is thus a creature of circumstance in each case. In international commercial arbitration, it can be a somewhat idiosyncratic one. As noted below, national arbitration laws and institutional arbitration rules are typically silent on matters of proof; tribunals are influenced to varying degrees by, broadly speaking, two approaches to the standard of proof, derived from the common law and civil law traditions, respectively. [El estándar de prueba es, por tanto, una criatura de las circunstancias de cada caso. En el arbitraje comercial internacional, puede ser algo idiosincrásico. Como se señala más adelante, las leyes de arbitraje nacionales y los reglamentos de arbitraje institucionales no suelen pronunciarse sobre las cuestiones relativas a la prueba; los tribunales se ven influidos en mayor o menor medida por dos enfoques del criterio de la prueba, derivados de las tradiciones del derecho anglosajón y del derecho civil, respectivamente.] (p. 89)

En efecto, es habitual que la doctrina considere que el estándar probatorio varía de acuerdo a diversos factores, incluyendo el caso en particular y el sistema jurídico aplicable al caso, a pesar de que sus diferencias pueden llegar a ser no sustanciales.

A manera de ejemplo, para el *common law* existe el criterio del “balance de probabilidades”, de acuerdo al cual un tribunal arbitral amparará una pretensión si se encuentra convencido, a raíz de las pruebas ofrecidas, de que la demanda es más probable que sea cierta a que no lo sea. En otras palabras, quiere decir que hay pruebas de mayor peso a favor de la pretensión, en contraste con las pruebas aportadas por la contraparte que busca refutarla (Popova & Wang, 2022, p. 89).

En el caso del *civil law* – sistema jurídico que predomina en nuestro país – tenemos el criterio de *convicción íntima*, el cual consiste en que la pretensión debe

“established to the conviction of the Tribunal in a way that directs doubts to be silent without excluding such doubts entirely” [“establecerse hasta la convicción del Tribunal de manera que las dudas se silencien sin excluirlas por completo.”] (CCI, 2012).

Ambos criterios son considerados al momento de establecer el estándar probatorio que deberá aplicarse en un determinado caso, no obstante, existen otra serie de factores que son relevantes para definirlo, los cuales pasaremos a explicar.

Las leyes y reglas arbitrales aplicables

A pesar de que un criterio válido a considerar podría ser la ley o reglas que puedan ser vinculantes al arbitraje, lo cierto es que la flexibilidad del arbitraje también se extiende a este supuesto, permitiendo al tribunal tener total discreción sobre la valoración de las pruebas, sujeto al acuerdo de las partes. Ello se encuentra confirmado por la Nota Explicativa de la Ley Modelo dictada por la Comisión de las Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional cuyo artículo 19.2 indica que:

La facultad discrecional supletoria del tribunal arbitral es igualmente importante pues permite que éste sustancie las actuaciones según las características especiales de cada caso, sin las limitaciones impuestas por la legislación interna que suele aplicarse, incluso la que rige la práctica de la prueba. (UNCITRAL, 2008, pp. 35-36)

No obstante, podemos estar ante una serie de supuestos en los que alguna ley o reglamento requiera a los árbitros imponer un determinado estándar de valoración probatoria. Aun así, en el Perú la normativa aplicable no hace una delimitación de tal tipo, al igual que los centros arbitrales más importantes de nuestro país.

Doctrina

En segundo lugar, la doctrina internacional puede ser un factor por considerar para que las pruebas sean valoradas de la mejor manera. Sobre ello, según Popova y Wang (2022), se pueden identificar tres enfoques sobre los cuales se puede determinar el estándar probatorio: (i) una norma autónoma derivada de la práctica generalmente aceptada en el arbitraje internacional; (ii) la ley nacional de la prueba de la ley que rige

el fondo del litigio; o (iii) la ley nacional de la prueba de la ley que rige el arbitraje (p. 92). Para ambos autores:

...in international arbitration specifically, the substantive law may better reflect the parties' expectations. The parties usually carefully consider and agree upon the substantive law governing their dispute; on the other hand, the argument goes, the law governing the arbitration clause is often not explicitly stated, and the seat of the arbitration is usually associated with issues that are external or ancillary to the arbitration... [...en el arbitraje internacional específicamente, el derecho sustantivo puede reflejar mejor las expectativas de las partes. Las partes suelen considerar cuidadosamente y acordar el derecho sustantivo que rige su disputa; por otro lado, se argumenta que la ley que rige la cláusula de arbitraje no suele estar explícitamente establecida, y la sede del arbitraje suele estar asociada a cuestiones externas o accesorias al arbitraje...]. (p. 93)

Como podemos apreciar, el pensamiento que predomina establece que el derecho aplicable al fondo es aquel que debe determinar el estándar probatorio, a diferencia de las otras dos posturas.

Práctica arbitral

La práctica arbitral ha sido otra fuente de suma importancia para evaluar si el estándar probatorio debe determinarse con base en la ley de fondo o en la ley que regula el arbitraje.

Al respecto, se observa que, en la práctica, los tribunales tienden a remitirse a la ley aplicable o a una norma internacional autónoma y, raramente, si lo hacen, a la ley de la sede o a la ley del procedimiento arbitral, cuando se trata de cuestiones relativas a la norma y a la carga de la prueba (Popova & Wang, 2022, p. 94).

Habiendo observado que el estándar de valoración probatoria puede variar, ¿Qué sucede ante los casos donde actos de corrupción forman parte de la materia controvertida?

Antes que nada, debemos resaltar que en el derecho penal – fuera donde se suelen discutir esta serie de actos – el estándar probatorio es considerablemente más elevado que en los sistemas civiles que rigen el arbitraje internacional. Tal como señalan Popova y Wang (2022):

In criminal matters, on the other hand, courts typically apply a more stringent standard of proof – often, of ‘beyond a reasonable doubt’ – in light of the severity of the potential penalties, which include deprivation of the defendant’s life or liberty [En los asuntos penales, en cambio, los tribunales suelen aplicar un criterio de prueba más estricto -a menudo, de "más allá de toda duda razonable"- a la luz de la gravedad de las posibles penas, que incluyen la privación de la vida o la libertad del acusado.] (p. 90)

Pues bien, diversos tribunales arbitrales pueden adoptar posturas diferentes y optar por un estándar probatorio más elevado para resolver alegaciones de corrupción. Este es un tema altamente discutido en la doctrina.

Al respecto, Kahn y Horvath (2017) han concluido que:

the single most important and controversial aspect of corruption cases involves the weighing of the evidence. The evidentiary burden is responsible for the scattered and inconsistent conclusions reached by varying arbitral awards. Due to the different standards of proof that have been arbitrarily applied across awards, it would be helpful to require a clarification of the appropriate evidentiary rules and standards that should be applied to contractual disputes involving corruption. The difficulty faced by arbitral tribunals when trying to collect evidence, such as their lack of investigative and subpoena powers, would probably make new or more detailed evidentiary rules rather ineffective. [El aspecto más importante y controvertido de los casos de corrupción es la ponderación de las pruebas. La carga probatoria es responsable de las conclusiones dispersas e incoherentes a las que llegan los distintos laudos arbitrales. Debido a los diferentes estándares de prueba que se han aplicado arbitrariamente en los laudos, sería útil exigir una aclaración de las reglas y estándares probatorios apropiados que deberían aplicarse a las disputas contractuales relacionadas con la corrupción. La dificultad a la que se enfrentan los tribunales de arbitraje a la hora de recopilar pruebas, como su falta de poderes de investigación y citación, probablemente haría que unas normas probatorias nuevas o más detalladas fueran bastante ineficaces.]. (p.135)

Por ejemplo, varios laudos de la Cámara de Comercio Internacional han adoptado una postura que conserva los actos jurídicos cuestionados⁹ y han rechazado alegaciones de delitos penales como el soborno debido a la insuficiencia de las pruebas presentadas al respecto. Debemos tener presente, nuevamente, que un árbitro no es un investigador ni un juez penal. Si no se han aportado claramente las pruebas de un delito penal, no puede anular el acuerdo de las partes sobre la única base de la sospecha.

En su momento, la Cámara de Comercio Internacional analizó 25 laudos internacionales y encontró que uno utilizaba un estándar de prueba bajo, mientras que 14 utilizaron un estándar alto de prueba similar al de los casos penales (Crivellaro, 2003, p. 115). Esta información ilustra la tendencia: la elevación del estándar probatorio viene siendo una práctica creciente en arbitrajes internacionales.

A pesar de que el umbral probatorio de las causas civiles es similar en todas las jurisdicciones, la mayoría de los laudos publicados en casos de corrupción propugnan un criterio de prueba "elevado". Este elevado nivel de prueba puede aproximarse al nivel penal ya precisado para los casos de fraude o soborno, y los sistemas de derecho civil de Europa también están empleando este nivel de prueba para los casos de corrupción.

Al respecto, Mourre (2009) sostiene lo siguiente:

Another issue is that of the quality of the evidence. Should a mere suspicion suffice? For example, it might appear, during the proceedings, that the respondent's defence to the claim is surprisingly weak. Should that be taken as an indication that the arbitration is simulated? The arbitral tribunal might be surprised to discover that, in an apparently large case, only very little evidence of works performed is produced. Should that be considered as an indication that the contract was entered into with the purpose of paying bribes? The arbitrators might realize that a state official is also a shareholder or an officer of a private investor, etc. In such situations, there would be no conclusive evidence of a fraud or of a corruption. Should the arbitrators then void the contract on the basis of a mere suspicion [Otra cuestión es la de la calidad de las pruebas. ¿Debe bastar una mera sospecha? Por ejemplo, podría parecer, durante el procedimiento, que la defensa del demandado a la demanda es sorprendentemente débil. ¿Debe tomarse esto

⁹ Laudo N° 5622 de la CCI (1994), Laudo N° 6286 de la CCI (1991); Laudo N° 6401 de la CCI,

como un indicio de que el arbitraje es simulado? El tribunal arbitral podría sorprenderse al descubrir que, en un caso aparentemente grande, sólo se presentan muy pocas pruebas de los trabajos realizados. ¿Debe considerarse eso como un indicio de que el contrato se celebró con el propósito de pagar sobornos? Los árbitros podrían darse cuenta de que un funcionario del Estado es también accionista o funcionario de un inversor privado, etc. En tales situaciones, no habría pruebas concluyentes de un fraude o de una corrupción.]. (p.215)

Como se puede advertir, el estándar probatorio puede elevarse para esta serie de situaciones, pues responde a la importancia y gravedad de un caso donde se ha alegado corrupción.

Un caso emblemático en el que consta esta elevación probatoria es el que tuvo como partes a Westinghouse Electric Corporation y a National Power Corporation, empresa estatal filipina, identificado como el caso CCI 6401 y cuyo laudo fue emitido en 1991.

El tribunal en el caso Westinghouse se ocupó de las denuncias de soborno presentadas por el National Power Corporation, después de determinar en primer lugar qué normas probatorias del país eran aplicables. El tribunal observó que una alegación de corrupción justificaba una norma más elevada de pruebas claras y convincentes.

El tribunal profundizó más en esta norma excesivamente elevada al declarar que el soborno:

...must be proven to exist by clear and convincing evidence amounting to more than a mere preponderance, and cannot be justified by mere speculation. Even though evidence existed that Westinghouse intended to bribe President Marcos by paying the local agent, the arbitral tribunal stated that the Respondents failed to carry their burden of proof, since they neither provided evidence of payments to Marcos nor proved the existence of an agreement between President Marcos and Westinghouse. The arbitral tribunal concluded that the (main) contracts were valid and rejected any allegation of bribery. [“...debe demostrarse su existencia mediante pruebas claras y convincentes que supongan algo más que una mera preponderancia, y no puede justificarse mediante meras especulaciones. A pesar de que existían pruebas de que Westinghouse pretendía sobornar al Presidente Marcos pagando al agente local, el tribunal arbitral declaró que las Demandadas

no cumplieron con su carga de la prueba, ya que ni aportaron pruebas de los pagos a Marcos ni probaron la existencia de un acuerdo entre el Presidente Marcos y Westinghouse. El tribunal arbitral concluyó que los contratos (principales) eran válidos y rechazó cualquier alegación de soborno.]. (Raouf, 2010, p. 7)

Como se puede advertir, la práctica arbitral internacional contiene una postura que se inclina a elevar el estándar probatorio, considerando que ello es necesario para una mejor resolución de esta clase de casos. Pero también se presenta otra postura, donde se ha aceptado el estándar usual de arbitrajes para determinar si hubo corrupción o no.

Al respecto, Hwang y Lim opinan lo siguiente:

In view of the high standard of proof imposed by tribunals, and the difficulty faced by parties in procuring evidence of corruption, there is considerable sympathy for those advocating lowering of the standard of proof or shifting the burden of proof to the impugned party. However, in our opinion, Partasides makes the soundest suggestion: that (i) there should be no shifting of the burden of proving corruption, as —allegations of illegality must, like any other allegation, be proven; and (ii) tribunals should continue to apply the balance of probabilities standard when evaluating allegations of corruption. [En vista del alto nivel de prueba que imponen los tribunales, y de la dificultad que tienen las partes para conseguir pruebas de corrupción, hay una considerable simpatía por quienes abogan por rebajar el nivel de prueba o por trasladar la carga de la prueba a la parte impugnada. Sin embargo, en nuestra opinión, Partasides hace la sugerencia más acertada: que (i) no debería haber un desplazamiento de la carga de la prueba de la corrupción, ya que las alegaciones de ilegalidad deben, como cualquier otra alegación, ser probadas; y (ii) los tribunales deberían seguir aplicando el criterio de equilibrio de probabilidades al evaluar las alegaciones de corrupción.]. (2012, pp. 18-19)

Ello también fue respaldado por Baizeau y Hayes, para quienes:

A persuasive position has been set out by a commentator, addressing both the standard of proof and how to apply it, based on the practice in English courts. In his view, the standard should remain one of preponderance, with no burden shifting, but the evidence may need to be more “cogent” depending on the inherent likelihood of the facts alleged. The corresponding flexible approach

involves “looking at the ‘balance’ of the evidence before [the adjudicator]” and “when appropriate, relying on inference to fill the gaps that circumstance leaves unfilled”. Such use of circumstantial evidence should not be confused with applying a “low” standard of proof, a confusion which “conflates two separate issues – the standard of proof and the probative value of circumstantial evidence”. [Un comentarista ha expuesto una posición persuasiva, abordando tanto el estándar de prueba como la forma de aplicarlo, basándose en la práctica de los tribunales ingleses. En su opinión, la norma debe seguir siendo la de la preponderancia, sin desplazamiento de la carga, pero las pruebas pueden tener que ser más "convincientes" en función de la probabilidad inherente a los hechos alegados. El correspondiente enfoque flexible implica "examinar el "equilibrio" de las pruebas que tiene ante sí [el juzgador]" y "cuando proceda, basarse en la inferencia para colmar las lagunas que las circunstancias dejan sin cubrir". Este uso de las pruebas circunstanciales no debe confundirse con la aplicación de un estándar de prueba "bajo", una confusión que "confunde dos cuestiones distintas: el estándar de prueba y el valor probatorio de las pruebas circunstanciales".]. (2017, pp. 260-261)

Consideramos que, a pesar de la práctica ha reconocido la posibilidad de elevar el estándar probatorio, este no debe ser elevado y adecuarse a la ley aplicable, al igual que al caso determinado que se busca resolver. Ello no importa flexibilizar o relajar el valor de las pruebas –cosa muy distinta-, sino aplicar el estándar regular a las pruebas adecuadas –pruebas directas, pruebas circunstanciales, pruebas indirectas o indicios, todo en conjunto-, con el rigor que siempre amerita la evaluación relativa a la validez de un contrato.

Es indudable que, en este análisis, los árbitros deben ser sumamente cautelosos y diligentes al evaluar pruebas provenientes de casos donde haya habido alegaciones de corrupción. No solo por la gravedad de dichas alegaciones, sino también para asegurarse de que los medios probatorios tengan un origen lícito.

3.3.2 La posibilidad de invertir la carga probatoria

Ahora bien, resulta importante hablar acerca de la carga de la prueba. Este es un concepto que incluso ha sido abarcado en la antigua Roma, tal como detalla Waincymer:

The commonly accepted view as to burden of proof is enshrined in various Roman law maxims, namely, *ei qui affirmat non ei qui negat incumbit probatio* (the onus of proof is on the person who affirms and not on the one who denies); *actori incumbit probatio* (the burden of proof is carried by claimant); *actore non probante reus absolvitur* (if the plaintiff cannot prove the case the defendant is absolved); and *reus excipiendo fit actor* (the defendant, by raising an exception or pleading, becomes a plaintiff). The references to claimant/plaintiff and respondent/defendant can be misleading as it is clear that the burden is on the party seeking to prove some fact. Thus claimants must prove claims, but defendants then must prove defences and counterclaims or set-off rights. [La opinión comúnmente aceptada en cuanto a la carga de la prueba está consagrada en varias máximas del derecho romano, a saber, *ei qui affirmat non ei qui negat incumbit probatio* (la carga de la prueba recae en quien afirma y no en quien niega) *actori incumbit probatio* (la carga de la prueba recae sobre el demandante); *actore non probante reus absolvitur* (si el demandante no puede probar el caso, el demandado queda absuelto); y *reus excipiendo fit actor* (el demandado, al oponer una excepción o alegar, se convierte en demandante). Las referencias a demandante/demandante y demandado/demandante pueden inducir a error, ya que está claro que la carga recae en la parte que pretende probar algún hecho. Así, los demandantes deben probar las reclamaciones, pero los demandados deben probar las defensas y las reconvenções o los derechos de compensación.]. (2012, pp. 763-764)

En efecto, la premisa que esboza el autor es aquella que predomina en el arbitraje internacional y consiste básicamente en lo siguiente: quien alega algo debe probarlo, ya sea para amparar sus alegaciones o para refutar aquellas que fueron presentadas por la contraparte. Ello va de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, cuyo artículo 27 establece que “Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas.”.

Incluso existe jurisprudencia internacional que ratifica esta postura. En un caso llevado a cabo ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI, 2013), el tribunal arbitral determinó lo siguiente:

...the Tribunal is not enamoured of arguments setting out to show that a burden of proof can under certain circumstances shift from the party that originally bore it to the other party, and then perhaps in appropriate circumstances shift back again to the original party. To the mind of the Tribunal, arguments of that kind confuse, unhelpfully, the separate questions of who has to prove a particular assertion and whether that assertion has in fact been proved on the evidence (...) Against that background, the Tribunal finds that it can safely rest, so far as the burden of proof is concerned, on the widely accepted international principle that a party in litigation bears the burden of proving the facts relied on to support its claim or defence. This is often put as a maxim: he who asserts must prove (*onus probandi incumbit actori*) [...el Tribunal no es partidario de las alegaciones que pretenden demostrar que, en determinadas circunstancias, la carga de la prueba puede desplazarse de la parte que la soportó inicialmente a la otra parte y, en su caso, volver a desplazarse a la parte inicial. A juicio del Tribunal, este tipo de argumentos confunde, de forma poco útil, las cuestiones separadas de quién tiene que probar una determinada afirmación y de si esa afirmación se ha probado de hecho con las pruebas. (...) En este contexto, el Tribunal considera que, en lo que respecta a la carga de la prueba, puede basarse sin temor a equivocarse en el principio ampliamente aceptado a nivel internacional de que una parte en un litigio tiene la carga de probar los hechos en los que se basa su reclamación o defensa. Esto se suele expresar como una máxima: quien afirma debe probar (*onus probandi incumbit actori*)]. (párrs. 178-179)

A pesar de esta afirmación, debe hacerse mención de la postura doctrinaria y jurisprudencial que considera que se debe invertir la carga probatoria, y en qué supuestos.

A manera de ejemplo, en el Caso N° 6497 llevado ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (1994), el tribunal arbitral remarcó lo siguiente:

The [party alleging corruption] has the burden of proof... [Such party] may bring some relevant evidence for its allegations, without these elements being really conclusive. In such case, the arbitral tribunal may exceptionally request the other party to bring some counterevidence, if such task is possible and not too burdensome. If the other party does not bring such counter-evidence, the arbitral

tribunal may conclude that the facts alleged are proven (Article 8 of the Swiss Civil Code). However, such change in the burden of proof is only to be made in special circumstances and for very good reasons [La [parte que alega la corrupción] tiene la carga de la prueba... [Dicha parte] puede aportar algunas pruebas relevantes para sus alegaciones, sin que estos elementos sean realmente concluyentes. En tal caso, el tribunal arbitral puede solicitar excepcionalmente a la otra parte que aporte alguna contraprueba, si tal tarea es posible y no resulta demasiado gravosa. Si la otra parte no aporta dicha contraprueba, el tribunal arbitral puede concluir que los hechos alegados están probados (artículo 8 del Código Civil suizo). Sin embargo, esta modificación de la carga de la prueba sólo puede hacerse en circunstancias especiales y por muy buenas razones.]. (citado por Hwang & Lim, 2012, p. 14)

Este supuesto, además de ser excepcional, también ha sido desarrollado en la doctrina internacional. Al respecto, Hwang y Lim (2012) han manifestado la posibilidad de que el demandado no tenga pruebas suficientes para demostrar alegaciones de corrupción, señalando que:

...the complainant often cannot produce direct physical or documentary evidence of corruption, whose case must stand or fall based on the strength of its witnesses' oral testimony, which may have little to recommend itself over the wrongdoers' evidence. [...el demandante a menudo no puede presentar pruebas físicas o documentales directas de la corrupción, y su caso debe sostenerse o caer sobre la base de la fuerza del testimonio oral de sus testigos, que puede tener poco que recomendar sobre las pruebas de los infractores.]. (p. 15)

A pesar de que la posibilidad de invertir la carga probatoria ha sido contemplada en la jurisprudencia y doctrina internacional, también existe una postura que rechaza esta posibilidad, toda vez que distorsiona una regla general de la práctica arbitral y procesal, que es: quien alega algo, debe probarlo.

Sobre ello, Hwang y Lim (2012) han detallado que:

Notwithstanding the fact that evidence of corruption is difficult to procure, we disagree with those who suggest that the tribunal should shift the burden of proof onto the impugned party, as it is too radical to depart from such a basic and widely accepted rule as the requirement that a party must prove the facts upon which it

wishes to rely. This rule exists for good reason— to prevent parties from making baseless assertions and to secure the integrity of the fact finding process. It avoids the presumption that a fact exists when evidence is not sufficiently probative to demonstrate such. It is also, in a sense, a rule of natural justice and due process. If this rule can be abridged in relation to proof of corruption, then by parity of reasoning there should be nothing to stop its application to other issues for which proof is difficult to obtain. This is not a slippery slope that international arbitration can afford to embark upon. [A pesar del hecho de que las pruebas de corrupción son difíciles de obtener, no estamos de acuerdo con quienes sugieren que el tribunal debería trasladar la carga de la prueba a la parte impugnada, ya que es demasiado radical apartarse de una norma tan básica y ampliamente aceptada como es el requisito de que una parte debe probar los hechos en los que desea basarse. Esta norma existe por una buena razón: evitar que las partes hagan afirmaciones sin fundamento y garantizar la integridad del proceso de determinación de los hechos. Evita la presunción de que un hecho existe cuando las pruebas no son suficientemente probatorias para demostrarlo. También es, en cierto sentido, una regla de justicia natural y de proceso. Si esta norma puede limitarse en relación con la prueba de la corrupción, entonces, por paridad de razonamiento, no debería haber nada que impidiera su aplicación a otras cuestiones para las que la prueba es difícil de obtener. Esta no es una pendiente resbaladiza en la que el arbitraje internacional pueda permitirse embarcarse.]. (p. 19)

Para nosotros, la inversión de la carga probatoria, si bien puede verse aceptada para supuestos sumamente excepcionales, no debería formar parte de la práctica arbitral habitual, incluso cuando se esté ante alegaciones de corrupción.

3.4 La doctrina de Clean Hands

El principio de las “manos limpias” o, como es mayormente conocido, “*Clean Hands Doctrine*”, se basa en la máxima de la equidad que establece que "quien acude a la equidad debe venir con las manos limpias". Esta doctrina exige que el tribunal deniegue la reparación equitativa a una parte que haya violado la buena fe con respecto al objeto de la reclamación. El propósito de la doctrina es impedir que una parte obtenga una

reparación cuando la propia conducta ilícita de esa parte ha hecho que la concesión de la reparación sea contraria a la buena conciencia.

El principio de las manos limpias se remonta a las tradiciones romanas. Se ha derivado de varias reglas existentes en esa época. Por lo tanto, debido a sus raíces romanas, la doctrina ha sido ampliamente adoptada en las jurisdicciones de derecho civil. La tradición del common law también ha defendido el principio, derivándolo de una defensa positiva basada en la equidad (Zwolankiewicz, 2021).

Asimismo, la idea que emana de esta doctrina se expresa en una serie de principios latinos, como *ex delicto non oritur actio* ("un acto ilícito no puede servir de base para una acción legal") y *ex turpi causa non oritur actio* ("una acción no puede surgir de una causa deshonrosa"). Es importante destacar lo siguiente: "the doctrine does not apply to cases where, though the claimant may be guilty of an unlawful act, such act is judicially extraneous to the cause of action [la doctrina no se aplica a los casos en que, aunque el demandante sea culpable de un acto ilícito, dicho acto es judicialmente ajeno a la causa de la acción.]" (Cheng, 1953, p. 157-158, como se cita en Llamzon, 2015, p. 39).

Entonces, no cabe invocar como defensa la doctrina de las manos limpias si la contraparte -y demandante- hace diez años cometió un acto ilícito que no tiene relación con la materia controvertida, pues debe haber una relación directa entre el acto ilícito cometido y lo que esta parte está reclamando para encontrarse uno en posición de alegar que la parte demandante no tiene derecho a la reparación que solicita ya que a través de una conducta ilícita obtuvo su lugar en la relación contractual que mantienen.

Según la enciclopedia legal de la Escuela de Derecho Cornell¹⁰:

The clean hands doctrine is based on the maxim of equity that states that one "who comes into equity must come with clean hands." This doctrine requires the court to deny equitable relief to a party who has violated good faith with respect to the subject of the claim. The purpose of the doctrine is to prevent a party from obtaining relief when that party's own wrongful conduct has made it such that granting the relief would be against good conscience. It is an affirmative defense that the defendant may claim. [La doctrina de las manos limpias se basa en que quien acude a la equidad debe venir con las manos limpias". Esta doctrina exige

¹⁰ Consultado el 16 de enero de 2022, en https://www.law.cornell.edu/wex/clean_hands_doctrine.

que el tribunal deniegue la reparación equitativa a una parte que haya violado la buena fe con respecto al objeto de la reclamación. El propósito de la doctrina es impedir que una parte obtenga una reparación cuando la propia conducta ilícita de esa parte ha hecho que la concesión de la reparación sea contraria a la buena conciencia. Es una defensa afirmativa que el demandado puede alegar.].

Con el tiempo, el principio obtuvo un reconocimiento adicional en el ámbito del derecho internacional y los arbitrajes de inversión. Sin embargo, no existe uniformidad en el enfoque de los juristas y los tribunales de arbitraje respecto al alcance del principio de manos limpias. Esto podría ser, tal vez, por su escaso uso por tribunales arbitrales alrededor del mundo, y que en aquellos casos donde sí se utiliza y se invoca de manera literal, existe inconsistencia en la forma en la que se emplea, variando su esencia de caso a caso.

Por ejemplo, en el caso de Yukos Universal Limited c. Federación Rusa (Corte Permanente de Arbitraje [CPA], 2014), la Federación Rusa sostuvo que las "manos sucias" de los demandantes privan al tribunal de jurisdicción y vuelven las reclamaciones de la demandante inadmisibles. No obstante, el tribunal arbitral consideró que la doctrina del clean hands no contaba con respaldo jurisprudencial:

1362. However, as Claimants point out, despite what appears to have been an extensive review of jurisprudence, Respondent has been unable to cite a single majority decision where an international court or arbitral tribunal has applied the principle of "unclean hands" in an interState or investor-State dispute and concluded that, as a principle of international law, it operated as a bar to a claim. [Sin embargo, como señalan las Demandantes, a pesar de lo que parece haber sido una extensa revisión de la jurisprudencia, la Demandada ha sido incapaz de citar una sola decisión mayoritaria en la que una corte internacional o un tribunal arbitral haya aplicado el principio de "manos sucias" en una disputa interestatal o entre inversores y Estados y haya concluido que, como principio de derecho internacional, operaba como un impedimento para una reclamación]. (CPA, 2014)

Por otro lado, en el arbitraje seguido entre Inceysa vs. El Salvador (CIADI, 2006), el tribunal señaló que, debido a que el demandante había contravenido múltiples principios legales establecidos por el tratado que dio origen al arbitraje, no podrá beneficiarse de su propia torpeza o dolo.

240. Este Tribunal resuelve, además, que la inversión realizada por Inceysa viola el principio *Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegans* y que se ha enunciado en español como que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o dolo. En relación con este principio, existen diversas máximas que, resultan claramente aplicables al caso que nos ocupa:

- a) "*Ex dolo malo non oritur actio*" (ningún derecho a accionar puede tener su origen en el dolo).
- b) "*Malitis nos est indulgendum*" (ante la conducta maliciosa no debe haber indulgencia).
- c) "*Dolos suos neminem relevat*" (a nadie se le exonera de su propio dolo).
- d) "*In universum autum haec in ea re regula sequenda est, ut dolos omnimodo puniatur*" (de modo general ha de observarse la regla de que el dolo será castigado en todo caso).
- e) "*Unusquique doli sui poenam sufferat*" (cada uno debe soportar la pena por su propio dolo).
- f) "*Nemini dolos suos prodesse debet*" (nadie debe aprovecharse de su propio dolo).". (CIADI, 2006)

Si bien no se hace una alusión explícita al principio de las manos limpias, el laudo reconoce la existencia de un principio que emana de la misma lógica del *clean hands* y de la definición de equidad: nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o dolo¹¹.

Ahora bien, debido a la falta de consenso y delimitación de la doctrina de las manos limpias, consideramos apresurado considerarla un principio del arbitraje en el Perú. Aunque su mención en el derecho internacional y el arbitraje de inversión ha sido variada y frecuente en los últimos años, no tiene aún el carácter de regla general, sino que se encuentra sujeta a cada caso en concreto, dependiendo su aplicación de múltiples factores.

¹¹ En algo recuerda, con las distancias del supuesto, al principio subyacente al precepto establecido en el artículo 213 del Código Civil peruano (referido al dolo como vicio de la voluntad): "Para que el dolo sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes." (Presidencia de la República, 1984, Decreto Legislativo 295).

En línea con lo expuesto en el párrafo precedente, en el Arbitraje seguido entre South American Silver Limited y el Estado Plurinacional de Bolivia (CPA, 2013), el tribunal señaló – ante el argumento levantado por el Estado Plurinacional de Bolivia sobre la falta de manos limpias de la demandante, siendo este un principio general del derecho internacional, y la violación del principio de legalidad, y como esto vuelve inadmisibles las reclamaciones de la demandante – que, además de que el principio de las manos limpias no se encuentra en el tratado que dio origen al arbitraje, la expresión "principios generales del derecho internacional" puede tener diferentes significados y que es indiscutible que los principios generales del derecho requieren cierto grado de reconocimiento y consenso. En ese sentido, el tribunal concluyó que Bolivia no ha demostrado que la doctrina de clean hands forme parte del orden público internacional o constituya un principio de derecho internacional aplicable al presente caso que desvirtúe la competencia del tribunal o afecte la admisibilidad de las reclamaciones presentadas por la Demandante.

En lo que concierne a nuestro país, apreciamos que el Perú se mantiene actualizado con el mundo del arbitraje a un nivel internacional, incorporando de cierta manera principios y corrientes modernas al país para fortalecer nuestra institución arbitral y mantenernos como uno de los países de Latinoamérica con mayor reconocimiento a nivel internacional respecto a nuestra práctica arbitral y a su normativa. Consideramos que esa orientación es correcta. No obstante ello, no debe perderse de vista la realidad nacional, y tomar en consideración tanto nuestro pasado como nuestra situación actual, y analizar si lo que funciona en el extranjero funcionaría en el Perú.

En esa misma línea, si bien la doctrina de las manos limpias ha servido para evitar que un inversor reclame justicia y obtenga una reparación cuando su conducta ilícita dio origen al arbitraje, y en muchísimos casos ha cumplido dicha misión y han habido tribunales que han rechazado jurisdicción bajo esa premisa en aras de proteger al Estado anfitrión, la doctrina de las manos limpias podría prestarse como recurso para eludir responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados de inversión y tal vez sea la razón de la falta de consenso entre los tribunales arbitrales y sus opiniones expresadas sobre la doctrina en sus laudos.

A modo de ejemplo, imaginemos que el Estado anfitrión "A" y el Inversor "B" celebran un contrato. El Estado anfitrión A es un país internacionalmente reconocido por

sus escándalos sobre corrupción en todos los niveles de autoridad y el Inversor B es una empresa transnacional dedicada a la construcción. Durante la ejecución del contrato, se presenta una controversia y el Inversor B invita al Estado Anfitrión A a arbitrar. El Estado Anfitrión alega la doctrina de las manos limpias, señalado que el Inversor obtuvo el contrato a través de sobornos a funcionarios públicos, consecuentemente, el tribunal arbitral se declara incompetente para resolver la materia controvertida apoyándose en el *clean hands*.

Entonces, al rechazar el arbitraje – en teoría -, el tribunal arbitral estaría protegiendo al Estado Anfitrión A de que el Inversor B obtenga una compensación respecto al contrato que obtuvo a través de actos ilícitos. Sin embargo, como se sabe, *hacen falta dos para bailar un tango*. En este caso – hipotéticamente – fue el funcionario público del Estado Anfitrión A quien aceptó el soborno por el Inversor B y sin él no se habría generado la conducta ilícita para obtener el contrato en cuestión. Esta decisión del tribunal arbitral reforzó la corrupción ya que le está permitiendo al Estado Anfitrión A evadir el cumplimiento de sus obligaciones en el marco del contrato y del tratado de inversión que dio lugar al arbitraje.

¿A dónde queremos llegar con esto? El *Clean Hands* puede ser utilizado por Estados Anfitriones para evitar un arbitraje donde se podría poner en evidencia su involucración en los actos contrarios al orden público relacionados a la materia arbitrable y, en consecuencia, librarlos – al menos temporalmente – del veredicto y consecuencia que puedan corresponder a ambas partes. Como señalan – y no podrían estar más en lo correcto - Uber López Montreuil y Daniel Masnjak Marín en su artículo *Manos Limpias y Arbitraje De Inversión: A Propósito del Caso Odebrecht* “sería un incentivo perverso que el Estado pueda librarse fácilmente de cualquier responsabilidad internacional, alegando un ilícito del que fue parte” (2020).

Consideramos que la imposibilidad de imputar responsabilidad penal por parte del tribunal arbitral frente a indicios de actos de corrupción relacionado a un contrato no debería impedir que estos cumplan con sus obligaciones y el ejercicio de sus funciones y responsabilidades como árbitros. Debe ponerse por delante su rol como tribunal arbitral y todo lo que eso implica, esto es, emitir laudos esclareciendo los puntos controvertidos y evaluando los medios probatorios.

Cuando el tribunal arbitral rechaza su jurisdicción o declara inadmisibile la demanda arbitral por indicios de corrupción atribuibles a la parte demandante, aun cuando sabemos que para que se configure un acto de corrupción en un contrato en el que el Estado es parte tiene que estar involucrado un funcionario público, se estaría obstaculizando la lucha contra la corrupción al eximir a los Estados Anfitriones demandados que alegan la doctrina de las manos limpias para traerse abajo el arbitraje, de toda responsabilidad.

Ahondado un poco más en los detalles, debe tenerse en cuenta que, en su mayoría, la doctrina de las manos limpias parte por declarar la inarbitrabilidad de la materia a partir de delitos de corrupción debidamente acreditados, y no ante presunciones o investigaciones. La parte que alega la corrupción no sólo debe probar la conducta corrupta, sino que también debe establecer el vínculo causal entre el acto de corrupción y el beneficio o la influencia resultante recibida por la parte acusada (Espinoza Quiñones & Chunga Flores, 2015).

De esa manera, el que un tribunal arbitral se declare incompetente por indicios de corrupción no comprobados ni directamente relacionados a la parte demandante y el contrato en cuestión sería ir en contra del convenio arbitral.

Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

(...)

2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral. (Presidencia de la República del Perú, 2008)

Ante esto, concordamos con lo señalado por los abogados Sandro Espinoza Quiñones y Carmen Chunga Flores en su artículo *La Arbitrabilidad de la Corrupción: ¿Es Posible Aplicar «Clean Hands Doctrine» en el Arbitraje en Contratación Pública?*

“Como se puede apreciar, el convenio arbitral es un acuerdo independiente del contrato y, por lo tanto, cualquier cuestionamiento sobre la validez del mismo sea en su formación o en su ejecución, no implica la invalidez del convenio arbitral.” (Espinoza Quiñones & Chunga Flores, 2015, p. 290-291).

Entonces, si bien la doctrina del clean hands reposa en principios indiscutiblemente ligados a la justicia y creemos que su aplicación es una buena herramienta contra la corrupción y un activo en la lucha contra esta, deberá considerarse con mucha atención el caso concreto, por cuanto no será viable su aplicación como regla general, siendo el tribunal arbitral una pieza clave para esclarecer esto último.

3.5 Prejudicialidad penal

Otra pregunta que surge al momento de analizar la posibilidad de que árbitros se pronuncien sobre actos de corrupción se vincula a la prejudicialidad, la cual, como pasaremos a desarrollar, es un factor de suma importancia para casos donde se lleve a cabo un proceso penal antes de que termine o incluso inicie el arbitraje.

La prejudicialidad, de acuerdo a Priori, puede encontrarse en casos donde un Juez requiere que se determine alguna cuestión que sirva de base para la emisión de una decisión (2010). Es decir, la prejudicialidad es la necesidad de que se establezca un determinado tema para emitir una decisión.

Este supuesto puede encontrarse en procesos judiciales y en arbitrajes. Y a raíz del tema materia de este trabajo, resulta necesario hablar acerca de la prejudicialidad penal en arbitrajes.

La prejudicialidad penal es un tema que incluso ha sido regulada en otros países. Para efectos ilustrativos, el artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española la regula de la siguiente manera:

Artículo 40.- Prejudicialidad penal

2. Cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal.

3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurran las siguientes circunstancias:

1.a Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil.

2.a Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil. (Ley 1/2000, 2000)

Como se puede advertir, la ley española requiere que haya una conexión entre la conducta delictiva con las pretensiones que presenten las partes, y además que exista influencia por parte de la decisión que se tome en el proceso penal con el proceso civil a realizarse. Con el cumplimiento de ambos requisitos, el proceso civil deberá verse suspendido y condicionado a lo que se decida en el fuero penal.

Esta regulación permite apreciar cómo opera la prejudicialidad penal: si la decisión que se emita en dicho fuero generará algún impacto en el proceso civil a iniciarse o ya iniciado, se configurará la prejudicialidad y, por ende, el proceso civil deberá esperar a que se emita una decisión en el proceso penal para continuar – o iniciar - su trámite.

Ello se condice con lo dicho por Frederic Munne (2015), quien resaltó lo siguiente para el caso de prejudicialidad penal en arbitrajes:

las cuestiones prejudiciales de naturaleza civil, administrativo, tributario o laboral deben ser abordadas por el propio árbitro, siempre que sean necesarias para resolver la controversia. Incluso entendemos que a tales cuestiones meramente prejudiciales, al no constituir el objeto del arbitraje, no les afectan los límites a la arbitrabilidad.

En este sentido la prejudicialidad penal, también de forma similar a su tratamiento procesal en sede judicial, exige en sede arbitral: a) la pendencia de una causa criminal sobre alguno de los hechos en que se funden las pretensiones de las partes, y no la mera interposición de una denuncia o una querrela; y b) que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en dicha causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución de la controversia

sometida a arbitraje, a criterio del árbitro. (p. 241, como se cita en Pérez-Prieto De las Casas, 2016, pp. 77-78)

Como se advierte, el razonamiento expuesto por el autor contiene la misma idea que la Ley de Enjuiciamiento Civil Española: siempre y cuando haya una estrecha relación entre lo discutido en sede penal y arbitral, y que la decisión final emitida en fuero penal pueda impactar en la futura decisión del arbitraje, se configurará la prejudicialidad, correspondiendo que el arbitraje espere a que exista una sentencia penal definitiva.

Ahora bien, para el caso del Perú, la prejudicialidad penal no está regulada en nuestro país. No obstante, y con el fin de que el presente trabajo pueda llevarse a la práctica en nuestro país, consideramos necesario plantear una posición al respecto.

A raíz del desarrollo esbozado en párrafos anteriores, consideramos que la prejudicialidad penal puede aplicarse en nuestro país y para arbitrajes, siempre y cuando haya un estrecho vínculo entre lo discutido en ambas sedes, y que la sentencia penal definitiva incida en el posible resultado del laudo.

Por ello, sostenemos que la idea desarrollada por el profesor Munne, que también está regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, es aplicable al presente trabajo. Por ende, un arbitraje deberá verse suspendido o, en todo caso, no podrá iniciarse, en el supuesto que haya un proceso penal que se encuentra estrechamente vinculado a lo discutido – o a lo que será discutido – en sede arbitral, y cuyo resultado será necesario para que los árbitros resuelvan la controversia del arbitraje.

CAPÍTULO CUARTO: LA FUNCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL EN PRESENCIA DE INDICIOS DE CORRUPCIÓN

4.1 El deber de confidencialidad

El artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071, bajo el subtítulo de “Confidencialidad” establece lo siguiente:

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.
2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo, para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.
3. En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes. En los arbitrajes ad hoc asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte. (Decreto Legislativo 1071, 2008)

Al respecto, importantes referentes del derecho peruano que prefieren hablar de privacidad en lugar de confidencialidad. Al respecto, el doctor Guillermo Lohmann Luca de Tena desarrolla las siguientes ideas:

Hay quien distingue entre privacidad -con alusión a la existencia del arbitraje, el lugar donde se realiza y participación en las audiencias y, en general, actuaciones arbitrales- y confidencialidad- con alusión a los aspectos en disputa, documentos

o pruebas y al laudo principalmente. A mi más bien me parece que la privacidad es la característica o nota que las partes esperan del arbitraje (o sea, que sus disputas no sean conocidas por más personas que las indispensables para darles solución) y que la confidencialidad es la conducta que ciertos sujetos deben guardar para preservar esa privacidad. (2011, p. 584)

Estamos de acuerdo con la precisión semántica expuesta; empero, más allá de la forma en la que los expertos se refieran a este deber, es de común acuerdo la importancia que tiene el cumplimiento de lo que consideramos un deber ético establecido por ley (un deber de no hacer) para todas las partes involucradas en un arbitraje.

Diferenciándose del proceso judicial y en línea con la esencia de este mecanismo, el arbitraje habitualmente se centra en la resolución de controversias de derecho privado, y en este tipo de controversias al menos una de las partes es un privado, siendo lógico que la regla general sea que, tanto los actuados como el laudo, sean privados también, aunque siempre exista la posibilidad de que las partes pacten en contrario (Lohmann, 2011).

Ahora bien, el pacto en contrario no es la única excepción al deber de confidencialidad, por cuanto en los arbitrajes donde el Estado o alguna de sus dependencias es parte, “las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública” (Decreto Legislativo 1071, 2008). Esto se debe a que los laudos que involucren al Estado siempre serán de interés público, y con la finalidad de dar mayor transparencia respecto a los procesos en donde el Estado participa como parte, la ley ha dispuesto que las etapas de los procesos arbitrales sean públicas.

En este punto es adecuado detenerse para hacer referencia al interés público. Conforme ha señalado el profesor chileno Correa Fontecilla:

Constituyen criterios de interpretación del interés público el reconocimiento de sus características, como son, por ejemplo, que tenga contenidos estrechamente vinculados al bien común; que su aplicación contribuya a la realización de la dignidad humana, fortalezca los principios democráticos y la convivencia pluralista; que permita la evaluación de normas que contienen derechos y deberes constitucionales y legales, y que integre un proceso de toma de decisión,

materializado por órganos del Estado. (...) Los principios sustantivos y adjetivos del interés público constituirán pautas o modelos de conducta que servirán de base para establecer políticas públicas coherentes y estructurar, a partir de ellos, instituciones jurídicas estables. Entre los primeros podemos citar el respaldo a políticas que protejan y respeten los derechos esenciales de la persona humana y la libertad de las personas para elegir acerca de los valores y su jerarquía, y entre los segundos, el rechazo a los criterios relativos y el empleo de determinadas técnicas preventivas destinadas a dar anticipada solución a problemas de interés público. (Correa Fontecilla, 2006)

El Tribunal Constitucional peruano (2004), en la sentencia contenida en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC, definió el interés público como:

aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa... De allí que Fernando Sainz Moreno [“Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 008, enero - marzo de 1976] plantee que la noción interés público se entienda como expresiones del valor público que en sí mismo tienen ciertas cosas; o bien como expresión de aquello que únicamente interesa al público. (fundamento 11)

Entonces, si el interés público, es aquello que interesa y conviene a todos, es necesario ahondar en la otra cara de la moneda: las excepciones y la posible existencia de un deber de divulgación.

Como se desarrolló en el capítulo segundo de la presente tesis y en este mismo capítulo en párrafos precedentes, existen excepciones al deber de confidencialidad que la Ley de Arbitraje (2008) establece. Ya sea por exigencia legal, para proteger o hacer cumplir un derecho, para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial o cuando el Estado sea parte en el arbitraje, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral o, en su caso, los testigos, peritos o cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, se encontrará excepto del cumplimiento del deber de confidencialidad.

Además, a raíz de la deplorable conducta de algunos árbitros (y, evidentemente, de las partes involucradas, pues no hay corrupto sin corruptor), que conllevó a arbitrajes fraudulentos (en arbitrajes privados) por medio de los cuales se privó de su derecho de propiedad a numerosas personas (víctimas), el año 2015 se incorporó en la Ley de Arbitraje el artículo 39.5, que exige la inscripción en RRPP (para dar plena publicidad) de la existencia del arbitraje, cuando verse sobre derechos o actos inscribibles en los RRPP:

Artículo 39:

5. Cuando la demanda o la reconvencción verse sobre actos o derechos inscribibles en los Registros Públicos, el Tribunal Arbitral solicitará la anotación de la existencia del proceso arbitral en la partida registral vinculada con la eventual ejecución del laudo. La anotación se solicitará dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a la admisión de la demanda o la reconvencción y tiene los siguientes efectos:

- a. No imposibilita la extensión de asientos registrales en la partida registral.
- b. Otorga prioridad y prevalencia respecto de cualquier asiento registral posterior con dicha anotación, cuyo contenido sea incompatible con el laudo inscrito. (Decreto Legislativo 1071, 2008).

Según la Real Academia Española, la palabra divulgar significa “publicar, extender, poner al alcance del público algo” (s.f.). En ese sentido, solo podríamos decir que existe un deber de divulgación en caso exista una obligación legal o el Estado sea parte del arbitraje, aunque en este último escenario se hable solamente de la publicidad del laudo posterior a su emisión y no comprende las actuaciones previas (Real Academia Española, s.f.)

El deber de divulgación solo podrá derivarse de la legislación nacional a la que están sujetos los miembros del tribunal, prevaleciendo sobre cualquier obligación expresa o implícita de confidencialidad. Por ejemplo, las leyes contra el lavado de dinero (que a menudo van de la mano de la legislación contra la corrupción) pueden imponer a los árbitros la obligación de comunicar sus sospechas razonables de las actividades corruptas de una parte y eximirlos de responsabilidad por cualquier incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad.

A modo de ejemplo, el párrafo 1 del artículo 39 de la Ley sobre la Corrupción, el Tráfico de Drogas y Otros Delitos Graves (Confiscación de beneficios) de Singapur (Act 1992, 2021), impone el deber de divulgación a la persona que sepa o tenga motivos razonables para sospechar que determinados bienes pueden representar el producto de una conducta delictiva, se han utilizado en relación con ella o están destinados a ser utilizados en relación con ella.

Artículo 39.- Deber de revelar el conocimiento o la sospecha

1.- Cuando una persona sabe o tiene motivos razonables para sospechar que cualquier propiedad: a) Representa total o parcialmente, directa o indirectamente, el producto de; b) Se utilizó en relación con; o c) Está destinado a ser utilizado en relación con cualquier acto que pueda constituir tráfico de drogas o conducta delictiva, según el caso, y la información o el asunto en que se basa el conocimiento o la sospecha llegó a su atención en el curso de su oficio, profesión, negocio o empleo, deberá revelar el conocimiento o la sospecha o la información u otro asunto en que se basa dicho conocimiento o sospecha a un oficial encargado de la notificación de operaciones sospechosas tan pronto como sea razonablemente posible después de que llegue a su atención. (...) (Act 1992, 2021).

Así, si un árbitro que se reúne en Singapur tiene sospechas razonables de que una parte ha sobornado a un funcionario de un gobierno extranjero para obtener un contrato gubernamental fuera de Singapur, el párrafo 1 del artículo 39 le impone la obligación de comunicar esas sospechas a las autoridades competentes de Singapur. El incumplimiento de esta obligación es motivo de condena y multa. Si la divulgación se hace de conformidad con el párrafo 1 del artículo 39 de la Ley, el párrafo 6 del artículo 39 inmuniza y protege al árbitro de cualquier violación de la obligación de confidencialidad:

6.- Cuando una persona revela de buena fe a un Oficial de Reporte de Transacciones Sospechosas: a) Su conocimiento o sospecha de los asuntos mencionados en los apartados a), b) o c) del párrafo 1); o b) Cualquier información u otro asunto en el que se base ese conocimiento o esa sospecha, la divulgación no se considerará como una violación de ninguna restricción a la divulgación impuesta por la ley, el contrato o las normas de conducta profesional y no será

responsable de ninguna pérdida derivada de la divulgación ni de ningún acto u omisión como consecuencia de la misma.

Las normas arbitrales institucionales también reconocen, como no debería ser de otro modo, la obligatoriedad de la ley como una excepción al deber de confidencialidad. Por ejemplo, el Reglamento del Centro de Arbitraje de Singapur de 2010 dispone que las partes o los árbitros pueden revelar los asuntos relacionados con un arbitraje, en cumplimiento de las disposiciones de las leyes de cualquier Estado que sean obligatorias para la parte que hace la revelación (2010). El Reglamento de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual establece similarmente que el deber de confidencialidad es vinculante para las partes y los árbitros, excepto en la medida en que lo exija la ley.

En el Perú, las normas que exigen informar la comisión un delito no aplican a civiles ni tampoco para árbitros durante el ejercicio de su profesión. Esta obligación es aplicable solamente para funcionarios públicos, los cuales se encuentran obligados a informar los delitos de los que hayan tomado conocimiento durante el ejercicio de sus funciones. A manera de ejemplo, como se ha señalado anteriormente en la presente tesis, el artículo 10 del Código Procesal Penal establece que si un juez toma conocimiento de indicios de corrupción durante un proceso extrapenal, éste deberá comunicarlo al Ministerio Público de oficio o a pedido de parte. No obstante, esta norma se circunscribe a los jueces, y no hace mención de los árbitros

Entonces, no habría obligación de los árbitros o las partes a informar cualquier indicio de delito, a menos que estemos ante un arbitraje en el cual se encuentren funcionarios públicos del Estado Peruano participando.

Entonces, aunque no exista obligación legal de que un árbitro revele actividades corruptas, la divulgación por su propia voluntad a las autoridades competentes puede estar comprendida en las excepciones a la confidencialidad por motivos de interés público o de interés de la justicia.

En cuanto a la normativa institucional, expondremos a modo de ejemplo como lo regulan algunos reglamentos, que corriente siguen y sus diferencias. El Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima es una de las que replica lo pactado por la Ley de Arbitraje, pero adicionando la posibilidad de que, con fines académicos, el Centro puede

publicar laudos o decisiones seleccionadas, de forma íntegra, por extractos o por sumario, siempre que sean previamente editados para ocultar el nombre de las partes y otros datos que permitan su identificación y ninguna parte objete su publicación dentro de los plazos establecidos por la Secretaría para estos propósitos. (Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2017, art. 43.3)

Con esto no solo se solicita autorización de las partes, sino que se preserva la información de las mismas y de aquello que pudiera identificarlas.

El Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por su lado, regula de una manera amplia el deber de confidencialidad, incluyendo dentro de sus excepciones cuando un órgano jurisdiccional o autoridades pertinentes, dentro del ámbito de su competencia, soliciten información al Centro o al tribunal arbitral (Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017). Asimismo, su reglamento incluye multas para aquellos que violen en deber de confidencialidad (Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017).

Por último, el Reglamento de AMCHAM Perú, siguiendo el patrón, regula el deber de confidencialidad en armonía con la Ley de Arbitraje. Adicionalmente, salvo pacto en contrario, el Centro podrá disponer la publicación del laudo luego de transcurridos meses desde que este fue dictado, pudiendo las partes poner oposición a la publicación o solicitar la supresión de partes específicas (Cámara de Comercio Americana del Perú, 2021, p. 21).

Al fin y al cabo, el deber de confidencialidad se encuentra profundamente desarrollado en la jurisdicción arbitral peruana, aunque puede que muchos consideren que la confidencialidad es esencial al arbitraje, nosotros nos sujetamos a la corriente de aquellos que piensan que la confidencialidad no es esencial al arbitraje, sobre todo si el Estado se ve involucrado. Son muchas e importantes las reglas arbitrales que no imponen a las partes ni a los árbitros el deber de guardar privacidad de los actuados y menos aún del laudo arbitral. El “*Federal Arbitration Act*” de los Estados Unidos es un ejemplo de esto. Al respecto, Marlon Meza-Salas en su artículo “*Confidentiality in International Commercial Arbitration: Truth or Fiction?*” [La confidencialidad en el arbitraje comercial internacional: ¿Verdad o ficción?] señala:

La situación varía entre los países elegidos habitualmente como sedes de las ACI. Por ejemplo, aunque en Gran Bretaña no existe una normativa legal sobre la confidencialidad de las ACI, hay un importante desarrollo de la jurisprudencia para proteger la confidencialidad. En Estados Unidos, la Ley Federal de Arbitraje y la Ley Uniforme de Arbitraje adoptada como modelo por la mayoría de los Estados, no imponen requisitos de confidencialidad. En Francia, una modificación legal de 2011 estableció el deber de confidencialidad para el arbitraje doméstico, pero no para el ACI a menos que las partes lo hayan acordado. (2018)

Al enfocar el desarrollo de la presente tesis a aquellos arbitrajes donde el Estado sea parte, hemos señalado que es evidente que la transparencia tiene un rol protagonista. Es diferente al arbitraje común o arbitraje privado (comercial), cuyo espíritu y por ende sus reglas guardan una sistemática coherente con el ámbito privado, dentro de lo cual la confidencialidad es tan natural como fundamental.

En un arbitraje donde el Estado es parte y, por ende, los intereses públicos se encuentran en juego, la transparencia es la regla y la confidencialidad ya no tiene razón de ser, divulgándose tanto las actuaciones arbitrales como el laudo una vez que ha concluido el proceso arbitral.

La Ley de Arbitraje peruana señala que se podrá prescindir de la obligación de mantener confidencialidad para proteger un derecho. En el caso de arbitrajes donde el estado es parte, sería el derecho que tenemos todos los peruanos a que todos los funcionarios y trabajadores públicos están orientados al servicio de la nación, el derecho a que el Estado garantice la plena vigencia de los derechos humanos y promueva el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación, el derecho a la transparencia, derecho a un estado libre de corrupción y derecho a contrataciones públicas correctas, imparciales y transparentes para garantizar el uso efectivo de los recursos del estado y la satisfacción de necesidades sociales vinculadas con derechos fundamentales.

Entonces, en caso se presenten indicios de corrupción en un arbitraje en el que Estado sea parte, ya sean estos descubiertos durante las actuaciones o alegados por algunas de las partes desde un inicio, los árbitros podrán, por su propia voluntad, divulgarlos a las autoridades competentes y/o, de manera posterior, se dotará al laudo que devenga de este arbitraje el beneficio de ser público, pudiendo ser usado (sus actuaciones

o actuados) como medio probatorio en un proceso judicial posterior, tema que abordaremos con mayor precisión a continuación y, además, será obligatoria la divulgación de las actuaciones arbitrales como el laudo una vez que ha concluido el proceso arbitral.

4.2 ¿Medio probatorio o carácter vinculante?

El laudo arbitral es vinculante para las partes. En adición a que la Constitución establece que el arbitraje es jurisdicción (con todo lo que ello implica), este punto ha sido establecido de modo expreso por la Ley de Arbitraje peruana, al establecer lo siguiente: “Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes” (Decreto Legislativo 1071, 2008). En palabras de Aramburú: “El efecto sustantivo o material más importante, claro está, es que pone fin al conflicto o disputa, disponiendo el cumplimiento obligatorio del mandato o mandatos en el contenido” (2011, p. 670).

Como se aprecia, el laudo con el cual termina el arbitraje tiene efectos vinculantes hacia las partes, las cuales se encuentran obligadas a acatar lo ordenado por el Tribunal Arbitral. Tan así es, que incluso la Ley de Arbitraje reconoce que el laudo es incuestionable e inimpugnable, otorgándole calidad de cosa juzgada: “El laudo produce efectos de cosa juzgada.” (Decreto Legislativo 1071, 2008).

Ello ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional (2005), en la sentencia recaída en el Expediente N° 4587-2004-AA:

se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial o puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó. (fundamento 38)

Bajo esa misma línea, Born señala que un laudo arbitral tiene carácter vinculante a las partes y puede llegar a generar derechos, deberes y obligaciones entre ellas (Born,

2021, p. 3145). Es evidente que los efectos de la cosa juzgada son relativos solo a las partes involucradas; en ese sentido, obviamente los efectos vinculantes de un laudo no tendrán algún impacto en alguien ajeno al arbitraje. Asimismo, no genera precedentes vinculantes, como los que puede establecer la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional Peruano, los cuales constituirán alcances interpretativos de obligatorio cumplimiento para todos, y deben ser aplicados por otros órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, el desarrollo de lo que constituye la calidad de cosa juzgada y los efectos vinculantes de un laudo no son materia de este trabajo. Lo que buscamos aclarar es si un laudo arbitral puede ser vinculante para un proceso penal, donde la materia es diferente.

En primer lugar, debemos recordar -y recalcar- lo señalado anteriormente, y es que un arbitraje no busca -ni podría hacerlo- reemplazar un proceso penal que pueda darse sobre los mismos hechos. Mientras uno resolverá una controversia meramente contractual, el otro determinará si existe la comisión de un delito y las consecuencias derivadas de este en el ámbito penal (p.e., la posible pena por imponerse).

Al respecto, puede darse el hecho que el resultado de un arbitraje pudiera generar alguna repercusión en un proceso penal. No obstante, y dada la discusión que se da en ambos fueros, no sería razonable concluir que el resultado de un arbitraje genere efectos vinculantes y que incidan directamente en el trámite de un proceso penal.

Por ejemplo, puede ocurrir que una empresa privada inicie un arbitraje contra una entidad solicitando una suma dineraria, alegando que cumplió con el suministro de un determinado bien sin recibir el pago pactado en el contrato. A su vez, imaginemos que se ha iniciado una investigación contra el Gerente General de la empresa privada y contra funcionarios de la entidad por posibles actos de corrupción al momento de la licitación pública.

Aun cuando el laudo concluya que la entidad debe o no pagar al privado, ello no será relevante para la investigación en curso, pues en el arbitraje no se ha discutido la licitud de la licitación.

Imaginemos ahora que la entidad presentase una reconvencción, solicitando que se declare la nulidad del contrato por fin ilícito o por ser contrario al orden público, y alega justamente el posible acuerdo previo que haya podido tener el privado y los funcionarios

investigados. Aun cuando estemos ante un supuesto de este tipo, los árbitros se encargarán de determinar si los actos realizados se configuran como una causal de nulidad de acto jurídico¹², mientras que la fiscalía deberá determinar si se ha llegado a cometer algún acto que pueda configurarse como un delito en específico. Es de señalar que la finalidad ilícita, o la contravención a normas de orden público (que conllevan la nulidad del contrato o del acuerdo o convenio) no necesariamente configuran un delito penal.

Además, debemos insistir en que un laudo arbitral – y el arbitraje en general – no puede atribuirse funciones que solo le competen al fuero judicial. A pesar del reconocimiento del fuero arbitral, ello no implica que pueda tener las mismas atribuciones que un órgano jurisdiccional, el cual trabaja en representación del propio Estado Peruano y que posee facultades exclusivas de éste.

Como se sabe, el proceso arbitral tiene una estructura diferente a un proceso penal. Una de las diferencias principales, por no decir la más importante, es que los procedimientos penales culminan con una sentencia que contiene una declaración atinente a la persona (culpable de la comisión del delito), pudiendo ordenarse pena privativa de libertad y una serie de consecuencias legales relativas a los derechos del condenado. Ello se debe al poder exclusivo que tienen los órganos jurisdiccionales, y al hecho que el agraviado es la sociedad, por cuanto el bien jurídico tutelado en sede penal no es privado.

En otras palabras, solo un órgano jurisdiccional con esta competencia puede imponer una pena de ese tipo.

Es evidente, por ende, que un laudo no puede tener efectos vinculantes sobre un proceso penal; solo será vinculante para las partes en relación a lo decidido en el arbitraje, como por ejemplo a las obligaciones que se determinen, y esto no es solo porque las materias controvertidas son diferentes, sino también porque las diferencias en las facultades que la ley les otorga en cada caso -entre un juez penal y un árbitro- son de sustancial magnitud y alcance.

A pesar de esta distinción, un laudo que pueda emitirse y que tenga cierta incidencia con una investigación o proceso penal sí podría ser incorporado como un

¹² El artículo 219 del Código Civil peruano establece las causales de nulidad de acto jurídico, dentro de las cuales se encuentran aquellos actos que buscan un fin ilícito y aquellos que son contrario al orden público o a las buenas costumbres (1984).

medio probatorio de suma utilidad, pues podría dar una idea del actuar de cierto procesado durante los hechos materia de investigación. Nos referimos, específicamente, a los actuados, a las pruebas aportadas en el arbitraje, siendo referenciales el análisis y decisión del tribunal arbitral para el juez penal, quien hará su propia evaluación de la conducta y el actuar del procesado. Es claro que esta conclusión podría extenderse a una orden procesal o resolución donde también se decida la existencia de posibles actos de corrupción, pues dado que la calidad de cosa juzgada en fuero arbitral no es vinculante al fuero penal, no es necesario que se deba esperar estrictamente a la emisión del laudo para obtener un indicio o prueba de este tipo.

En este punto se recalca que el laudo o pronunciamiento del Tribunal no constituirá en sí una prueba. Es decir, no reflejará ni demostrará un hecho suscitado y relacionado a lo discutido en el fuero penal. No obstante, sí contendrá una opinión que provenga de profesionales especializados en determinadas materias y que, en buena cuenta, se encontrará debidamente motivado y desarrollado, por lo que a no dudar será de utilidad para el juez penal. No es novedad que se incorporen pronunciamientos de órganos jurisdiccionales o árbitros con un fin distinto al de solo demostrar su posible calidad de cosa juzgada; puede ser usado para acreditar un análisis realizado por un profesional, con base en pruebas y alegaciones presentadas por las partes de un proceso, lo cual puede servir para el futuro análisis que se realizará en otro fuero u órgano.

Volviendo al ejemplo anterior; si una de las partes pretende que se declare nulo un contrato cuyo proceso de licitación viene siendo materia de una investigación, el laudo podría ser útil para el fiscal a cargo, pues tendrá a la mano un documento con un razonamiento importante que fundamenta si una conducta puede ser considerada como ilícita o contraria a las buenas costumbres dentro del plano civil. A raíz de la fundamentación contenida en el laudo o de las pruebas recogidas por los árbitros durante el trámite del arbitraje, el fiscal puede tener elementos adicionales de convicción o de certeza de si se ha llegado a cometer algún acto corrupto que pueda ser calificado como delito.

Es así que los actuados de un arbitraje pueden servir como medios probatorios que podrán ser puestos a consideración de un fiscal o juez penal.

Por lo señalado, un fiscal o juez puede tomar en consideración un pronunciamiento emitido por un tribunal arbitral dentro de su investigación, no obstante,

dicha decisión no tendrá efectos vinculantes para el juez, ni tampoco desarrollará la configuración de un delito en el actuar de los investigados.

En efecto, recordemos las ventajas de un arbitraje. Esta práctica ha surgido como una solución a un proceso judicial convencional por diversos motivos, dentro de los cuales se encuentra la especialidad, la eficiencia y una mejor distribución de justicia. Al respecto, Bullard y Soto señalan lo siguiente:

Hoy ninguna controversia comercial importante en el Perú se resuelve fuera del arbitraje. Los convenios arbitrales en este momento son la regla. El viejo y anquilosado “proceso civil”, como único medio para resolver controversias contractuales comerciales, es una especie en extinción. Y es bueno que sea así. En su lápida, al lado del “Que en Paz Descanse”, figura el nombre de “su homicida”: se llama arbitraje. Y figuran también las armas que se uso: la eficiencia y la eficacia, la especialidad y la confidencialidad, un sentido de justicia más ajustado a la realidad y, sobretodo, el sentido común. (2011, p. XIV)

Es evidente que el arbitraje ha venido usándose por diversas ventajas, dentro de las cuales se encuentra la especialidad de las personas designadas a resolver la controversia, lo cual permite que haya una mejor resolución del caso y, por ende, una mejor administración de justicia.

Dicho ello, y volviendo a la relevancia de un laudo o pronunciamiento de un tribunal arbitral para un proceso penal, podemos notar cuáles son sus beneficios, y es que debe asumirse que cualquier decisión de un árbitro es especializada y que fue tomada bajo una correcta y razonable resolución del caso.

Volviendo nuevamente al ejemplo anterior: si el arbitraje versase sobre un contrato público, de seguro se habrán designado árbitros cuya expertise no se limita exclusivamente a temas civiles y contractuales, sino también respecto de normativas públicas de contratación, derecho administrativo, y contratos de ese tipo. Es decir, se tratará de profesionales con conocimiento y experiencia en estos contratos, cuya decisión puede significar algún tipo de asistencia para aquellos encargados de llevar a cabo el trámite de un proceso penal.

Y por si fuera poco, recordemos que un laudo hará – o suele hacerlo – un análisis amplio y completo de los hechos y de las pruebas aportadas por las partes. Es posible que

algún documento o dictamen pericial presentado durante el arbitraje pueda ayudar a esclarecer algún punto que no esté claro durante la investigación o proceso penal.

Volvamos nuevamente al ejemplo que hemos venido desarrollando. Imaginemos que el motivo por el cual la entidad no pagó al privado el monto dinerario pactado se debe a que el bien suministrado no cumpliría con las especificaciones requeridas en las bases o en la licitación, y que dicho incumplimiento sería motivo de la investigación o acusación penal realizada por el fiscal, quien considera irregular la contratación con el privado, toda vez que pudo obtener la buena pro, a pesar de que entregó un bien defectuoso de acuerdo a informes emitidos por la entidad, además de otra serie de indicios. No obstante, el privado presentó una pericia que sustenta la calidad de dicho bien, afirmando que cumpliría con las especificaciones requeridas por el Estado.

Dicha pericia podría ayudar al fiscal para, dentro de su propio análisis probatorio, concluir que el bien sí cumple con los parámetros de calidad requeridos y que, por ende, se deberá descartar cualquier sospecha -o por lo menos aquella relacionada a la idoneidad del bien- sobre la contratación realizada en favor del privado. Este razonamiento también puede aplicarse perfectamente para cualquier otro tipo de prueba presentada en el arbitraje y a la cual el fiscal posiblemente no tenía acceso. Puede ser de gran ayuda para descartar la presencia de un acto corrupto, o en todo caso, para confirmar su comisión por parte de alguno de los son investigados o acusados.

Por ello, sin poseer carácter vinculante para la jurisdicción penal, la decisión de un tribunal arbitral puede ser relevante y significar un aporte en la investigación y tramitación de un proceso penal, toda vez que la permitirá al funcionario a cargo de su trámite tener acceso a un pronunciamiento bien sustentado y desarrollado, por parte de un especialista en la materia, y que posiblemente implicará el análisis de mayor documentación que puede ser de suma utilidad.

4.3 La anunciada anulación del laudo.

Como hemos señalado, el hecho que un tribunal arbitral se pronuncie sobre la posible comisión de actos de corrupción se encuentra respaldado a nivel doctrinario y jurisprudencial, además de poder ser beneficioso para procesos penales. Sin embargo,

cabe la posibilidad de que alguna de las partes busque la anulación del laudo que se pronuncie sobre estos actos, con el fin de que no surta efectos.

Para ello, debemos remitirnos al concepto de anulación de laudo. Este recurso tiene como objetivo que los jueces revisen la validez del laudo, y contemplen si se configura alguno de los supuestos legales que podrían llevar a su anulación. Nuestra Ley de Arbitraje regula la anulación de laudo de la siguiente manera:

Artículo 62.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral (Decreto Legislativo 1071, 2008).

Debemos destacar que, planteado el recurso, los jueces no podrán revisar el fondo de la controversia. En palabras de Juan Luis Avendaño (2011) "... el juez estatal sólo puede pronunciarse sobre el aspecto externo del laudo analizando si tiene algún error in procedendo, sin poder pronunciarse sobre el fondo o contenido de la decisión" (p. 686).

Como se puede advertir, la anulación de laudo no puede asemejarse a una apelación de un proceso judicial, donde se volverá a discutir el fondo de la controversia. Obviamente los jueces no tienen competencia para siquiera comentar sobre el fondo de la controversia, ni por ende sobre el razonamiento y criterio desarrollado en el laudo por el tribunal arbitral. Se trata de un recurso que solamente busca corroborar la validez y los aspectos formales del laudo que da por terminado el arbitraje.

Ahora bien, de acuerdo a la norma citada, es menester remitirse al artículo 63 de la Ley de Arbitraje que establece las causales de anulación de laudo:

Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
- b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
- d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
- e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
- f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
- g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral (Decreto Legislativo 1071, 2008).

Si bien son varias las causales de anulación, para efectos de este trabajo, hemos buscado enfocarnos en las causales detalladas en los literales e y f.

Sobre el primero, Avendaño ha señalado lo siguiente:

me inclino por dejar al margen del arbitraje, tanto para el Estado como para los particulares, aquellos conflictos que versen sobre normas imperativas, en las cuales la libertad o autonomía contractual está absolutamente limitada. Si la esencia del arbitraje es la autonomía de la voluntad y ésta choca contra una norma imperativa, es evidente que estamos frente a un caso de inarbitrabilidad. (2011, p. 710)

El autor citado es claro al indicar que una controversia donde se discuten temas que versan sobre normas imperativas mediante las cuales la autonomía contractual se

hubiese limitado de modo absoluto no debería ser sometida a arbitraje, toda vez que en tales casos estamos ante un supuesto de inarbitrabilidad, como por ejemplo las normas tutelares del derecho de familia, los derechos de la persona, entre otros. Someter una materia de ese tipo al fuero arbitral podría configurarse como uno de los supuestos de anulación de laudo citados anteriormente.

Por ende, todo laudo en el que se haya resuelto una materia no arbitrable deberá ser nulo. Lo mismo ocurre con los arbitrajes internacionales, para lo cual se ha incluido el literal f y del cual Avendaño sostiene:

por un lado que, según las Leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje. Esta hipótesis es la que he analizado al tratar el inciso e) referente a la arbitrabilidad y me remito a lo allí expuesto. (2011, p. 712)

Respecto al literal f del artículo citado, resulta interesante destacar cómo nuestro ordenamiento jurídico sólo permite que un laudo sea anulado, cuando contravenga el orden público, siempre y cuando estemos frente a un arbitraje internacional y se vulnere el orden público internacional. Es decir, en el Perú no puede anularse un laudo proveniente de un arbitraje doméstico y que contravenga el orden público nacional, cosa que podría parecer, a simple vista, poco razonable o injustificado.

Si bien este tema no guarda estrecha relación con este trabajo, no queremos desaprovechar la oportunidad para precisar que estamos de acuerdo con la postura que se puede obtener a partir de una interpretación literal de la norma, y un laudo doméstico no puede ser puesto en anulación ni impugnado de otra manera por contravenir el orden público nacional. Ello se debe a que, a nuestro criterio, el cuestionamiento de un laudo por contravención al orden público podría implicar una revisión por los jueces del fondo de lo resuelto en el arbitraje, cosa que contraviene el principio de inevitabilidad.

Dicho principio, como señala Santistevan de Noriega:

propone hacer inevitable el arbitraje cada vez que haya un convenio arbitral claramente definido o (...) que se pueda concluir (ad probationem) que la verdadera intención de las partes fue llegar al arbitraje sobre la base de inferencias legítimas autorizadas por la ley (2009, p. 90).

Dicho ello, si se permite cuestionar laudos domésticos en vía de anulación porque su decisión vulneraría el orden público nacional, podría contravenir este principio, pues

los jueces podrían considerar que se encuentran facultados para actuar como una instancia posterior al arbitraje y podrían tomar decisiones que afectarían sustantivamente lo decidido en sede arbitral.

Cabe indicar que, si bien la Ley Peruana de Arbitraje permite este supuesto en el caso de arbitrajes internacionales donde el laudo vulnere el orden público internacional, este fue permitido, como destaca Bullard , por el hecho que dicho tipo de orden público es entendido, a pesar de encontrarse expuesto a subjetividades, como “...aquella parte del orden público que concierne a las nociones más básicas de moralidad y justicia ” (2013, p. 199). Por ende, los jueces podrán revisar esta cuestión en casos excepcionales, y en el caso del arbitraje internacional.

Dicho ello y dado que la posibilidad de invocar el orden público nacional para solicitar la anulación de un laudo implicaría una revisión de fondo, éste contravendría uno de los aspectos más esenciales del arbitraje. Además, al constituir una especie de instancia superior, y tomando en cuenta (y esto es lo más relevante) que el concepto de orden público puede verse sujeto a subjetividades (lo que llevaría a que cada cual podría tener su propia idea de lo que concierne o no al orden público nacional), éste sería utilizado maliciosamente por personas que deseen presentar incontables recursos de anulación que, muchas veces, podrían carecer de sustento.

Ahora bien, volviendo al tema materia de este trabajo, la postura adoptada por nuestra legislación sobre la inarbitrabilidad también ha sido recogida en el plano internacional. Al respecto, Born sostiene que:

The nonarbitrability doctrine provides an exceptional and relatively infrequently-used basis for the annulment of international arbitral awards. Article 34(2)(b)(i) of the Model Law is representative, providing that an award may be annulled if the court finds that “the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration” under the law of the annulment forum [La doctrina de la no arbitrabilidad proporciona una base excepcional y relativamente poco utilizada para la anulación de los laudos arbitrales internacionales. El artículo 34(2)(b)(i) de la Ley Modelo es representativo, ya que establece que un laudo puede ser anulado si el tribunal considera que "el objeto de la controversia no es susceptible de ser resuelto mediante arbitraje" según la ley del foro de anulación] (2021, p. 3599).

Este reconocido autor resalta que, si bien puede tratarse de un supuesto excepcional, el plano internacional contempla la posibilidad de que un laudo pueda ser anulado por resolver una materia que no es arbitrable.

Aplicando este supuesto al presente trabajo, una alegación de corrupción puede verse como una materia no arbitrable, y a pesar de lo expuesto en el capítulo precedente, cabe la posibilidad de que alguien decida interponer un recurso de anulación de laudo, justificándose precisamente en el hecho que estaríamos ante una materia no arbitrable.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en respuesta a uno de los problemas específicos de la presente tesis, los tribunales arbitrales pueden ampararse en esta supuesta inarbitrabilidad y declararse incompetentes incluso durante el arbitraje.

Dicho ello, ¿qué podría responder la contraparte (si es posible que responda)? ¿Cuál debería ser el razonamiento de aquel encargado de resolver el recurso de anulación? ¿Es posible denegar de forma razonable y justificada este posible recurso de anulación?

En primer lugar, nos remitimos a lo señalado párrafos atrás, y es que en un arbitraje se discutirá una controversia civil o contractual, esencialmente de derechos disponibles, o las que la ley admita, mientras que en un proceso penal se evaluará la comisión de un delito, con la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad. Se trata de dos materias muy distintas, con consecuencias radicalmente diferentes.

Incluso cuando estamos frente a posibles actos corruptos, que interesan a todos y deben ser mitigados, no podemos olvidar que estamos en un fuero arbitral y, por ende, no se deberían abarcar temas penales. Al respecto, Pitkowitz ha señalado que:

Corruption is recognized to be internationally condemned. Such a principle is, therefore, a special type of a mandatory rule, the departure from which is not allowed. This speaks in support of international arbitration's role to hear corruption cases and also leans in the direction of the theory that tribunals have an overarching duty to protect international trade. If arbitration is selected as a forum to hear the dispute, parties would be denied justice if a transnational public policy was not followed. It must be clear, however, that the extent to which such policy is applied is limited to civil law consequences, as in this case the distinction between tribunals and that of criminal courts must not be blurred. [Se reconoce

que la corrupción está condenada internacionalmente. Este principio es, por lo tanto, un tipo especial de norma obligatoria, cuya desviación no está permitida. Esto habla en apoyo del papel del arbitraje internacional para conocer de casos de corrupción y también se inclina en la dirección de la teoría de que los tribunales tienen un deber primordial de proteger el comercio internacional. Si se elige el arbitraje como foro para conocer la disputa, se estaría negando la justicia a las partes si no se sigue una política pública transnacional. Sin embargo, debe quedar claro que el grado de aplicación de dicha política se limita a las consecuencias del derecho civil, ya que en este caso la distinción entre los tribunales y la de los tribunales penales no debe difuminarse] (2020, p. 208).

Como se puede advertir, a pesar de reconocer la eventualidad de que posibles actos de corrupción sean puestos a consideración de un tribunal arbitral, no debe olvidarse el hecho que se trata de una discusión contractual, no ante una evaluación para imponer una pena privativa de libertad.

Por ende, y dado que se está ante una discusión manifiestamente diferente a la que se lleva a cabo en los tribunales penales, no cabe hablar de una materia no arbitrable, pues en realidad –como ya hemos señalado reiteradamente en el desarrollo de esta tesis- los árbitros resolverán una controversia de carácter contractual, para lo cual aplicarán regulaciones civiles, posiblemente administrativas y de otra índole que sean necesarias para cumplir con su obligación de resolver el caso.

Adicionalmente, debe destacarse que el arbitraje es autónomo y no puede verse afectado por esta serie de alegaciones, sobre todo cuando, como se ha indicado, el tribunal arbitral no se excederá de sus competencias para resolver acerca de una materia no arbitrable, como podría ser la posible comisión de actos de corrupción. Sobre ello, Mourre ha concluido que:

States should, on their side, acknowledge the autonomy of arbitration and the difference between arbitrators and judges. In a nutshell, there is no contradiction between the autonomy of arbitration and the need to fight crime in international trade: this is because arbitrators are the natural judges of international trade, and they are the natural guardians of ethics and good morals in international commerce. They may even be better placed than national judges to combat international fraud. [Los Estados deberían, por su parte, reconocer la autonomía

del arbitraje y la diferencia entre árbitros y jueces. En pocas palabras, no hay contradicción entre la autonomía del arbitraje y la necesidad de luchar contra la delincuencia en el comercio internacional: esto se debe a que los árbitros son los jueces naturales del comercio internacional, y son los guardianes naturales de la ética y las buenas costumbres en el comercio internacional. Incluso pueden estar mejor situados que los jueces nacionales para combatir el fraude internacional]. (2009, p. 210)

En el Perú la autonomía del arbitraje es algo que no puede ser puesto en discusión. Recordemos que, de acuerdo al propio criterio de la Constitución: “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral” (Constitución Política del Perú, Art. 139, 1993). Ello ha sido también reconocido por el Tribunal Constitucional (2006), el cual determinó lo siguiente:

el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional.

(...) este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (...), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria (Sentencia 6167-2005-PHC/TC, fundamentos 10-14).

Como se puede advertir, la propia Constitución peruana y su máximo intérprete reconocen la jurisdicción del arbitraje, siendo reconocida como fuero alterno al jurisdiccional.

Por ende, y a pesar de que el recurso de anulación es una de las vías para realizar un control judicial de las actuaciones arbitrales, no podrá ampararse una pretensión de este tipo cuando esta se base falsamente en que el tribunal haya resuelto una materia no arbitrable. Una anulación sin ningún tipo de sustento importa una grave afectación al arbitraje y a su autonomía. Si el tribunal arbitral ha resuelto sobre una materia contractual

respecto de la cual se consideró competente, no es factible atribuirle que no es arbitrable por el solo hecho de estar ante posibles actos de corrupción.

Para que una anulación de laudo prospere bajo dicho argumento, habría que estar ante un supuesto donde los árbitros asumieron un rol semejante al del juez penal y decidieron realizar actos respecto de los cuales carecen de competencia; un ejemplo extremo y por más absurdo que pueda sonar, sería si decidiese imponer una pena privativa de libertad; un ejemplo menos extremo, pero que también resultaría una actuación absolutamente inviable por un tribunal arbitral, sería que el tribunal arbitral hubiese pretendido realizar una investigación de oficio, solicitando para ello el auxilio de la inteligencia policial, para determinar si se cometió el acto de corrupción.

Ahora bien, debemos destacar lo que también viene ocurriendo en la práctica internacional y que hemos anticipado en el capítulo anterior, y es que alegaciones de corrupción ya vienen siendo reconocidas como una materia arbitrable, desde el punto de vista contractual.

Sobre ello, Born resalta que, al igual que otras materias que antes de concebían como no arbitrables, la corrupción ya ha venido siendo materia de arbitrajes internacionales:

Disputes involving claims of corruption, bribery, or similar illegality have long raised issues of arbitrability. In the same fashion as antitrust and securities claims, however, the scope of the nonarbitrability doctrine as applied to corruption claims has progressively narrowed in the past several decades. Apart from the adjudication of criminal and administrative liability, and the imposition of associated sanctions, civil claims and defenses of corruption, bribery and related wrongdoing are now capable of settlement by arbitration under virtually all legal systems. [Las disputas que implican reclamaciones de corrupción, soborno o ilegalidades similares han planteado durante mucho tiempo cuestiones de arbitrabilidad. Sin embargo, al igual que las reclamaciones antimonopolio y de valores, el alcance de la doctrina de la no arbitrabilidad aplicada a las reclamaciones por corrupción se ha reducido progresivamente en las últimas décadas. Aparte de la adjudicación de la responsabilidad penal y administrativa, y la imposición de sanciones asociadas, las reclamaciones civiles y las defensas de la corrupción, el soborno y las infracciones relacionadas son ahora capaces de

resolverse mediante el arbitraje en prácticamente todos los sistemas jurídicos.] (2021, p. 1077-1078)

De la misma forma, el autor destaca que incluso las cortes nacionales de diversos países reconocen la arbitrabilidad de posibles actos de corrupción, citando una decisión de la Corte Inglesa de Apelaciones correspondiente al caso *London S.S. Owners' Mutual Ins. Ass'n Ltd v. Spain* (2015), donde se señaló que:

in the ordinary way an arbitrator has jurisdiction to find facts which constitute a criminal offence (fraud being an all too common example) or that in an appropriate case an arbitrator also has jurisdiction to find that a criminal offence has been committed ... it is necessary to distinguish between a finding of criminal conduct and a conviction which provides the basis for a penal sanction. [de manera ordinaria un árbitro es competente para constatar hechos constitutivos de delito (el fraude es un ejemplo demasiado común) o que en un caso apropiado un árbitro también es competente para constatar que se ha cometido un delito... es necesario distinguir entre la constatación de una conducta delictiva y una condena que sirva de base para una sanción penal.] (como se citó en Born, 2021, p. 1079)

Como se puede advertir, la Corte Inglesa concluye con la misma postura que hemos venido exponiendo, y es que un tribunal arbitral, pese a no asumir el rol de un juez penal e imponer una sanción de tal tipo, sí es competente para revisar esta serie de casos, dentro de sus propias competencias.

Una postura similar fue adoptada por Gaillard, quien señala la arbitrabilidad de posibles actos de corrupción, y que el hecho de que un tribunal no quiera declararse competente vulneraría el orden público internacional:

parfaite unanimité existe aujourd'hui, tant dans la jurisprudence étatique que dans la jurisprudence arbitrale, est que l'arbitre qui constate que le contrat couvre une activité de corruption ne doit pas en déduire la non-arbitrabilité de la matière et sa propre incompétence, mais retenir sa compétence et constater la nullité ou la non-efficacité de la convention pour contrariété à l'ordre public international. [...hoy en día existe una perfecta unanimidad, tanto en la jurisprudencia estatal como en la jurisprudencia arbitral es que el árbitro que compruebe que el contrato cubre una actividad corrupta no debe deducir de ello que el asunto no es arbitrable y que carece de jurisdicción, sino que debe mantener la jurisdicción y declarar el

acuerdo nulo o ineficaz por contravenir el orden público internacional]. (2017, p. 818)

El autor también está de acuerdo en concluir que el pronunciamiento de la posible comisión de actos de corrupción ya forma parte de la práctica arbitral, a tal punto de considerarlo como un deber de los árbitros, pues de no analizar esta serie de casos, se estaría generando una transgresión al orden público.

Este razonamiento es de suma relevancia, pues la postura que avala la no arbitrabilidad de posibles actos de corrupción de sustenta, en muchas ocasiones, sobre el hecho de que un tema de orden público – como lo podría ser la comisión de un delito – es un tema no arbitrable.

Como se ha señalado en el capítulo anterior, el razonamiento doctrinario e incluso jurisprudencial concluye todo lo contrario, destacando la necesidad de que se arbitren estos casos, y que su no arbitrabilidad sería la real vulneración al orden público.

Cabe recordar que una de las conclusiones de Alexis Mourre es que los árbitros “(...) may even be better placed than national judges to combat international fraud” [(...) pueden estar mejor situados que los jueces nacionales para combatir el fraude internacional] (2009, p. 210).

Este razonamiento puede deberse al hecho de que los árbitros son especialistas en las prácticas comerciales, a diferencia de la gran mayoría de jueces y miembros de diversos tribunales. Por ende, y como fue señalado al momento de destacar el grado de especialidad de los árbitros, su aporte puede ser de suma relevancia para mitigar esta serie de actos irregulares, y de los cuales todos somos agraviados. Al respecto, el autor concluye lo siguiente:

The relationship between arbitration and criminal law is not and should not be one of confrontation. Indeed, international criminal law powerfully contributes to the constitution of a true transnational public order, which is in turn an element contributing to the creation of an arbitral order autonomous from national laws. International criminal law is therefore part of the arbitral legal order to the same extent as trade usages and fundamental principles of international law. From this standpoint, arbitrators can be viewed as the true guardians of legality and good morals in international trade. In fact there is no doubt that the duties of the

arbitrators are not only to the parties who have appointed them, but also to the international business community at large. In a worldwide marketplace, good governance, ethics and transparency are indispensable for ensuring competitors fair access to markets and a global market playing field. If arbitration were to become a safe harbour for illegality or a tool for fraud, it would not only be rejected by States, but it would also cease to be useful to the business community and, hence, to be the normal way of resolving international business disputes. [La relación entre el arbitraje y el derecho penal no es ni debe ser de confrontación. En efecto, el derecho penal internacional contribuye poderosamente a la constitución de un verdadero orden público transnacional, que es a su vez un elemento que contribuye a la creación de un ordenamiento arbitral autónomo respecto de las leyes nacionales. Por lo tanto, el derecho penal internacional forma parte del ordenamiento jurídico arbitral en la misma medida que los usos comerciales y los principios fundamentales del derecho internacional. Desde este punto de vista, los árbitros pueden ser considerados como los verdaderos guardianes de la legalidad y las buenas costumbres en el comercio internacional. De hecho, no cabe duda de que los deberes de los árbitros no son sólo para con las partes que los han designado, sino también para con la comunidad empresarial internacional en general. En un mercado mundial, la buena gobernanza, la ética y la transparencia son indispensables para garantizar a los competidores un acceso equitativo a los mercados y un terreno de juego global. Si el arbitraje se convirtiera en un puerto seguro para la ilegalidad o en una herramienta para el fraude, no sólo sería rechazado por los Estados, sino que también dejaría de ser útil para la comunidad empresarial y, por tanto, de ser la forma normal de resolver los conflictos comerciales internacionales.] (Mourre, 2009, pp. 235-236)

Como se desprende, el autor destaca la presencia de corrupción en el mercado y transacciones internacionales. Dicho ello, y dado que los árbitros deben salvaguardar el orden y la seguridad, no solo de las partes sino también del mercado, se encuentra en su deber pronunciarse y poder manejar esta serie de actos que puedan configurarse como corruptos.

De esta manera, podemos concluir que un recurso de anulación contra un laudo que se pronuncie sobre posibles actos de corrupción, y que solamente se sustente en una

supuesta falta de arbitrabilidad, debe ser declarado infundado. Es más, consideramos que un laudo que no se pronuncie sobre este tipo de temas, sería un laudo en el que no se han valorado alegaciones de las partes e incluso pruebas, lo cual configuraría una causal de anulación aplicable, ya sea por falta de motivación o por falta de valoración probatoria.

Su rechazo se debe, principalmente, a que un tribunal arbitral se encargará de evaluar estos hechos dentro de sus competencias y del punto de vista contractual. No asumirá el rol de un juez penal y concluirá la comisión de un acto tipificado como delito, o peor aún, impondrá una pena privativa de libertad. Su análisis se limitará a sus competencias y por ende, no constituirá un análisis sobre una materia no arbitrable.

En segundo lugar, el recurso debe ser rechazado justamente por la autonomía del arbitraje y el poder que poseen los árbitros para definir su competencia. Su afectación por un pronunciamiento judicial que anule el laudo significaría una grave vulneración al proceso arbitral, pues como ya se ha señalado de modo reiterado, no se estaría arbitrando una materia no arbitrable y por ende, no debe afectarse su decisión.

Concluimos que existe vasta doctrina y jurisprudencia internacional que destaca la arbitrabilidad de actos de corrupción, siempre y cuando se arbitre dentro del plano contractual y sin asumir competencias de tribunales penales. Su arbitrabilidad ya ha sido avalada por múltiples autores internacionales reconocidos y por diversas cortes extranjeras.

CAPÍTULO QUINTO: ANÁLISIS Y COMPARACIÓN DE LOS DIFERENTES TIPOS DE ARBITRAJE

El presente capítulo contiene algunos ejemplos de desarrollo doctrinario y de casos jurisprudenciales donde se aprecia de qué modo se ha venido abordando las alegaciones o indicios de corrupción en diversos tipos de arbitraje. Asimismo, se examinará el régimen legal aplicable a arbitrajes peruanos donde el Estado es parte, específicamente en aquellos donde se aplica la normativa de contrataciones públicas gestionadas por el OSCE.

5.1 Arbitrajes de Inversión

Los arbitrajes de inversión constituyen un claro ejemplo de circunstancias en que tribunales arbitrales se han encontrado con la necesidad de pronunciarse sobre actos de corrupción. En tal sentido, el instrumento del arbitraje internacional de inversiones puede demostrar la capacidad del derecho internacional para ayudar a satisfacer una necesidad percibida como casi existencial para muchos países en desarrollo, consistente en erradicar la corrupción y restaurar la buena gobernanza y la responsabilidad (Llamzon, 2014, p. 213).

Sin embargo, en la mayoría de los casos en los que la corrupción puede estar presente en la inversión, los árbitros se enfrentarán a la cuestión de cómo determinar si hubo o no corrupción sobre la base de pruebas imperfectas, episódicas y a menudo contradictorias, con poca ayuda de las autoridades nacionales. La ausencia de una cadena ininterrumpida de hechos que conduzca a una conclusión moralmente segura de que la corrupción se produjo, hace necesario recurrir a herramientas legales de larga data, conocidas por las cortes y tribunales nacionales e internacionales (Llamzon, 2014, p. 226).

No obstante, la práctica arbitral para inversiones también denota un claro favorecimiento al hecho que un árbitro o tribunal puede pronunciarse sobre actos de corrupción, siempre y cuando sean necesarios para resolver una determinada controversia, lo que, en definitiva, inclusive más allá del caso concreto, sirve para

preservar la integridad de la institución arbitral. Sobre ello, haciendo referencia a arbitrajes internacionales de índole comercial, Cremades y Cairns (2003) reflexionan:

The position today is that the international arbitrator has a clear duty to address issues of bribery, money laundering or serious fraud whenever they arise in the arbitration and whatever the wishes of the parties and to record its legal and factual conclusions in its award. This is the only course available to protect the enforceability of the award and the integrity of the institution of international commercial arbitration. [La posición actual es que el árbitro internacional tiene el claro deber de abordar las cuestiones de soborno, blanqueo de dinero o fraude grave siempre que surjan en el arbitraje y sea cual sea la voluntad de las partes, y de hacer constar sus conclusiones jurídicas y fácticas en su laudo. Esta es la única vía disponible para proteger la ejecutabilidad del laudo y la integridad de la institución del arbitraje comercial internacional]. (p. 86)

Existe una cantidad significativa de casos emblemáticos en que se trataron indicios de corrupción. Por ejemplo, el caso de Metal-Tech v. Uzbekistán fue de suma importancia, toda vez que el tribunal solicitó información *sua sponte*, es decir, de oficio, para poder determinar si se estaba ante hechos de corrupción¹³.

Además, trató el tema del estándar y carga probatoria, sobre la cual destacó la regla general que se aplica en arbitrajes, relativa a que toda parte debe encargarse de

¹³ 86. At the January Hearing, three facts came to light of which the Tribunal had been unaware: (a) the February 2005 consulting agreement ("February 2005 Consulting Agreement") between Metal-Tech, Ltd. and Messrs Uygur Sultanov, Igor Chijenok, and Victor Mikhailov was an amendment to or a replacement of earlier agreements that had been in place since 1998; (b) the Consultants primarily or exclusively engaged in what was described as "lobbyist activity," rather than in the activities set out at page 107 of Exhibit R-101, namely, assistance with the operation, production, and delivery of the joint venture's products; and (c) the Consultants had been compensated by payments totalling approximately USD 4 million. In light of these new elements, at the close of the January Hearing, the Tribunal indicated that it had decided to order the Parties to produce additional information and documents, pursuant to its powers under Article 43 of the ICSID Convention, which would be reflected in a procedural order issued after the hearing [86. En la Audiencia de enero, salieron a la luz tres hechos que el Tribunal desconocía: (a) el contrato de consultoría de febrero de 2005 ("Contrato de Consultoría de febrero de 2005") entre Metal-Tech, Ltd. y los Sres. y los Sres. Uygur Sultanov, Igor Chijenok y Victor Mikhailov era una modificación o un reemplazo de acuerdos anteriores que habían estado vigentes desde 1998; (b) los Consultores se dedicaron principal o exclusivamente a lo que se describió como "actividad de lobby", y no a las actividades establecidas en la página 107 de la Prueba R-101, a saber, la asistencia en la operación, producción y entrega de los productos de la empresa conjunta; y (c) los Consultores habían sido compensados con pagos por un total de aproximadamente USD 4 millones. A la luz de estos nuevos elementos, al cierre de la Audiencia de enero, el Tribunal indicó que había decidido ordenar a las Partes que presentaran información y documentos adicionales, de conformidad con sus facultades en virtud del Artículo 43 del Convenio del CIADI, lo que se reflejaría en una orden procesal emitida después de la audiencia.] (Laudo Metaltech vd Uzbekistan)

probar sus propias alegaciones¹⁴. Solo podría invertirse la carga probatoria cuando lo permite la ley aplicable al fondo de la controversia, lo cual no sucedió en este caso¹⁵.

Otro factor relevante es lo que ha venido ocurriendo con relación al rol de tribunal para lidiar de oficio con alegaciones de corrupción. Dado que los árbitros en arbitrajes de inversión tienen obligaciones no sólo con las partes inmediatas de una disputa, sino con el público del Estado anfitrión y, de hecho, con la comunidad internacional en su conjunto, deben tratar la cuestión de oficio tan pronto como surjan ciertos hechos que planteen la preocupación de si la corrupción asistió a la inversión en alguna etapa (Llamzon, 2014, p. 228).

Volviendo al ejemplo del arbitraje entre Metal-Tech v. Uzbekistan, aquí las declaraciones del principal testigo del demandante condujeron a la admisión de hechos relativos a la naturaleza de la relación entre el inversor y sus consultores contratados, incluido el hecho de que los servicios prestados eran una "actividad de lobby" y no una

¹⁴ 236. As a general matter, since the claims brought in this arbitration seek to establish the responsibility of a State for breach of the latter's international obligations, it is appropriate to apply international law to the burden of proof. The principle that each party has the burden of proving the facts on which it relies is widely recognised and applied by international courts and tribunals. The International Court of Justice as well as arbitral tribunals constituted under the ICSID Convention and under the NAFTA have characterized this rule as a general principle of law. Consequently, as reflected in the maxim *actori incumbat probatio*, each party has the burden of proving the facts on which it relies. [Como cuestión general, dado que las reclamaciones presentadas en este arbitraje pretenden establecer la responsabilidad de un Estado por el incumplimiento de las obligaciones internacionales de éste, es conveniente aplicar el derecho internacional a la carga de la prueba. El principio de que cada parte tiene la carga de la prueba de los hechos en los que se basa está ampliamente reconocido y aplicado por las cortes y tribunales internacionales. La Corte Internacional de Justicia, así como los tribunales arbitrales constituidos en virtud del Convenio del CIADI y del TLCAN, han caracterizado esta regla como un principio general de derecho. En consecuencia, como se refleja en la máxima *actori incumbat probatio*, cada parte tiene la carga de probar los hechos en los que se basa.]

¹⁵ 238. Here, the question is whether for allegations of corruption, the burden should be shifted to the Claimant to establish that there was no corruption. Rules establishing presumptions or shifting the burden of proof under certain circumstances, or drawing inferences from a lack of proof are generally deemed to be part of the *lex causae*. In the present case, the *lex causae* is essentially the BIT, which provides no rules for shifting the burden of proof or establishing presumptions. Therefore, the Tribunal has relative freedom in determining the standard necessary to sustain a determination of corruption. Both Parties subscribe to this view: both have relied on case law to convince the Tribunal that their respective positions – a high standard advocated by the Claimant and a low standard advocated by the Respondent – should be adopted. [En este caso, la cuestión es si, en el caso de las alegaciones de corrupción, la carga de la prueba debe trasladarse al demandante para demostrar que no hubo corrupción. Las normas que establecen presunciones o que desplazan la carga de la prueba en determinadas circunstancias, o que extraen inferencias de la falta de pruebas, se consideran generalmente parte de la *lex causae*. En el presente caso, la *lex causae* es esencialmente el TBI, que no establece reglas para el cambio de la carga de la prueba o el establecimiento de presunciones. Por lo tanto, el Tribunal tiene una relativa libertad para determinar el estándar necesario para sostener una determinación de corrupción. Ambas partes se adhieren a este punto de vista: ambas se han apoyado en la jurisprudencia para convencer al Tribunal de que deben adoptarse sus respectivas posiciones: un estándar alto defendido por la Demandante y un estándar bajo defendido por la Demandada.]

asistencia a la explotación, producción y entrega de los productos de la empresa conjunta, como se había declarado inicialmente:

86. At the January Hearing, three facts came to light of which the Tribunal had been unaware: (a) the February 2005 consulting agreement (“February 2005 Consulting Agreement”) between Metal-Tech, Ltd. and Messrs Uygur Sultanov, Igor Chijenok, and Victor Mikhailov was an amendment to or a replacement of earlier agreements that had been in place since 1998; (b) the Consultants primarily or exclusively engaged in what was described as “lobbyist activity,” rather than in the activities set out at page 107 of Exhibit R-101, namely, assistance with the operation, production, and delivery of the joint venture’s products; and (c) the Consultants had been compensated by payments totalling approximately USD 4 million. In light of these new elements, at the close of the January Hearing, the Tribunal indicated that it had decided to order the Parties to produce additional information and documents, pursuant to its powers under Article 43 of the ICSID Convention, which would be reflected in a procedural order issued after the hearing [86. En la Audiencia de enero, salieron a la luz tres hechos que el Tribunal desconocía: (a) el contrato de consultoría de febrero de 2005 (“Contrato de Consultoría de febrero de 2005”) entre Metal-Tech, Ltd. y los Sres. y los Sres. Uygur Sultanov, Igor Chijenok y Victor Mikhailov era una modificación o un reemplazo de acuerdos anteriores que habían estado vigentes desde 1998; (b) los Consultores se dedicaron principal o exclusivamente a lo que se describió como “actividad de lobby”, y no a las actividades establecidas en la página 107 de la Prueba R-101, a saber, la asistencia en la operación, producción y entrega de los productos de la empresa conjunta; y (c) los Consultores habían sido compensados con pagos por un total de aproximadamente USD 4 millones. A la luz de estos nuevos elementos, al cierre de la Audiencia de enero, el Tribunal indicó que había decidido ordenar a las Partes que presentaran información y documentos adicionales, de conformidad con sus facultades en virtud del Artículo 43 del Convenio del

CIADI, lo que se reflejaría en una orden procesal emitida después de la audiencia] (2013)

Ahora bien, hay límites prácticos, por supuesto, en el poder de cualquier tribunal para investigar la corrupción: obligar a descubrir o a testificar a los testigos es difícil, como se reconoce en la jurisprudencia y en los estudios. Sin embargo, Metal-Tech demuestra que los tribunales arbitrales decididos a descubrir la verdad no carecen de herramientas para perseguir sus sospechas (Llamzon, 2014, p. 228).

Otro caso de relevancia internacional fue aquel entre la empresa Siemens A.G. y la República Argentina (Caso CIADI No. ARB/02/8), pues demostró la necesidad de que un tribunal se pronuncie sobre alegaciones o hechos de corrupción para una correcta dirección del arbitraje, además de una correcta resolución del caso.

En efecto, la empresa inversora alegaba que Argentina había transgredido sus obligaciones, toda vez que la empresa suscribió un contrato de inversión en 1998, pero que este fue suspendido y cancelado, a raíz de un cambio de administración en el país. El laudo arbitral fue emitido en el año 2007 y en favor de Siemens, obteniendo el derecho a percibir la suma de USD 218'000,000.00. La República Argentina solicitó la anulación del laudo, sin embargo, lo resaltante fue que durante el proceso de anulación, un periódico alemán filtró que el antiguo ejecutivo de Siemens admitió durante las investigaciones que se había pagado un soborno de 97 millones de dólares para conseguir el contrato materia del arbitraje con Argentina (Llamzon, 2014, p. 123).

Cabe mencionar que uno de los argumentos de Argentina para solicitar la anulación del laudo fue el hecho que el Tribunal Arbitral rechazó la admisión y actuación de pruebas relacionadas a indicios de corrupción e investigación penales que venían llevándose a cabo. En concreto, Argentina había intentado interrogar a testigos clave sobre las acusaciones de corrupción, y el tribunal se habría negado a admitir dichas pruebas debido a una supuesta tardanza con la que Argentina había planteado la cuestión (Llamzon, 2014, p. 123).

Incluso llegó a darse una investigación por parte del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, donde se investigaba, entre otros, la conducta de Siemens en el contrato materia del arbitraje de inversión. Como resultado, Siemens - incluyendo su sucursal ubicada en Argentina) acordó pagar una indemnización de más de 800 millones de dólares sólo en Estados Unidos por contratos corruptos celebrados en todo el mundo

en los sectores de las telecomunicaciones, la construcción y las tecnologías de la información.

Este arbitraje demuestra la necesidad de que los Tribunales Arbitrales se pronuncien sobre hechos de corrupción. Si en este caso se hubieran decidido hacerlo, seguramente habrían tomado una decisión diferente a aquella contenida en el laudo, pues lo cierto es que la empresa inversora se había visto inmiscuida en actos delictivos, y luego tomó provecho del silencio al respecto para demandar al país y solicitar una considerable suma dineraria.

Respecto al estándar y la carga probatoria, los arbitrajes de inversión han sido sumamente ilustrativos para revisar la diversidad de casos que se puede presentar. El laudo del caso de Metaltech también fue de gran ayuda para determinar en qué supuestos podría ser necesario invertir la carga probatoria, lo que se denominó como *red flags* “banderas rojas”. Como detalla Llamzon:

These 'red flags' and similar indicia of corruption can be conceived as potential forms of circumstantial evidence that, once established, can lead to a shifting of the burden of proof, requiring the rebuttal of allegations by evidence to the contrary, failing which certain inferences and conclusions might be drawn. [Estas "banderas rojas" y otros indicios similares de corrupción pueden concebirse como posibles formas de pruebas circunstanciales que, una vez establecidas, pueden conducir a un desplazamiento de la carga de la prueba, exigiendo la refutación de las alegaciones mediante pruebas en contrario, a falta de las cuales podrían extraerse determinadas inferencias y conclusiones]. (2014, p.231)

Las *banderas rojas* son reconocidas en la doctrina. Al respecto, Hwang y Lim señalan que:

The list of —red flags set out in the US Department of Justice’s Lay-Person’s Guide to the FCPA, the Woolf Committee’s Report on BAE Systems, and TRACE International’s Due Diligence Guidebook, elucidate further circumstances which may indicate an intermediary’s involvement in corrupt dealings, and also establish a principal’s wilful blindness of the intermediary’s corrupt intent if such circumstances were disregarded by the principal when it entered into the intermediary agreement (the latter

will constitute corruption under certain legal regimes.) [La lista de "banderas rojas" establecida en la Guía para legos del Departamento de Justicia de EE.UU. sobre la FCPA, el Informe del Comité Woolf sobre BAE Systems y la Guía de Debida Diligencia de TRACE International, aclaran otras circunstancias que pueden indicar la participación de un intermediario en tratos corruptos, y también establecen la ceguera deliberada de un mandante sobre la intención corrupta del intermediario si dichas circunstancias fueron ignoradas por el mandante cuando celebró el acuerdo de intermediación (esto último constituirá corrupción en determinados regímenes jurídicos).] (2012, pp. 21-23)

De esta forma, se advierte el importante rol que ha tenido el arbitraje de inversión en casos donde el origen lícito de las pruebas y la carga probatoria entró en discusión, toda vez que, a través de estos arbitrajes, se ha demostrado la posibilidad de que sea materia susceptible de ser analizada en arbitraje, en aras de cumplir con el deber de los tribunales de resolver la controversia y de salvaguardar el orden público internacional.

5.2 Arbitrajes comerciales internacionales

Para efectos de esta sección, analizaremos algunos casos que fueron tramitados ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y que se encuentran relacionados a la necesidad que de que los tribunales arbitrales se pronuncien sobre actos de corrupción, el cual es uno de los centros más reconocidos dentro de la práctica arbitral comercial.

Debemos destacar que la Cámara de Comercio Internacional ha sido testigo de múltiples arbitrajes donde se trataron alegaciones de corrupción, siendo que el caso más emblemático en que se abarcó dicha materia fue conducido a través de esta institución.

El caso CCI No. 1110, a cargo del Juez Lagergren – explicado con mayor detalle en el Capítulo 3 - ha sido uno de los casos más representativos sobre este tema, y constituye un hito para el examen de la arbitrabilidad de indicios y alegaciones de corrupción. A modo de recapitulación, este caso se originó a raíz de un contrato celebrado en 1958 por una empresa británica con el gobierno argentino. Actuando como árbitro único, el Juez Lagergren consideró que carecía de jurisdicción sobre una disputa

contractual porque el propósito del contrato era asegurar el pago de comisiones que luego se utilizarían para sobornar a funcionarios argentinos. Incluso resaltó la existencia de violaciones graves a las buenas costumbres y al orden público internacional, y concluyó que estos temas no podían ser vistos en la vía arbitral o en el fuero civil.

Para el Juez Lagergren, los árbitros podrían ser clasificados como jueces y, por ende, deberían poder aplicar la autoridad de oficio asignada a los jueces de los tribunales nacionales cuando se solicita la ejecución y el reconocimiento de un laudo extranjero. En consecuencia, la conclusión a la que llegó el juez Lagergren fue que los árbitros tienen autoridad para cuestionar su propia jurisdicción en presencia de una violación destacada del orden público, incluso si no hay ninguna objeción planteada por las partes a la competencia del árbitro.

A pesar de que ninguna de las partes se había opuesto al arbitraje ni alegó que la materia no era arbitrable, el propio juez Lagergren la denegó de oficio. Este pronunciamiento fue muy relevante, pues no solo abarcó la posibilidad de un árbitro de actuar de oficio al momento de declarar su propia competencia para alegaciones de corrupción, sino que también marcó un precedente que fue criticado y refutado por la doctrina y la práctica arbitral. En efecto, a partir del caso Lagergren se reconoció la posibilidad de que se abarque esta materia, llegando incluso a establecerse la forma en la cual estos procesos deberían ser conducidos.

Sobre ello, el caso entre Westinghouse Electric Corporation y la National Power Corporation, tramitado ante el Centro de Arbitraje de la CCI como el Caso No. 6401, también marcó un precedente importante, toda vez que abarcó diversos temas respecto a la manera en la cual se deben conducir esta serie de arbitrajes, incluyendo la posibilidad de elevar el estándar probatorio ante alegaciones de corrupción, y la aplicación del principio de separabilidad del convenio arbitral.

Sobre este último, Mujic ha anotado lo siguiente:

The tribunal stated, in their Preliminary Award on Issues of Jurisdiction and Content Validity, that the effects on the arbitration clause are separate from the effects on the main agreement. However, while the Claimant argued that the doctrine of separability applies, the Defendant argued that the doctrine does not apply, if the main contract has been obtained by bribery. The Tribunal, thus, considered the applicability of the separability doctrine, in bribery cases. The

Tribunal held that it is true that, in some instances, the circumstances concerning the validity of the main contract also can affect the arbitration clause. However, the Tribunal did not comment further on that question. The jurisdiction of the arbitrator, on the grounds of a corrupt main contract, will not be disputed. The separability doctrine enables the arbitrator to retain jurisdiction, in order to fulfil the mandate given, and conclude the dispute. In this way, the main contract tainted by corruption, can be disqualified, and the corrupt behaviour condemned. [El tribunal declaró, en su Laudo Preliminar sobre Cuestiones de Competencia y Validez de Contenido, que los efectos sobre la cláusula de arbitraje son independientes de los efectos sobre el contrato principal. Sin embargo, mientras que el demandante argumentó que la doctrina de la separabilidad se aplica, el demandado argumentó que la doctrina no se aplica, si el contrato principal se ha obtenido mediante soborno. El Tribunal, por lo tanto, consideró la aplicabilidad de la doctrina de la separabilidad, en casos de soborno. El Tribunal sostuvo que es cierto que, en algunos casos, las circunstancias relativas a la validez del contrato principal también pueden afectar a la cláusula de arbitraje. Sin embargo, el Tribunal no hizo más comentarios sobre esta cuestión.

La competencia del árbitro, por razón de un contrato principal viciado, no será discutida. La doctrina de la separabilidad permite que el árbitro mantenga su jurisdicción, para cumplir con el mandato otorgado, y concluir la disputa. De este modo, el contrato principal contaminado por la corrupción, puede ser descalificado, y la conducta corrupta condenada]. (2013, p. 17)

Asimismo, y con relación al estándar probatorio que se puede tener en arbitrajes, este caso también ha sido relevante, pues demuestra la posibilidad de que el estándar sea elevado ante alegaciones de corrupción. Sobre ello, Martín (2004) ha manifestado lo siguiente, haciendo mención de las denominadas “banderas rojas” comentadas en el acápite anterior:

The Westinghouse case provided the greatest elaboration on standards of proof required. It considered two American evidentiary standards; firstly, the civil standard of “preponderance of evidence” and secondly, the standard for frauds of “clear and convincing evidence.” It considered the latter one more appropriate for allegations of corruption. [El caso Westinghouse proporcionó la mayor

elaboración sobre los estándares de prueba requeridos. Consideró dos estándares probatorios estadounidenses; en primer lugar, el estándar civil de "preponderancia de la prueba" y, en segundo lugar, el estándar para fraudes de "prueba clara y convincente". Consideró este último más apropiado para las alegaciones de corrupción]. (p. 7)

Esta elevación del estándar probatorio – reconocido para arbitrajes de inversión – también ha sido reconocido en arbitrajes comerciales internacionales. Al respecto, Nueber opina que:

Arbitral tribunals, both in commercial and investment cases, apply a high standard of proof), when e.g. demanding "clear and convincing evidence" to prove allegations of bribery. Accordingly, tribunals requested parties to prove allegations of bribery "beyond doubt". Furthermore, arbitral tribunals rejected allegations of bribery which have been qualified as pure "allusions not supported by evidence and based on suppositions" [Los tribunales de arbitraje, tanto en los casos comerciales como en los de inversión, aplican un alto nivel de prueba), cuando, por ejemplo, exigen "pruebas claras y convincentes" para probar las acusaciones de soborno. En consecuencia, los tribunales solicitaron a las partes que probaran las alegaciones de soborno "más allá de toda duda". Además, los tribunales arbitrales han rechazado las alegaciones de soborno que han sido calificadas como puras "alusiones no respaldadas por pruebas y basadas en suposiciones"]. (2015, pp. 6-7)

De esta manera, se evidencia que lo que ha ocurrido en arbitrajes comerciales se encuentra alineado con la práctica arbitral en arbitrajes de inversiones, donde no solo se ha reconocido la posibilidad de que los tribunales arbitrales puedan pronunciarse sobre alegaciones y actos de corrupción, sino también se ha ido delimitando la forma en la cual los árbitros deben conducir el proceso en relación a las pruebas aportadas por las partes.

5.3 Arbitrajes en Contrataciones con el Estado (Perú)

En el Perú, hace veinticinco años, a través de la Ley N° 26850, Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado, se estableció por primera vez al arbitraje como el mecanismo de resolución de controversias predilecto.

Artículo 53.- Durante el proceso de selección las Entidades están en la obligación de resolver las solicitudes y reclamaciones que formulen los postores con arreglo a las normas de esta Ley y del Reglamento. El Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado constituye la última instancia administrativa y sus resoluciones son de cumplimiento y precedente administrativo obligatorio.

Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de arbitraje o conciliación. Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente. (el subrayado en nuestro)

De esa manera, y hasta el día de hoy, “las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato” en todos los contratos bajo el marco de la Ley de Contrataciones del Estado se deberán resolver mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes tal como se encuentra regulado por la actual Ley de Contrataciones del Estado, Ley N.º 30225, modificada por el Decreto Legislativo N.º 1341.

A través del Decreto Legislativo N.º 1341 se estableció como regla general que el arbitraje al cual acudirán las partes en caso de controversia deberá ser uno institucional y solo podrá ser Ad Hoc en casos excepcionales establecidos en el reglamento correspondiente, resaltando en su exposición de motivos la preferencia por el arbitraje institucional por su mayor nivel de organización, rapidez y eficiencia debido al respaldo de una institución que le dota de predictibilidad al proceso. Asimismo, se explicó como todo lo que compete a la institución arbitral - sus normas, sus procesos y su forma de administrar el arbitraje – dota una vigilancia superior al cumplimiento de principios y estándares éticos (Ministerio de Economía y Finanzas, 2017).

No compartimos en su totalidad lo establecido en la exposición de motivos, por las razones que explicaremos. Si bien la participación de una institución arbitral (Centro de Arbitraje) aporta elementos relevantes (organización, infraestructura, seguimiento del caso, apoyo a cargo de secretarías, reglas de ética, reglas procedimentales, procedimientos y decisión sobre recusaciones, entre otros) y cumple un rol de apoyo y de cierta supervisión que son útiles, cumpliendo los plazos y dotándolo de cierta

“predictibilidad” en el ámbito procedimental, por otro lado no creemos que el arbitraje ad hoc deba ser satanizado, ni considerado menos adecuado, *per se*, que el institucional. Se ha sostenido que el arbitraje ad hoc tiene más probabilidades de beneficiar a quienes han cometido actos corruptos para obtener la relación contractual objeto del arbitraje, y que además es propicio para ser conducido a la sombra, sin garantías esenciales de imparcialidad. Al respecto, se ha verificado que la mayoría de arbitrajes en los cuales se han tratado controversias que nacieron de prácticas ilegales, fueron institucionales (por ejemplo, el famoso caso Odebrecht). Desde nuestra perspectiva, con la debida transparencia en este tipo de arbitrajes (en los que el Estado es parte) lo que es igual en casos ad hoc como institucionales, y con árbitros de prestigio designados para ello, no es determinante el que sean tramitados por una institución o sin ella. Y es de anotar que, así como hay árbitros y árbitros, también puede haber instituciones e instituciones; casos de instituciones de cuya ética se sospecha ha habido y hay, así como hay instituciones que gozan de buena reputación. Aquí queremos decir algo recogido de la práctica: solo a modo de ejemplo, y sin ninguna intención ajena a volcar opinión transparente en este trabajo, creemos que sería factible que algunos árbitros puedan sentirse intimidados por la institución arbitral de la que forman parte (es decir, que integren su listado de árbitros), y que el temor a ser excluidos de la misma los lleve a guardar silencio cuando se encuentren en presencia de elementos o conductas de corrupción.

Es así que, mediante una cláusula arbitral contenida en aquellos contratos dentro de la esfera de la Ley de Contrataciones del Estado, las partes decidirán acudir a una institución arbitral o - en caso la Ley de Contrataciones del Estado lo permita - proceder con un arbitraje Ad Hoc. Según el Informe de Análisis de laudos arbitrales emitido por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), el 66% de los casos fueron resueltos mediante arbitrajes ad hoc mientras que el 34% fueron resueltos mediante arbitrajes institucionales. Dicho informe se basó en el análisis de treinta y cinco (35) laudos seleccionados aleatoriamente, emitidos entre los años de 2019 y 2020, los cuales se encuentran publicados en el portal web institucional del OSCE, sobre controversias generadas en contratos de ejecución de obra pública (OSCE, 2021).

En este punto es pertinente recordar que los arbitrajes Ad Hoc son aquellos arbitrajes en los que el tribunal arbitral, con las partes, regularán todos los aspectos y etapas del proceso arbitral, sin acudir a instituciones arbitrales y someterse ante las

regulaciones dispuestas por estas para el proceso arbitral (con excepción de aquellas normas supletorias aplicables en materias de recusaciones, designaciones residuales, etc.). Debe tenerse en cuenta que, en materia de arbitrajes regidos por la Ley de Contrataciones con el Estado, solo podrá recurrirse a arbitrajes Ad Hoc i) cuando las controversias deriven de un procedimiento de selección cuyo valor estimado o valor referencial, según sea el caso, sea menor o igual a S/ 5 000 000.00, según lo establecido por la Ley de Contrataciones con el Estado y ii) cuando la cuantía controvertida sea menor a 10 UIT, según lo establecido por la Ley de Arbitrajes modificada por el Decreto de Urgencia 020-2020, aplicándose esta última de manera supletoria. Cabe indicar que esta última no solo aplica a los arbitrajes regulados por la Ley de Contrataciones con el Estado sino a todos aquellos arbitrajes donde el Estado sea parte.

En todos estos casos es jurídicamente viable que el laudo verse sobre la competencia o jurisdicción, rechazando la misma con debida motivación, lo que puede ser empleado en futuros procesos penales en futuros procesos penales y, por ende, útil como herramienta en la lucha contra la corrupción.

No es sorpresa que la corrupción es un gran factor a considerar al momento de resolver controversias que nacen de contratos celebrados con el Estado al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado. En esa línea, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), no se queda atrás en esta búsqueda por mayor seguridad jurídica y transparencia para poder frenar la corrupción. Sin embargo, a pesar de que los contratos celebrados al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado son los más recurrentes, como hemos expuesto anteriormente, existen otras formas de contratación con el Estado empleadas con no poca frecuencia (por ejemplo, los casos de Asociaciones Público Privadas, los contratos en los que participa el Programa Nacional de Alimentación Qali Warma, entre otros regímenes especiales).

La necesidad de transparencia es vital e innegable al estar frente a arbitrajes donde una de las partes es una Entidad Pública, al estar en juego intereses de todos los ciudadanos, por lo que el resultado de tales arbitrajes nos compete a todos. Como ciudadanos nos interesa qué contratos se celebran, cómo se celebran, cómo se ejecutan y cómo se resuelven las controversias que de ellos surjan; evidentemente, quienes participen en todo ello, cada cual en su rol, también son de nuestro legítimo interés: los contratistas, los funcionarios públicos, los procuradores del estado, los árbitros. Por ese

motivo, y a través del Decreto de Urgencia 020-2020 que modifica la actual del de Arbitraje, se establece que todas las actuaciones arbitrales y el laudo en los que el Estado sea parte serán públicos una vez que ha concluido el mismo, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública.

Así también, con relación a los arbitrajes institucionales, hemos obtenido información acerca de dos instituciones en el ámbito peruano, muy representativas en cuanto a la cantidad de casos arbitrales: el Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, más conocido como el CARC PUCP, y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, más conocido como la CCL.

Según el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el 2020, se vieron en el CARC PUCP 13 arbitrajes civiles y/o comercial y 427 arbitrajes bajo la Ley de Contrataciones con el Estado, volviendo esta institución arbitral una de las favoritas para la resolución de controversias en mérito de la Ley anteriormente citada. Por su parte, según un estudio que recopila una serie de encuestas respecto al Arbitraje en América Latina realizado por el Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) para la Conferencia Latinoamericana de Arbitraje, el Centro de la CCL encabeza la lista de instituciones arbitrales con mayor cantidad de arbitrajes domésticos en América Latina en el 2019. De esta manera, el CARC PUCP y la CCL son reconocidas, además de su reconocimiento a nivel nacional como internacional como instituciones arbitrales de prestigio, como algunas de las más utilizadas en lo que respecta a arbitrajes bajo la Ley de Contrataciones con el Estado, sin contar el Sistema Nacional de Arbitraje (SNA-OSCE), que es un régimen institucional de arbitraje especializado para la solución de controversias en las contrataciones del Estado manejado por el OSCE.

Como establece el artículo 2 de la Ley de Arbitraje, podrán someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. Teniendo en cuenta lo anterior, los arbitrajes que se tramiten por el CARC PUCP como por la CCL, deberán ceñirse tanto a sus propios reglamentos, los cuales a su vez se encuentran alineados con la Ley de Arbitrajes, como a la normativa peruana.

En este punto conviene hacer expresa mención a la modalidad de contratación bajo el esquema de las Asociaciones Público Privadas. Estas están definidas como

modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública, proveer servicios públicos y/o prestar los servicios vinculados a éstos que requiera brindar el Estado, así como desarrollar proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

Las Asociaciones Público Privadas se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, según lo establecido en el artículo cuatro de la Ley N° 30225. Al igual que esta Ley, el Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, establece que los contratos que celebre una Asociación Público Privada deben incluir una cláusula referida a la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias, pudiendo someterse, a diferencia de los arbitrajes bajo la Ley de Contrataciones con el Estado, a arbitrajes de conciencia o arbitrajes de derecho.

Como se conoce, en el arbitraje de conciencia, los árbitros pueden ser técnicos o profesionales de otros campos, no necesariamente abogados, y resuelven las controversias conforme a su leal saber y entender, pero basándose en principios y formas del debido proceso. Naturalmente, en estos arbitrajes, donde el tribunal arbitral resolverá guiado por la noción y los parámetros de equidad, también podría estarse ante elementos de corrupción.

Ya hemos concluido, conforme se ha desarrollado en la presente tesis, que aunque los elementos o conductas de corrupción que se aleguen o se descubran en un arbitraje institucional con el Estado sean considerados materia de orden público (propriadamente lesivos al orden público), el tribunal arbitral o el árbitro único, al pronunciarse sobre estos, no decide sobre el asunto de orden público en un sentido ajeno a su competencia - como juzgar, acusa ni declara culpables e inocentes-, sino dentro de su esfera de competencia, esto es, cumpliendo con su deber de árbitro de resolver la controversia, siendo que si ésta se encuentra directamente relacionada a los presuntos actos de corrupción, podrá determinar el destino de la relación contractual, haciendo expresa referencia y analizando los presuntos elementos o conductas de corrupción como fundamento de su decisión.

A este respecto, y solo para efectos ilustrativos, si la propia Ley de Contrataciones con el Estado establece que las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje (la Ley de Arbitraje también incluye esta controversia), ¿cómo podría un tribunal declararse incompetente para resolver la controversia por esta causal? Es evidente que debe arbitrar sobre el fondo de la controversia, y la eventual ineficacia estructural del contrato es parte de ello. ¿Cómo podrían derivarse consecuencias jurídico patrimoniales de un contrato nulo debido a la corrupción?

Ahora bien, la Ley de Contrataciones con el Estado ha previsto mecanismos para mitigar actos corrupción derivados de procedimientos de selección. A este respecto, el artículo 44.2 literal de dicho cuerpo normativo contempla supuestos en los cuales la propia entidad puede declarar de oficio la nulidad de los contratos celebrados:

Cuando por sentencia consentida, ejecutoriada o reconocimiento del contratista ante la autoridad competente nacional o extranjera se evidencie que durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, éste, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión. (2019)

A su vez, el artículo 44.3 establece la responsabilidad de funcionarios de la Entidad y de los contratistas en los casos de estos contratos irregulares (que hubieren conllevado su nulidad). Pero el artículo más relevante para efectos de esta tesis es el contenido en el numeral 44.4:

Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considera en primer lugar las causales previstas en la presente Ley y su reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional. (2019)

No cabe duda de que la decisión del legislador ha sido afrontar los casos de contratos irregulares y, específicamente, la corrupción, incorporando una norma expresa al respecto. Por lo demás, debemos señalar que, de no existir esta norma, el Código Civil (que hemos analizado anteriormente en esta tesis), supletorio a la LCE y su reglamento, contiene lo suficiente para poder declarar la nulidad, alegada o de oficio, de un contrato

por causa de corrupción, como hemos expuesto y desarrollado a lo largo de este trabajo de investigación.

Entonces, en síntesis, se observa que la propia Ley confiere una herramienta a la entidad y a los árbitros para declarar la nulidad de contratos que se hayan visto contaminados por actos de corrupción cometidos por el contratista, específicamente referidos a la búsqueda de algún beneficio o pago ilícito dinerario.

Ello demuestra el fortalecimiento normativo que vienen teniendo las relaciones contractuales que surgen de esta modalidad de contratación estatal. No obstante, para nosotros, esto se aplica, como ya hemos señalado, para las demás modalidades contractuales – como las que señalamos más arriba – en las que participa el Estado como parte.

Ahora bien, como hemos señalado anteriormente, en general el Perú carece de jurisprudencia respecto de la posibilidad de que árbitros puedan pronunciarse sobre actos de corrupción y resolver en consecuencia. No obstante, en forma muy reciente se ha emitido un Laudo Arbitral, en el que un Tribunal Arbitral ha tomado la decisión de pronunciarse sobre hechos de corrupción. Pasaremos a reseñarlo¹⁶.

El caso fue iniciado por la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (CORPAC) contra la Municipalidad Provincial del Callao y el Fondo Municipal de Inversiones del Callao (FINVER) (Centro de Análisis y Resolución de Conflictos – PUCP, 2022). La demandante solicitó la resolución del Convenio Específico de Cooperación Institucional y Encargo de Gestión (Convenio) celebrado entre las partes por un supuesto incumplimiento contractual de FINVER. De forma accesoria, solicitó una suma dineraria por concepto de indemnización.

FINVER interpuso como pretensión reconvenzional la no arbitrabilidad de la controversia, por supuestamente violar el interés público. FINVER señala que hubo una serie de actos ilícitos penales cometidos por el Gerente General de CORPAC durante el procedimiento de la licitación.¹⁷ Dicha pretensión -de declararse incompetente por no ser

¹⁶ Este arbitraje fue tramitado ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, bajo el Expediente N° 383-62-13-PUCP. El tribunal fue conformado por Elvira Martínez Coco, Hugo Sologuren Calmet, Oscar Urdiola Hani.

¹⁷ A modo de ejemplo, veamos lo dispuesto en el numeral 80 del Laudo Arbitral del Expediente N° 383-62-13-PUCP (“FINVER argumenta que el Gerente General, según OCI, en excesivo uso de sus funciones, canalizó personalmente las cotizaciones que presentaron dos personas naturales y una persona jurídica que

materia arbitrable- fue rechazada por el Tribunal Arbitral, fundamentando su decisión en que era competente para conocer la nulidad de un convenio por actos de corrupción.

Lo resaltante de este caso fue que, incluso cuando ninguna de las partes presentó una pretensión de este tipo, el Tribunal estableció la necesidad de evaluar los hechos y determinar si el convenio suscrito por las partes debía ser declarado nulo¹⁸.

Un aspecto muy interesante fue que para llegar a una conclusión, el Tribunal aplicó un estándar probatorio usual en arbitrajes, basado en la preponderancia de la prueba, sin fijar un estándar especial o elevado, como indicamos en el capítulo tres del presente trabajo, al momento de analizar el estándar probatorio a adoptar por los árbitros en este tipo de análisis¹⁹.

Tomando en cuenta que en el transcurso del arbitraje se condenó penalmente a funcionarios de Corpac y Finver en el marco del Convenio que suscribieron, el Tribunal concluyó que es evidente la existencia de actos de corrupción en torno a la celebración del Convenio era evidente, y en consecuencia, determinó su nulidad.²⁰

era FINVER, sin que intervenga el área especializada. Asimismo, orientó la decisión del Directorio para exonerar la aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado.”)

¹⁸ Laudo Arbitral, Expediente N° 383-62-13-PUCP (“207.FINVER ha alegado una serie de circunstancias que, a su parecer, acreditan que en el nacimiento y ejecución del Convenio existieron actos de corrupción. 208.Al respecto la demandada, sustenta sus alegaciones en el Informe del Organismo de Control Interno -CORPAC y en el Informe Especial N° 004-2012-2-0257 "Irregularidades en la Obra Construcción de la Nueva Sede Institucional de CORPAC SA, en la Provincia Constitucional del Callao". 209.Ahora bien, conforme se desarrolló anteriormente por este Tribunal Arbitral, ya existe una SENTENCIA que es definitiva y que determinó la responsabilidad penal de diversos funcionarios por actos de corrupción en el marco del CONVENIO. 210. Es importante precisar que, ninguna de las partes ha solicitado que este Tribunal Arbitral declare la nulidad del CONVENIO por causa de corrupción. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Arbitral precisa que, aunque no exista una solicitud de parte, tiene el deber de valorar motu proprio la ocurrencia de hechos de corrupción que pudieran afectar el arbitraje; y de ser el caso, determinar las consecuencias civiles de dicha declaración. 211.Este deber de valoración surge de: (i) La naturaleza de orden público de la prohibición de la corrupción; (ii) El principio general de iura novit curia regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil que establece que los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda; y (iii) La regulación de la nulidad manifiesta prevista en el artículo 220 del Código Civil.”)

¹⁹ Laudo Arbitral, Expediente N° 383-62-13-PUCP, numeral 219 (“Para determinar si existe una nulidad manifiesta, el Tribunal Arbitral estima oportuno aplicar un estándar basado en la preponderancia de la prueba. Ello puesto que, no puede ni debe aplicar un estándar de prueba elevado, por cuanto los actos corruptos son necesariamente objeto de simulación y; por tanto, puede resultar imposible probar con certeza la existencia de dichas actuaciones. En tal sentido, el Tribunal Arbitral analizará las circunstancias alegadas y los indicios y pruebas existentes.”)

²⁰ Laudo Arbitral, Expediente N° 383-62-13-PUCP, numeral 226 (“Estamos frente a una prueba plena de que se produjeron actos de corrupción en torno a la celebración y ejecución del CONVENIO; por lo que, en base a lo previsto en el artículo 220° del Código Civil, corresponde declarar la nulidad del mismo.”)

Este caso marca un hito en el arbitraje peruano, y avala la hipótesis del presente trabajo, pues, como se puede advertir, el Tribunal Arbitral determinó su competencia para pronunciarse sobre alegaciones de corrupción, incluso de oficio, luego de lo cual realizó el análisis correspondiente y declaró la nulidad del Convenio suscrito por las partes. En ese sentido, y no tratándose de un caso regido por la Ley de Contrataciones con el Estado, se desprende que todo el ordenamiento jurídico peruano confiere las herramientas necesarias y suficientes a los árbitros para combatir la corrupción.

5.4 Conclusiones

Hemos validado nuestra hipótesis a través de la doctrina y la práctica arbitral internacional, que, en múltiples ocasiones, ha reconocido su viabilidad. No solo se ha desarrollado el hecho de que Tribunales Arbitrales pueden pronunciarse sobre alegaciones de corrupción, sino también la forma en la que deben hacerlo, específicamente sobre el estándar probatorio que deben emplear, la posibilidad de invertir la carga de prueba, entre otros.

Sin duda, los arbitrajes de inversión han sido el tipo de arbitraje donde se evidencia la mayor de cantidad de pronunciamientos sobre alegaciones de corrupción, lo que no es aún –esperamos que a futuro sí lo sea– práctica arbitral peruana. También debemos resaltar que esta práctica internacional no se ha dado de forma homogénea, como es lógico en un tema en progreso, pues hemos visto que algunos tribunales han adoptado posturas diversas, por ejemplo, respecto al estándar probatorio que se debe mantener en casos donde existan alegaciones de corrupción: mientras algunos han adoptado un estándar más elevado respecto al usual –preponderancia de la prueba– otros han sido más tradicionales al momento de evaluar los medios probatorios ofrecidos por las partes.

Por su lado, concluimos que la normativa sobre contrataciones públicas en el Perú brinda espacio suficiente, y de modo expreso, a los árbitros para que puedan pronunciarse sobre actos de corrupción. Como hemos señalado, también podrán hacerlo en el marco de otro tipo de regímenes especiales – como ocurriría, por ejemplo, en el marco de Asociaciones Público Privadas –, pero hemos enfatizado en las contrataciones amparadas bajo la Ley de Contrataciones con el Estado por ser las más conocidas y frecuentes en el ámbito local. Además, hemos podido presentar un reciente laudo donde un Tribunal

Arbitral peruano se pronunció, de oficio, sobre alegaciones de corrupción entre entidades, con lo que nuestra tesis cobra mayor fuerza y respaldo.



CAPÍTULO SEXTO: ANÁLISIS COMPARADO

En el presente capítulo haremos mención, para efectos ilustrativos, algunos aspectos de la práctica arbitral de otros países donde se han abordado alegaciones o controversias ligadas a actos de corrupción. Además, describiremos brevemente algunos puntos normativos que permiten que los tribunales se pronuncien sobre esta serie de actos, además de casos emblemáticos para ciertos países que establecieron un precedente en la práctica.

6.1 Francia

El famoso caso Lagergren es lo que primero surge al abordar arbitrajes, corrupción y Francia. Como hemos desarrollado previamente en la presente tesis, dentro de este arbitraje CCI N° 1110 que tuvo lugar en París por acuerdo de las partes, el árbitro único, Gunnar Lagergren se hizo conocido por rechazar jurisdicción al estar en presencia de un contrato manchado por corrupción. Su pronunciamiento y la alusión a los actos corruptos, más allá de que –al día de hoy- se discrepe del modo en que Lagergren abordó la presencia de corrupción dentro del arbitraje, creó un importante diálogo a nivel internacional sobre esta realidad. (Quiroga, 2017, p. 91)

Francia es la sede de la prestigiosa Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, una institución arbitral que recibe una gran cantidad de procedimientos arbitrales al año. En el 2018 se presentaron 842 nuevos casos ante la CCI, en los que participaron 2,282 partes de 135 países y territorios distintos, donde el 9% de los casos designaron el derecho francés como normativa aplicable. Tras el conocido Brexit en el 2020, se vio un aumento en la cantidad de compañías multinacionales que optaron por elegir París como sede en sus arbitrajes internacionales en lugar de Inglaterra (Brun & Poulin, 2020).

Además, Francia es reconocida por ser una gran sede para el arbitraje, siendo parte de numerosos convenios internacionales y europeos, y contando con un sistema jurídico que favorece al arbitraje. El sistema arbitral francés se ha consolidado a través de varias reformas y jurisprudencia creando una sólida tradición de no interferencia judicial de los

tribunales franceses en el proceso arbitral, actuando solo como apoyo (Brun & Poulin, 2020).

El derecho francés establece una distinción fundamental entre el arbitraje nacional y el internacional. Esta distinción impregna el marco jurídico del arbitraje en Francia y permite que el arbitraje internacional, aunque la sede del arbitraje esté en Francia, se rijan por principios más flexibles y permisivos que los que se aplican al arbitraje nacional, como suele darse en la mayoría de los países (Brun & Poulin, 2020).

Ahora bien, respecto al objeto de esta tesis, la normativa francesa es bastante similar a la peruana. En lo que concierne a arbitrajes domésticos, los artículos 2059 y 2060 del Código Civil francés (Feldman et al., 2015) establecen lo siguiente:

Art. 2059

Todas las personas pueden celebrar convenios de arbitraje relativos a los derechos de los que tienen libre disposición. [*Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition*].

Art. 2060

No se pueden celebrar convenios de arbitraje en las cuestiones de estado y capacidad de las personas, en las relativas a divorcio y separación judicial o en las controversias relativas a los organismos e instituciones públicas y, en general, en todas cuestiones que afecten al orden público. [*On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.*]

De esa manera, al igual que en Perú, se establece que podrán someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición. Además, se establece una serie de ámbitos que no podrán ser sometidos a arbitrajes, entre ellos todas aquellas cuestiones que afecten el orden público.

Un caso relacionado a este país que vale la pena referir es el *Alstom v. Alexander Brothers*. Alstom, una empresa multinacional francesa, junto a su filial británica, contrató a Alexander Brothers, una empresa consultora, para que la ayudara con una licitación que el Estado Chino convocó para otorgar una concesión ferroviaria.

El pago de esta asesoría se realizó a través de múltiples cuotas. No obstante, Alstom se negó a seguir pagando a Alexander Brothers alegando la falta de pruebas suficientes de sus actividades de consultoría respecto a la concesión ferroviaria, poniendo a Alstom en riesgo de ser sancionada por la normativa anticorrupción, explicando que, al haber obtenido la concesión, junto a la inexistencia de pruebas de las actividades de “consultoría” brindadas por Alexander Brothers, se podría inferir que los pagos realizados por Alstom fueron utilizados para obtener la concesión a favor de este último de forma ilícita (Wyse Jackson, 2020).

Ante la falta de pago, Alexander Brothers inició un arbitraje ante la sede del CCI en Suiza, según lo pactado en el contrato, para exigir el pago del importe total por su servicio a favor de Alstom. En su laudo, el tribunal dio la razón a Alexander Brothers y ordenó a Alstom a pagar lo que le correspondía por los servicios prestados por el demandante (Wyse Jackson, 2020).

Alstom se rehusó a realizar el pago, por lo que Alexander Brothers obtuvo una orden de ejecución del laudo en Francia. Ceñido a su posición, Alstom llevó el asunto a la Cour d'appel, donde alegó que el acreedor del laudo había incurrido en actos de corrupción al realizar negocios en su nombre en China y que, por lo tanto, hacer efectivo el laudo violaría el orden público internacional, tal como se entiende en Francia (Wyse Jackson, 2020).

La Cour d'appel, mediante sentencia de 28 de mayo de 2019, anuló el laudo y condenó a Alexander Brothers a pagar la restitución a Alstom, concluyendo que había indicios serios, precisos y consistentes de que Alexander Brothers había sobornado a funcionarios públicos chinos. Sin embargo, en octubre de 2021, el Tribunal de Casación de Francia anuló la sentencia del Tribunal de Apelación de París de 2019, indicando que el tribunal inferior había distorsionado ciertas partes de las transcripciones de la audiencia. (Bradshaw, 2020).

En este caso, durante el arbitraje, el tribunal sí había considerado las alegaciones de corrupción planteadas por Alstom, pero concluyó que Alstom no había probado la corrupción como defensa ante el impago. De esa manera, el tribunal arbitral cumplió con su deber de resolver la materia controvertida, considerando inclusive las alegaciones de corrupción realizadas por la parte demanda, las cuales fueron tomadas en cuenta, analizadas y revisadas, pero que, a criterio del tribunal, no contaban con suficiente

evidencia para considerar el vicio que conlleve la nulidad del contrato entre las partes y ordenaron a la parte demandada pagar.

6.2 Estados Unidos

Otro país con una institución arbitral reconocida a nivel internacional es Estados Unidos. La ley de arbitraje en Estados Unidos está codificada a través de tres mecanismos: la ley federal, la ley estatal y los acuerdos internacionales. A pesar de su tamaño y su complejo sistema jurídico dual federal y estatal, Estados Unidos es un foro favorable para el arbitraje internacional. Los estatutos de arbitraje federales y estatales del país reflejan una fuerte política pública a favor del arbitraje, especialmente sobre el arbitraje internacional.

El *Federal Arbitration Act*, o la Ley Federal de Arbitraje en su traducción literal al español, tiene tres capítulos. El primer capítulo regula los casos relacionados con el comercio interestatal o exterior. El segundo capítulo aplica la reconocida Convención de Nueva York, que Estados Unidos firmó en 1958, que regula "el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales dictados en el territorio de un Estado distinto del Estado donde se solicita el reconocimiento y la ejecución de dichos laudos". El tercer capítulo aplica el Convenio de Panamá, que Estados Unidos firmó en 1978, que regula el desarrollo de los arbitrajes comerciales internacionales y la ejecución de los laudos arbitrales entre 19 miembros de la Organización de Estados Americanos. (Schimmel et al., 2021)

Además de la Ley Federal de Arbitraje, cada uno de los 50 estados ha promulgado una legislación complementaria independiente que regula el arbitraje en sus respectivas jurisdicciones. En caso de conflicto entre la Ley Federal de Arbitraje y la legislación estatal, generalmente prevalece la Ley Federal (Paparella et al., 2022).

Si bien Estados Unidos no ha adoptado la Ley Modelo UNCITRAL, varios estados estadounidenses sí la han adoptado, como California y Texas.

Asimismo, resulta interesante observar que la Ley Federal de Arbitraje no restringe los tipos de litigios que pueden resolverse mediante arbitraje, y los tribunales estadounidenses han evitado históricamente limitar la disponibilidad del arbitraje como medio de resolución de litigios (Paparella et al., 2022).

Un caso en que Estados Unidos fue parte y se vieron presentes elementos de corrupción es el arbitraje Methanex vs Estados Unidos. Methanex, una empresa canadiense dedicada a la producción, procesamiento y comercialización de metanol, inició el arbitraje a Estados Unidos al amparo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, reclamando una indemnización de aproximadamente 970 millones de dólares por los daños y perjuicios ocasionados por la orden del Estado de California de marzo de 1999 de prohibir el uso y venta de éter metil-terbutílico, o mejor conocido como MTBE.

Methanex era y sigue siendo el mayor productor mundial de metanol, una materia prima del MTBE. Sin embargo, nunca ha producido ni vendido MTBE. Methanex alegó lo siguiente durante el proceso arbitral:

Sin embargo, Methanex sostiene que "ADM y el lobby del etanol instigaron la prohibición de California " y que la relación entre ADM y el Sr. Davis constituyó una "corrupción política", ya que ADM tuvo una "influencia indebida" en los acontecimientos de California debido a sus contribuciones. [Yet, Methanex maintains that "ADM and the ethanol lobby instigated the California ban" and that the relationship between ADM and Mr Davis constituted "political corruption" as ADM had an "undue influence" on events in California because of its contributions]. (CIADI, 2005, Parte III, Capítulo B, p. 11)

"ADM" son las siglas utilizadas para referirse a Archer-Daniels Midland, el principal productor estadounidense de etanol. La parte demandante sostiene que ADM engañó e influyó en Gray Davis, Gobernador del Estado de California, con respecto al MTBE, alegando que estos se reunieron de manera secreta en 1998, y que ADM había contribuido con más de 5 millones en la campaña política que llevó a Gray Davis a su puesto como Gobernador en ese entonces.

En este caso, el tribunal arbitral concluyó que las contribuciones políticas a los candidatos a cargos públicos en Estados Unidos no estaban prohibidas y que la prohibición del MTBE estaba supeditada a los resultados del estudio científico que debían realizar los investigadores de la Universidad de California, los cuales incluyeron audiencias públicas, testimonios públicos y una revisión por pares, y se dieron de manera previa a la llegada del señor Gray Davis a su puesto de Gobernador.

De esa manera, el tribunal arbitral concluyó que el Sr. Gray Davis dictó la prohibición antes mencionada sin ninguna intención de perjudicar al metanol o a

Methanex y sin ninguna intención de favorecer al etanol o a ADM, en contra de las alegaciones de Methanex; y que no había pruebas suficientemente contundentes de que el Sr. Davis, en su calidad de Gobernador de California, tuviera la intención de favorecer a la industria estadounidense del etanol.

En este caso, si bien el tribunal arbitral consideró y realizó las acciones pertinentes de investigación sobre las alegaciones de corrupción por parte de Methanex, concluyó que no había evidencia suficiente de los supuestos actos corruptos por parte del gobernador de California y que las decisiones tomadas por los Estados Unidos no violaban en ningún extremo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Consideramos pertinente la mención al presente caso dado que, a pesar de la falta de pruebas, el tribunal arbitral, al igual que en el caso abordado en el acápite sobre Francia entre Almston y Alexander Brothers, siguió adelante con el proceso arbitral, investigó y utilizó todas las facultades que le competen como tribunal arbitral para tomar su decisión final. Para nosotros, es un caso de éxito el que un tribunal arbitral cumpla su función de resolver la controversia para la cual fue designado y emitir un pronunciamiento respecto a elementos de corrupción que estén directamente relacionados al fondo de la controversia.

6.3 Singapur

Singapur es un país que posee una legislación particular, con normas que permiten que los árbitros puedan pronunciarse sobre delitos de corrupción y, más aún, establece parámetros respecto a la conducta que deben tener en estos casos.

En primer lugar, debe destacarse que los tribunales singapurenses han establecido que, para decidir una cuestión en particular, será necesario considerar las pretensiones planteadas por las partes, lo cual significa que pueden pronunciarse sobre temas no traídos a la mesa, siempre y cuando ello sirva para resolver el caso. Al respecto, el Tribunal de Apelación de Singapur observó en un caso que, para determinar si un tribunal se excede en su mandato al considerar y decidir un asunto particular, su relevancia para las cuestiones presentadas por las partes al tribunal para su resolución es el ingrediente clave a considerar:

Courts have long expressed a reluctance to go behind arbitrators' findings of no illegality, consistent with the public interest in the finality of awards. As Robert Merkin and Johanna Hjalmarsson have recently stated, only in “exceptional circumstances” and where “the arbitrators have ignored ‘palpable and indisputable illegality’” should a supervisory court go behind an award and apply overriding principles of public policy. The Court of Appeal's judgment does not show this same level of restraint. [Los tribunales se han mostrado durante mucho tiempo reacios a respaldar las conclusiones de los árbitros sobre la ausencia de ilegalidad, en consonancia con el interés público en la firmeza de los laudos. Como han afirmado recientemente Robert Merkin y Johanna Hjalmarsson, sólo en "circunstancias excepcionales" y cuando "los árbitros hayan ignorado una 'ilegalidad palpable e indiscutible'" debería un tribunal de supervisión ir detrás de un laudo y aplicar principios imperativos de orden público. La sentencia del Tribunal de Apelación no muestra este mismo nivel de moderación.]. (Megens, 2012, p. 36)

De esta manera, un tribunal podría pronunciarse *sua sponte*, es decir, de oficio, sobre cierta materia, siempre y cuando sea necesario para resolver la controversia.

Lo ocurrido en Singapur no se limita estrictamente a ello. En efecto, recuérdese que normativas contra el blanqueo de capitales pueden imponer a los árbitros la obligación de informar sobre sus sospechas razonables de actividades corruptas de una parte, y eximirlos de responsabilidad por cualquier incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad (Hwang & Lim, 2012, p. 48).

Pues bien, el artículo 39 de la Ley de Corrupción, tráfico de drogas y otros delitos graves de Singapur (2021) impone el deber de revelación a una persona que sabe o tiene motivos razonables para sospechar que determinados bienes pueden representar el producto de una conducta delictiva, que se han utilizado en relación con ella o que se pretenden utilizar en relación con ella:

39. Duty to disclose knowledge or suspicion (1) Where a person knows or has reasonable grounds to suspect that any property: (a) in whole or in part, directly or indirectly, represents the proceeds of; (b) was used in connection with; or (c) is intended to be used in connection with, any act which may constitute drug trafficking or criminal conduct, as the case may be, and the information or matter

on which the knowledge or suspicion is based came to his attention in the course of his trade, profession, business or employment, he shall disclose the knowledge or suspicion or the information or other matter on which that knowledge or suspicion is based to a Suspicious Transaction Reporting Officer as soon as is reasonably practicable after it comes to his attention [39. Obligación de revelar el conocimiento o la sospecha (1) Cuando una persona sepa o tenga motivos razonables para sospechar que cualquier bien (a) en su totalidad o en parte, directa o indirectamente, representa el producto de; (b) fue utilizado en relación con; o (c) está destinado a ser utilizado en relación con cualquier acto que pueda constituir tráfico de drogas o conducta delictiva, según el caso, y la información o el asunto en el que se basa el conocimiento o la sospecha llegó a su conocimiento en el curso de su comercio, profesión, negocio o empleo, deberá revelar el conocimiento o la sospecha, o la información u otro asunto en el que se basa dicho conocimiento o sospecha, a un funcionario encargado de la notificación de transacciones sospechosas tan pronto como sea razonablemente posible después de que llegue a su conocimiento.]

6.4 Inglaterra

Inglaterra es país en el que la corrupción ha venido convirtiéndose en una materia arbitrable, siempre dentro del plano contractual. Una decisión del Tribunal de Apelación inglés sostuvo que esto era un corolario lógico de la presunción de separabilidad.

El tribunal (2007) razonó, con gran lógica, que si los árbitros pueden decidir que un contrato es nulo por ilegalidad inicial, no hay razón para que no puedan decidir si un contrato ha sido obtenido mediante soborno.

En otro caso, el Tribunal de Apelación fue aún más categórico, al sostener que:

in the ordinary way an arbitrator has jurisdiction to find facts which constitute a criminal offence (fraud being an all too common example) or that in an appropriate case an arbitrator also has jurisdiction to find that a criminal offence has been committed ... it is necessary to distinguish between a finding of criminal conduct and a conviction which provides the basis for a penal sanction. [...de manera ordinaria un árbitro es competente para constatar hechos constitutivos de

delito (el fraude es un ejemplo demasiado común) o que en un caso apropiado un árbitro también es competente para constatar que se ha cometido un delito... es necesario distinguir entre la constatación de una conducta delictiva y una condena que sirva de base para una sanción penal.] (2015, párr. 78, como se cita en Born, 2022, p. 22)

Asimismo, la práctica arbitral inglesa también ha establecido cómo deben actuar los árbitros respecto al deber de pronunciarse sobre la comisión de un acto de corrupción. Sobre ello, Lew (2013) ha manifestado que:

Arbitrators may also owe a duty of disclosure to public authorities in certain exceptional circumstances where disclosure is in the public interest. Such a duty may arise where arbitrators become aware of circumstances in an arbitration suggestive of money laundering, fraud, tax evasion, bribery and corruption and other offences. [Los árbitros también pueden tener el deber de revelar información a las autoridades públicas en ciertas circunstancias excepcionales en las que la revelación es de interés público. Este deber puede surgir cuando los árbitros tienen conocimiento de circunstancias en un arbitraje que sugieren blanqueo de dinero, fraude, evasión fiscal, soborno y corrupción y otros delitos.] (p. 453)

Claramente, los árbitros tienen el deber de pronunciarse acerca de actos que correspondan al interés público. Tomando en cuenta ello, y la naturaleza de los actos de corrupción, es evidente que, de acuerdo al pensamiento inglés, los árbitros pueden/deben pronunciarse acerca de esta serie de actos a las autoridades correspondientes, yendo más allá del carácter confidencial que pudiera tener un determinado arbitraje.

Sobre la discusión que surge con relación al estándar probatorio que debe aplicarse en los arbitrajes, y tomando en cuenta que en Inglaterra rige el sistema de *common law*, Wilmerhale W.I.R.E. UK (2019) ha destacado lo siguiente:

The guide suggests three possible standards of proof: firstly, the “balance of probabilities”, which is known and accepted to be the default standard in UK civil litigation, and would be applied if criminal allegations were made during such proceedings; secondly, the “clear and convincing evidence” standard, which is a higher threshold than the balance of probabilities; and finally, the principle of “intime conviction” – an arbitrator’s inner conviction that there is enough evidence to substantiate the corruption allegations. Not only do these variations

again risk inconsistency of outcomes, but, given the potential for a more stringent standard to be applied than in civil litigation, could make establishing corruption in arbitration more difficult than would be in other forums of dispute resolution. [La guía sugiere tres posibles estándares de prueba: en primer lugar, el "equilibrio de probabilidades", que es conocido y aceptado como el estándar por defecto en los litigios civiles del Reino Unido, y que se aplicaría si se hicieran acusaciones penales durante dichos procedimientos; en segundo lugar, el estándar de "pruebas claras y convincentes", que es un umbral más alto que el equilibrio de probabilidades; y, por último, el principio de "convicción en tiempo real", es decir, la convicción interna de un árbitro de que hay suficientes pruebas para fundamentar las acusaciones de corrupción. Estas variaciones no sólo suponen un riesgo de incoherencia en los resultados, sino que, dada la posibilidad de que se aplique un estándar más estricto que en los litigios civiles, podrían hacer que establecer la corrupción en el arbitraje sea más difícil de lo que sería en otros foros de resolución de disputas.]

De esta manera, la discusión del estándar probatorio también se ve inmersa en la práctica arbitral inglesa. Además, como hemos indicado anteriormente, si bien podría elevarse el estándar probatorio, ello podría conllevar a una desnaturalización del proceso arbitral, que al fin y al cabo es un proceso de carácter civil, lo cual no sería idóneo para fines prácticos.

6.5 Conclusiones

En resumen, los ejemplos aportados de la normativa y de la práctica judicial y arbitral en los países mencionados demuestran que los tribunales arbitrales han llegado a pronunciarse sobre actos de corrupción bajo diferentes sistemas jurídicos. Es más, la legislación de estos países permite la viabilidad de esta hipótesis.

Al igual que lo demostrado en el capítulo anterior, ya no solo son autores los que avalan la posibilidad de que tribunales se pronuncien sobre hechos de corrupción, y que incluso pueda ser una herramienta para combatirla. Para este capítulo en particular, incluso se ha demostrado que países de sistemas jurídicos diferentes permiten la aplicación de esta teoría a la práctica.

De esta manera, se evidencia que Perú no sería –y no tendría por qué ser- una excepción a la regla. En otros países los tribunales tienen el sustento jurídico y jurisprudencial para pronunciarse sobre alegaciones de corrupción. Lo que buscamos en este trabajo es corroborar la factibilidad y normalidad de esta práctica, de tal forma que se lleve a cabo en nuestro país sin generar algún problema a los árbitros o a la práctica arbitral.



CONCLUSIONES (REFLEXIONES) FINALES.

El derecho es una ciencia que busca regular a las personas y salvaguardar valores. Sin embargo, muchas veces las normas son transgredidas o, peor aún, utilizadas (instrumentalizadas) para cometer actos ilícitos y perjudiciales para la sociedad. Por ello, a través del derecho –como sistema- y de la práctica arbitral, consideramos que puede combatirse o contrarrestarse la corrupción a través del pronunciamiento de tribunales arbitrales.

En líneas generales, muchos pueden pensar que los tribunales no pueden pronunciarse sobre hechos de corrupción, bajo la idea de que no es materia arbitrable y, por ende, que debe ser vista solo por jueces penales. Pero no es así...

La obligación principal de los árbitros es resolver la controversia para la cual fueron designados. Si para ello deben pronunciarse sobre posibles hechos o alegaciones de corrupción, pues deben hacerlo. Esto no significa que los árbitros tengan la facultad de declarar si alguien ha cometido un delito o, menos aún, de imponer una sanción penal, sino que, dentro de los alcances de su competencia, deberán pronunciarse sobre alegaciones de corrupción si ello resulta necesario para resolver un arbitraje.

Incluso cuando las partes no lo han alegado, los tribunales pueden pronunciarse de oficio sobre hechos de corrupción que sean esenciales para la resolución del caso arbitral. Esto significa que si el contrato respecto del cual ha nacido la controversia se encuentra viciado con hechos de corrupción en su origen, esto es esencial y determinante; en cambio, si encuentran esta afectación o causal de nulidad en un contrato secundario, que no incide de modo directo en la resolución de la controversia, no cabe que analicen los hechos de corrupción ni declaren la invalidez de ese otro contrato o negocio jurídico. En tales casos solo cabría que pongan estos hechos en conocimiento del Ministerio Público, para que actúe conforme a sus atribuciones.

Cuando los árbitros encuentran indicios de corrupción y deciden analizarlo de oficio, deben cuidar mucho el derecho de defensa de las partes, poniendo a conocimiento de ellas esta cuestión, a fin de que tengan oportunidad de decir y probar lo que consideren conveniente. También, los árbitros deben ser prudentes y no excederse en sus facultades si llegan a emitir un pronunciamiento de oficio; en concreto, no deben realizar

investigaciones –salvo solicitar exhibiciones y/o información a las partes- o recopilar pruebas fuera del arbitraje –salvo que se trate de algo tan notorio como una sentencia penal por corrupción que salga a luz de modo público-. La labor de investigación, propiamente, corresponde a fiscales o autoridades penales correspondientes.

Si bien pueden pronunciarse sobre hechos de corrupción, los árbitros no pueden desnaturalizar el arbitraje; no pueden asimilar un proceso arbitral con un proceso penal. Consideramos que no deben distorsionar el estándar probatorio conocido en la práctica arbitral nacional e internacional, o invertir la carga probatoria cuando haya alegaciones de corrupción por alguna de las partes. No obstante, los árbitros deben analizar cada caso en concreto, y dirigir el arbitraje con el fin de resolver correctamente cada determinado caso.

La confidencialidad es una de las características más importantes de los arbitrajes comerciales privados, pero no es absoluta. Y cuando el Estado es parte, el derecho a que no se conozca por terceros la existencia del arbitraje y sus actuaciones, desaparece; en estos casos los arbitrajes versan sobre relaciones jurídicas de interés público, por lo que la premisa de los arbitrajes comerciales privados no se da en estos casos. Ahora, si los laudos arbitrales se pronuncian sobre hechos de corrupción, con mayor razón esto debe ser publicitados.

La calidad de cosa juzgada de los laudos Arbitrales no vincula al juez en un proceso penal, pues ambas sedes son autónomas y lo que se resuelva (contenido y alcances) en una diferirá de lo que se analice y resuelva en la otra. No obstante, al ser un pronunciamiento emitido por expertos en una determinada materia, consideramos que los actuados arbitrales pueden servir como prueba en un proceso penal, y el laudo arbitral puede servir de importante referencia para el juez, generando por ende un impacto para efectos del proceso penal. Si en un laudo se ha determinado que una persona – natural o jurídica - ha actuado de forma ilícita, incurriendo en corrupción, puede ser de considerable utilidad para la acusación que pretenda interponer o que haya interpuesto una autoridad fiscal, y podrá dar mayor certeza sobre la comisión de un acto delictivo.

Toda vez que los árbitros se pronunciarán sobre una controversia de carácter contractual no cabe alegar que han resuelto una materia no arbitrable y que, por ende, el laudo arbitral sea nulo. Además, una falta de pronunciamiento por parte del tribunal ante hechos que existen en el expediente arbitral puede configurarse como una indebida

valoración probatoria o de motivación. Por último, la doctrina arbitral internacional ya ha reconocido que los árbitros pueden pronunciarse sobre actos de corrupción, lo cual incluso ha sido reconocido por cortes de otros países.

La innegable presencia de la corrupción distorsiona la forma en que el gobierno utiliza los recursos y socava la confianza del público en sus instituciones para brindar justicia a los ciudadanos. Al permitir que un tribunal arbitral pueda pronunciarse sobre elementos de corrupción directamente relacionados a la materia controvertida, no solo se dota a las autoridades estatales correspondientes de una herramienta que permite una mejor aplicación de justicia, sino que también promueve el uso de este método de resolución de controversias, lo convierte en un aliado en la lucha contra la corrupción para la República del Perú y, de paso, puede aportar o aligerar la carga procesal de los órganos jurisdiccionales.



REFERENCIAS

- Act 1992. Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (30 de noviembre de 1993). Singapore Statutes Online. <https://sso.agc.gov.sg/Act/CDTOSCCBA1992?ValidDate=20220401&Timeline=On>.
- Aramburu, M. (2011). Artículo 59. En C. A. Soto y A. Bullard (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (Tomo I)* (pp. 669-673). Instituto Peruano de Arbitraje.
- Arrarte Arisnabarreta, A. M. (2012). La actividad probatoria en el arbitraje y la colaboración judicial en la generación de prueba. *Advocatus*, (26), 203-219. <https://doi.org/10.26439/advocatus2012.n026.4122>.
- Arp, B., & Briscoe, A. (2019). Conference Report: Handling Allegations of Corruption in arbitration and judicial dispute settlement. *Arbitration Brief*, (6)1. 1-11. <https://digitalcommons.wcl.american.edu/ab/vol6/iss1/2/>.
- Avendaño Valdez, J. (2011a). Artículo 62. En C. A. Soto y A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (Tomo I)* (pp. 684-686). Instituto Peruano de Arbitraje.
- Avendaño Valdez, J. (2011b). Artículo 63. En C. A. Soto y A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (Tomo I)* (pp. 691-720). Instituto Peruano de Arbitraje.
- Baizeau, D., & Hayes, T. (2017). The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte. En A. Menaker (Ed.), *ICCA Congress Series No. 19 (Mauritius 2016): International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity, ICCA Congress Series (Vol. 19)* (pp. 225-265). Kluwer Law International & ICCA.
- Born, G. B. (2021). Chapter 13: Rights and Duties of International Arbitrators. En G. B. Born (Ed.) *International Commercial Arbitration* (3era. Edición). Kluwer Law International.

- Born, G. (2022). Chapter 6: Nonarbitrability and International Arbitration Agreements. En G. Born. *International Commercial Arbitration (Third Edition)*. Kluwer Law International.
- Bradshaw, R. (2020, setiembre). *When there's smoke but no fire: English court rejects defence based on "indicia" of corruption*. Thomson Reuters. Practical Law Arbitration Blog. <http://arbitrationblog.practicallaw.com/when-theres-smoke-but-no-fire-english-court-rejects-defence-based-on-indicia-of-corruption/>.
- Brun, J. F., & Poulin, G. (2020, junio). *International arbitration law and rules in France*. CMS. Law, Tax, Future. <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-to-international-arbitration/france>.
- Bullard González, A., & Chan Arellano, A. (2007). ¿Es Clark Kent Superman? La identidad secreta del agente comercial. *Ius et Veritas*, 17(35), 92-106. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12286>.
- Bullard, A. (2013). "No cometerás actos impuros": el orden público y el control judicial del laudo arbitral. *THEMIS Revista De Derecho*, (63), 185-200. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8998>.
- Caivano, R. J. (2013). Arbitrabilidad y Orden Público. *Foro Jurídico*, (12), 62-78. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801>.
- Caivano, R. J., & Ceballos Ríos, N. (2020). El Principio Kompetenz-Kompetenz, revisitado a la luz de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional Argentina. *THEMIS Revista De Derecho*, (46), 77, 15-34. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7882617.pdf>.
- Cámara de Comercio Internacional [CCI]. (2012). Final Award of the Arbitral Tribunal. Continental Automotive GmbH v. Acushnet Rubber Company [ICC Case No. 17297/JHN/GFG]. https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-continental-automotive-gmbh-v-acushnet-rubber-company-inc-d-b-a-precix-final-award-thursday-12th-january-2012#decision_8480.
- Campos Medina, A. (2006). La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos. *Revista Peruana de Arbitraje*, (3), pp. 307-328.

- Cantuarias Salaverry, F. (2011). Artículo 2. En C. A. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I) (pp. 7-20). Instituto Peruano de Arbitraje.
- Cantuarias Salaverry, F. (2011). Artículo 2. En C. A. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I), (pp. 9). Instituto Peruano de Arbitraje.
- Castillo Freyre, M., Sabroso Minaya, R., Chipana Catalan, J., & Castro Zapata, L. (2019). Materias susceptibles de arbitraje. *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 17(23), pp. 185-212. <https://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1676/1822>.
- Centro de Análisis y Resolución de Conflictos – PUCP. (s.f.). *Arbitraje en cifras*. Recuperado el 14 de enero de 2023, de <https://carc.pucp.edu.pe/servicios/arbitraje/arbitraje-en-cifras/>.
- Centro de Análisis y Resolución de Conflictos – PUCP. (2017). Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2019/04/22212943/carc-reg-1-01-rev-1-reglamento-de-arbitraje.pdf>.
- Centro de Análisis y Resolución de Conflictos – PUCP. (2021). *Cuadro Comparativo N° de arbitrajes Civil Comercial y Arbitrajes con el Estado*. <https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2021/01/14173858/cuadro-comparativo-n-de-arbitrajes-civil-comercial-y-arbitrajes-con-el-estado.pdf>.
- Centro de Análisis y Resolución de Conflictos – PUCP. (2022). Corpac S.A.C. vs. Municipalidad Provincial del Callao y Fondo Municipal de Inversiones del Callao S.A. [Expediente N.º 383-62-13]. <https://drive.google.com/drive/folders/1vd8aS2pzRROGQfgBjWwT5vlf8DUSmP4k>.
- Centro de Arbitraje. Cámara de Comercio de Lima (2017). *Reglamento y Estatuto de Arbitraje*. Cámara de Comercio de Lima.

<https://apps.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/reglamento/reglamento%20y%20estatuto%20de%20arbitraje.pdf>

Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (2021). Reglamento de Arbitraje de AmCham Perú. Cámara de Comercio Americana del Perú. <https://amcham.org.pe/wp-content/uploads/2021/05/Reglamento-2021.pdf>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones [CIADI]. (2005). Final award of the tribunal on jurisdiction and merits. Methanex Corporation and United States of America. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>.

CIADI. (2006). *Convenio CIADI, reglamento y reglas* (CIADI/15). <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>.

CIADI. (2006). Laudo del Tribunal. Inceysa Vallisoletana, S.L. c. República de El Salvador [Caso CIADI No. ARB/03/26]. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0425_0.pdf.

CIADI. (2013). Award of the Arbitral Tribunal. Metal-Tech LTD. v. The Republic of Uzbekistan [ICSID Case No. ARB/10/3]. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3012.pdf>.

CIADI. (2013). Award of the Arbitral Tribunal. Rompetrol Group N.V. vs Romania [ICSID Case No. ARB/06/3]. <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-the-rompetrol-group-n-v-v-romania-award-monday-6th-may-2013>.

Crivellaro, A. (2003). Chapter 7. Arbitration Case Law on Bribery: Issues of Arbitrability, Contract Validity, Merits and Evidence. En K. Karsten & A. Berkeley (Eds.), *Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law* (Vol. 1) (pp. 109-147). Kluwer Law International & International Chamber of Commerce.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [UNCITRAL]. (2008). Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985: con las enmiendas aprobadas en 2006. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf.

- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú de 1993*. Diario oficial El Peruano de 29 de diciembre de 1993. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682678>.
- Congreso de la República del Perú. (1995). Ley N.º 26572. Ley General de Arbitraje. Diario Oficial El Peruano del 3 de enero de 1996. https://www.leyes.congreso.gob.pe/DetLeyNume_1p.aspx?xNorma=6&xNumero=26572&xTipoNorma=0.
- Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, (1961, 21 de abril). <https://www.ohadac.com/legislations/43/convenio-europeo-sobre-arbitraje-comercial-internacional.html?lang=es>.
- Correa Fontanilla, J. (2006) [Revista española de control externo](#), ISSN 1575-1333, (pp. 135-161).
- Corte Permanente de Arbitraje [CPA]. (2013). Laudo. South American Silver Limited (Bermudas) y el Estado Plurinacional de Bolivia [CPA Caso N.º 2013-15]. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10364_0.pdf.
- CPA. (2014). Final award of the Permanent Court of Arbitration. Yukos Universal Limited (Isle of Man) and The Russian Federation [PCA Case No. AA 227]. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>.
- Corte Superior de Justicia de Lima. Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima. (2013). Resolución N.º 29, Expediente N.º 451-2009.
- Cremades, B.M. & Cairns, D. (2003). Trans-national Public Policy in International Arbitral Decisionmaking: The Cases of Bribery, Money Laundering and Fraud. En Kristine Karsten & Andrew Berkeley (Eds.), *Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law* (Vol. 1) (pp. 65-91). Kluwer Law International.
- Defensoría del Pueblo. (2017). *Reporte: la corrupción en el Perú. Radiografía de la corrupción en el Perú. Reporte de corrupción N.º 1, mayo 2017*. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Reporte-de-corrupcion-DP-2017-01.pdf>

- De la Torre, A. K. (2019, 5 de noviembre). Arbitrajes a favor de Odebrecht llevan a prisión preventiva a 14 abogados peruanos. *LexLatin*.
<https://lexlatin.com/reportajes/prision-preventiva-14-abogados-peruanos-arbitrajes-odebrecht>.
- Emerson, F. D. (1970). History of Arbitration Practice and Law. *Cleveland State Law Review*, (19)1, 155-164.
<https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol19/iss1/19>
- Espinoza Espinoza J. (2009). Comentario al artículo V. En J. Espinoza Espinoza *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas* (Tomo I), pp. 147-164. Gaceta Jurídica.
- Espinoza Quiñones, S., & Chunga Flores, C. (2015). La Arbitrabilidad de la Corrupción: ¿Es Posible Aplicar «Clean Hands Doctrine» en el Arbitraje en Contratación Pública?. *Derecho & Sociedad*, (44), 285-291.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14412>.
- Ezcurra Rivero, H. (2015). Corrupción y Arbitraje: A propósito de las Reglas IBA sobre conflictos de intereses. *Ius et Veritas*, 24(50), 234-239.
- Feldman, F., Hualde Sanchez, J. J., Muniz Espada, E., & Roy, E. (2015). Traduction du code civil français. En español. Versión bilingüe. <https://shs.hal.science/halshs-01402630v1>.
- Fernández-Armesto, J. (2018). *La lucha contra la corrupción desde el arbitraje. VII Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje*. CEU Ediciones.
- Gaillard, E. (2017). La corruption saisie par les arbitres du commerce international. *Revue de l'Arbitrage*, (3), 805-838.
- Goldenberg, S. (2021, 5 de enero). Perú, el país ingobernable. *New York Times*.
<https://www.nytimes.com/es/2021/01/05/espanol/opinion/peru-elecciones.html>.
- Guaia, C. I. (2015). Medidas probatorias de oficio en el Arbitraje Comercial Internacional. *Arbitraje PUCP*, (5), 142-148.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/16705>.
- Guzmán-Barrón Sobrevilla, C., & Zúñiga Maravi, R. (2015). Arbitraje Institucional en la Contratación Pública. *Derecho & Sociedad*, (44), 237-243.

- Horvath, G. J. & Khan, K. (2017). Addressing Corruption in Commercial Arbitration: How Do Arbitral Tribunals Evaluate and Adjudicate Contractual Relationships Tainted by Corruption?. *German Arbitration Journal*, 15(3), 127-135.
- Hwang, M., & Lim, K. (2012). Corruption in Arbitration-Law and Reality. http://www.arbitration-icca.org/media/4/97929640279647/media013261720320840corruption_in_arbitration_paper_draft_248.pdf.
- Jiménez Vargas-Machuca, R. (2011). Comentario al artículo 38. En C. A. Soto Coaguila, & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la ley peruana de arbitraje* (Tomo I), pp. 422-446. Instituto Peruano de Arbitraje.
- Kundmuller Caminiti, F. (2011). Comentario al artículo 34. En C. A. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I), (pp. 391-396). Instituto Peruano de Arbitraje.
- Llamzon, A. (2015). Chapter 2: On Corruption's Peremptory Treatment in International Arbitration. En D. Baizeau & R. Kreindler (Eds.), *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law* (Vol. 13) (pp. 32-50). Kluwer Law International & International Chamber of Commerce.
- Mourre, A. (2009). Chapter 11: Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability and Duties of the Arbitral Tribunal. En L. A. Mistelis & S. Brekoulakis (Eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (Vol. 19) (pp. 207-240). Kluwer Law International.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2017). *Exposición de Motivos. Ley de Contrataciones del Estado*. https://www.mef.gob.pe/contenidos/abastecimiento/exposicion_motivos_RM14_1_2021EF54.pdf
- Mujic, E. (2013). *Corruption in International Commercial Arbitration: The Right of the Arbitrator to Conduct Self-initiated Investigation of Corruption* [Master's Thesis in International Process Law, Uppsala Universitet]. Repositorio Institucional de la Universidad de Uppsala. <http://www.diva-portal.se/smash/get/diva2:658396/FULLTEXT01.pdf>.

- Nueber, M. (2015). The Arbitration Agreement and Arbitrability, Corruption in International Commercial Arbitration – Selected Issues. En Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (Eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2015*, *Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2015* (pp. 3-13). Manz'sche Verlags - und Universitätsbuchhandlung.
- Lew, J. D. M. (2013). Chapter 21: Confidentiality in Arbitrations in England. En J. D.M. Lew, H. Bor, G. Fullelove, & J. Greenaway (Eds.). *Arbitration in England with chapters on Scotland and Ireland* (pp. 441 – 454). Kluwer Law International.
- Lew, J. D. M., Mistelis, L. A., & Kröll, S. (2003). Chapter 12: Rights and Duties of Arbitrators and Parties. En J. D. M. Lew, L. A. Mistelis, & S. Kröll (Eds.), *Comparative International Commercial Arbitration*. (pp. 275- 299). Kluwer Law International.
- Lohmann Luca de Tena, G. (2011). Comentario al artículo 51. En C. A. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I), (pp. 581-587). Instituto Peruano de Arbitraje.
- López Montreuil, U., & Masnjak Marín, D. (2020, 24 de febrero). *Manos limpias y arbitraje de inversión: A propósito del Caso Odebrecht*. CIAR Global. <https://ciarglobal.com/manos-limpias-y-arbitraje-de-inversion-a-proposito-del-caso-odebrecht/>.
- Martin, A.T. (2004). International arbitration and corruption: an evolving standard. *Transnational Dispute Management*, 1(2), 1-55.
- Megens, P. (2012). Singapore Arbitration and the Courts: Quo Vadis?. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 78(1), 26-36. <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Arbitration:+The+International+Journal+of+Arbitration,+Mediation+and+Dispute+Management/78.1/AMDM2012005>.
- Meza-Salas, M. (2018). *Confidentiality in International Commercial Arbitration: Truth or Fiction?* Kluwer Arbitration Blog. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/23/confidentiality-in-international-commercial-arbitration-truth-or-fiction/>

[fiction/#:~:text=Confidentiality%20in%20ICA%20is%20not,no%20provision%20in%20this%20regard.](#)

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. (2022). *Informe de análisis de laudos arbitrales* – 2021. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3148809/001-2022-OSCE-SPAR.pdf.pdf>

Paparella, C., Ben-Asher, J., & Askew, J. (2022). Jurisdiction Chapter: U.S.A.. En J. Tirado (Ed.). *International Arbitration Laws and Regulations 2022. Global Legal Insights*. <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/international-arbitration-laws-and-regulations/usa>.

Parlamento de Singapur. (2021, 1 de abril). Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act 1992. The Law Revision 27 Commission. <https://sso.agc.gov.sg/Act/CDTOSCCBA1992?ValidDate=20220401&Timeline=On>.

Pitkowitz, N. (2020). The Arbitrator's Duty to Challenge Corruption. En N. Kaplan, M. Pryles et al. (Eds.), *International Arbitration: When East Meets West – Liber Amicorum Michael Moser* (pp. 205-220). Kluwer Law International.

Pérez-Prieto De las Casas, R. (2016). *El tratamiento de la cuestión prejudicial entre el arbitraje y el proceso judicial: ¿el arbitraje debe suspenderse o continuar?* [Tesis para optar el título de Magíster en Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6907>.

Permesly, J. L., Guevara, D. & Prados Puchades, P. (2017). La Carga de la Prueba y la Admisibilidad en Arbitraje Internacional: Asuntos que merecen una temprana Audiencia. *Spain Arbitration Review*, 2017(30), 182-205.

Presidencia de la República del Perú. (1984). Decreto Legislativo 295 de 1984. Decreto legislativo que promulga el Código Civil. Diario Oficial El Peruano del 25 de julio de 1984. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682684>.

Presidencia de la República del Perú. (2004). Decreto Legislativo 957 de 2004. Decreto legislativo que promulga el Código Procesal Penal. Diario Oficial El Peruano del

29 de julio de 2004. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H871232>.

Presidencia de la República del Perú. (2008). Decreto Legislativo 1071 de 2008. Decreto Legislativo N.º 1071, que norma el Arbitraje, vigente desde el 1 de septiembre de 2008. Diario Oficial El Peruano del 28 de junio de 2008. <https://www.gob.pe/institucion/osce/normas-legales/308659-1071>.

Presidencia de la República del Perú. (2019). Decreto Supremo 082 de 2019. Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Diario Oficial El Peruano del 13 de marzo de 2019. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1230801>.

Popova, I. C. & Wang Lachowicz, L. (2022). Chapter 5: Standard of Proof in International Commercial Arbitration. En F. Ferrari & F. J. Rosenfeld (Eds.), *Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: Key Concepts and Issues* (pp. 87-110). Kluwer Law International.

Portocarrero Lanatta, R. (2003). La impugnación del laudo contrario al orden público en la ley general de arbitraje. *THEMIS Revista De Derecho*, (46), 365-383.

Quiroga Anticona, D. (2017). Sobre cómo enfrentar el tema corrupción desde el arbitraje y los mecanismos existentes. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 9, 87-107.

Raouf, M. A. (2010). How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issues?. En M. A. Fernández-Ballesteros & D. Arias Lozano (Eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (pp. 1-16). Wolters Kluwer España & La Ley.

Real Academia Española. (s.f.). Corrupción. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 11 de setiembre de 2022, de <https://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n?m=form>.

Real Academia Española. (s.f.). Divulgar. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 13 de enero de 2023, de <https://dle.rae.es/divulgar>

Resolución 58/4 de la Asamblea General, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, (2003, 31 de octubre). <https://www.unodc.org/unodc/es/treaties/CAC/index.html?ref=menuside>.

- Resolución 61/33 de la Asamblea General, Artículos revisados de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional y recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, (2006, 4 de diciembre). https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration.
- Rey de España. (2000). Ley 1/2000, de 7 de enero. Ley de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado del 08 de enero de 2000, núm. 7 [BOE-A-2000-323]. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>.
- Roca Martínez, J. M. (1992). *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. Bosch.
- Rubio Guerrero, R. (2011). Comentario al artículo 41. En C. A. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I), pp. 470-492. Instituto Peruano de Arbitraje.
- Sadowsky, J. M. (2005). The Transparency Myth: A Conceptual Approach to Corruption and the Impact of Mandatory Disclosure Laws. *Connecticut Public Interest Law Journal*, (4)1, 281-319.
- Santiestevan de Noriega, J. (2009). Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (D.L. N° 1071). *Revista Peruana de Arbitraje* (7), 85-118.
- Sayed, A. (2004). *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.
- Schimmel, D., Hioureas, C., Younger, S., Treves, E. P., Renzler, N., Ekmanian, H., & Figueroa, K. J. (2022, julio). *Arbitration Procedures and Practice in the United States: Overview*. Thomson Reuters. Practical Law. UK Home. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-502-1714?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-502-1714?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).
- Singapore International Arbitration Centre (1 de julio de 2010). *Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, 4th Edition*. <https://siac.org.sg/siac-rules-2010>.

- Soto Coaguila, C. A. (2011). Tercera.- Cláusula compromisoria y compromiso arbitral. En C. A. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo II), pp. 65-72. Instituto Peruano de Arbitraje.
- Tineo Ramos, R. (2021, 11 de octubre). Retos y tendencias del arbitraje en el Perú. *La Cámara. Revista digital de la Cámara de Comercio de Lima*. <https://lacamara.pe/retos-y-tendencias-del-arbitraje-en-el-peru/>.
- Tribunal Constitucional. (2004). Sentencia 3283-2003-AA/TC. Junín, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03283-2003-AA.html>.
- Tribunal Constitucional. (2004). Sentencia 0090-2004-AA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>.
- Tribunal Constitucional. (2005). Sentencia 4587-2004-AA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04587-2004-AA.pdf>.
- Tribunal Constitucional. (2006). Sentencia 6167-2005-PHC/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional.
- Tribunal Constitucional. (2013). Sentencia 01064-2013-PA/TC. Lima, Sesión de Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/01064-2013-AA.html>.
- Tribunal de apelación inglés (2007, 17 de octubre). [2007] UKHL 40. Premium Nafta Products Limited and others v. Fili Shipping Company Limited and others. <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2007/40.html>.
- Waincymer, J. M. (2012). *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Kluwer Law International.
- WilmerHale W.I.R.E. UK. (2019, julio). *Anti-Corruption in International Arbitration: A Toolkit for Arbitrators*. <https://www.wilmerhale.com/en/insights/blogs/wilmerhale-w-i-r-e-uk/20190701-anti-corruption-in-international-arbitration-a-toolkit-for-arbitrators>.
- Wyse Jackson, E. (2020, setiembre). *Finality v anti-bribery: Public policy and the enforcement of arbitral awards in England*. Fieldfisher. <https://www.fieldfisher.com/en/insights/finality-v-anti-bribery-public-policy-and-the-enfo>.

Ziadé, N. (2015). Chapter 7: Addressing Allegations and Findings of Corruption. En D. Baizeau & R. Kreindler (Eds.), *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law* (Vol. 13) (pp. 114 – 133). Kluwer Law International & International Chamber of Commerce.

Zwolankiewicz, A. (2021). The Principle of Clean Hands in International Investment Arbitration. What is the Extent of Investment Protection in Investor-State Disputes?. *The Journal of the Institute for Transnational Arbitration*, 3(1), 4-31. <https://itainreview.org/articles/2021/vol3/issue1/the-principle-of-clean-hands-in-international-investment-arbitration.html>.



NECESIDAD DE PRONUNCIAMIENTO DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES FRENTE A INDICIOS DE CORRUPCIÓN EN LOS ARBITRAJES CON EL ESTADO

INFORME DE ORIGINALIDAD

13%

INDICE DE SIMILITUD

12%

FUENTES DE INTERNET

4%

PUBLICACIONES

7%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	www.ipa.pe Fuente de Internet	1%
2	Submitted to Pontificia Universidad Católica del Perú Trabajo del estudiante	1%
3	hdl.handle.net Fuente de Internet	1%
4	Djurджа Lazic, Charbel Moarbes. "Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan (ICSID)", International Legal Materials, 2017 Publicación	1%
5	elibrary.law.psu.edu Fuente de Internet	<1%
6	www.yumpu.com Fuente de Internet	<1%
7	ezproxybib.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1%

8	academic.oup.com Fuente de Internet	<1 %
9	castillofreyre.com Fuente de Internet	<1 %
10	documents.mx Fuente de Internet	<1 %
11	revistas.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
12	eprints.ucm.es Fuente de Internet	<1 %
13	Submitted to Queen Mary and Westfield College Trabajo del estudiante	<1 %
14	www.uncitral.org Fuente de Internet	<1 %
15	pt.scribd.com Fuente de Internet	<1 %
16	repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080 Fuente de Internet	<1 %
17	revistas.ulima.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
18	www.arbitrajealumni.org Fuente de Internet	<1 %
19	www.arbitration-icca.org	

Fuente de Internet

<1 %

20

forseti.pe

Fuente de Internet

<1 %

21

dspace.unitru.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

22

livrosdeamor.com.br

Fuente de Internet

<1 %

23

www.munizlaw.com

Fuente de Internet

<1 %

24

adhoc.pe

Fuente de Internet

<1 %

25

mhwang.com

Fuente de Internet

<1 %

26

doku.pub

Fuente de Internet

<1 %

27

Submitted to University of Bucharest

Trabajo del estudiante

<1 %

28

es.scribd.com

Fuente de Internet

<1 %

29

repositorio.unsa.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

30

qdoc.tips

Fuente de Internet

<1 %

31	Submitted to 53250 Trabajo del estudiante	<1 %
32	Submitted to Universidad Privada del Norte Trabajo del estudiante	<1 %
33	repositorio.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
34	textos.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
35	repositorio.upagu.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
36	Submitted to University of Birmingham Trabajo del estudiante	<1 %
37	Submitted to University of Kent at Canterbury Trabajo del estudiante	<1 %
38	doczz.es Fuente de Internet	<1 %
39	www.iccmex.mx Fuente de Internet	<1 %
40	ebin.pub Fuente de Internet	<1 %
41	tesis.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
42	upc.aws.openrepository.com Fuente de Internet	<1 %

43	www.repositorioacademico.usmp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
44	Submitted to American University in Cairo Trabajo del estudiante	<1 %
45	tede2.pucsp.br Fuente de Internet	<1 %
46	rpde.tytl.com.pe Fuente de Internet	<1 %
47	Submitted to Lebanese University Trabajo del estudiante	<1 %
48	www.enfoquederecho.com Fuente de Internet	<1 %
49	Submitted to Universidad Catolica San Antonio de Murcia Trabajo del estudiante	<1 %
50	gacetalaboral.com Fuente de Internet	<1 %
51	Submitted to Universidad de Monterrey Trabajo del estudiante	<1 %
52	www.limaarbitration.net Fuente de Internet	<1 %
53	legal.legis.com.co Fuente de Internet	<1 %
54	Submitted to International Hellenic University Trabajo del estudiante	<1 %

<1 %

55

pdfs.semanticscholar.org

Fuente de Internet

<1 %

56

peruarbitraje.org

Fuente de Internet

<1 %

57

legis.pe

Fuente de Internet

<1 %

58

"Recognition and Enforcement of Foreign
Arbitral Awards", Springer Science and
Business Media LLC, 2017

Publicación

<1 %

59

works.bepress.com

Fuente de Internet

<1 %

60

institutoecuatorianodearbitraje.blogspot.com

Fuente de Internet

<1 %

61

pirhua.udep.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

62

tesis.pucp.edu.pe:8080

Fuente de Internet

<1 %

63

vsip.info

Fuente de Internet

<1 %

64

blog.pucp.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

65

"Contrataciones con el Estado: perspectivas desde la práctica del derecho ", Universidad del Pacifico, 2021

Publicación

<1 %

66

Patrick Dumberry. "The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law", The Journal of World Investment & Trade, 2020

Publicación

<1 %

67

Submitted to Universidad Continental

Trabajo del estudiante

<1 %

68

Submitted to Pontificia Universidad Catolica Madre y Maestra PUCMM

Trabajo del estudiante

<1 %

69

Andrés Armando Cervantes Valarezo. "La doctrina de las "manos limpias" en el arbitraje de inversión y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Una visita al derecho internacional.", Iuris Dictio, 2018

Publicación

<1 %

70

dugi-doc.udg.edu

Fuente de Internet

<1 %

71

"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 29 (2013)", Brill, 2016

Publicación

<1 %

72

Fuente de Internet

<1 %

73

idoc.pub

Fuente de Internet

<1 %

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 20 words

Excluir bibliografía

Activo