

Hay que ser claros, en el Perú el tratamiento de la corrupción dentro de procesos arbitrales no se encuentra desarrollado, no hay pronunciamientos arbitrales conocidos que hayan abordado este complicado tema, se ha analizado poco el asunto desde la doctrina y experiencia arbitral local en arbitrajes privados, menos en arbitrajes de contrataciones con el Estado, y en nuestra experiencia particular en procesos en donde fue planteado, vislumbramos dudas, temores y hasta prejuicios que se arrastran de la formación judicial por parte de árbitros al afrontar estos temas.

Sin embargo en la experiencia extranjera, el tratamiento de la corrupción en materia arbitral tiene precedentes desde hace varias décadas, produciendo bastante doctrina y todo un tratamiento al respecto, contribuyendo de esta manera en fortalecer y capacitar más al árbitro con herramientas que le permitan no esquivar, sino incorporar el tema y además pronunciarse sobre el mismo³, lo que tendrá un efecto determinante en salvaguardar la institución arbitral. Esperamos que esta contribución no sólo presente el tema, sino que además sirva para que sus mecanismos sean aplicados en aquellas controversias en arbitrajes que afronten planteamientos formales de incumplimientos contractuales que en el fondo contengan exigencias viciadas de prebendas, sobornos y otras modalidades ilícitas.

2. El Efecto de la Corrupción y el Arbitraje.

La corrupción adopta muchas formas y suele mezclarse en actos que han sido en apariencia efectuados válidamente. Siendo esto así se puede manifestar en simples entregas de dinero sobornos, prebendas, fraudes, lavado de dinero y otros más, lo que tiene como consecuencia dificultar el poder detectar el momento del vicio. Adicionalmente debe manifestarse que la definición legal de corrupción en el mundo varía y es por ello que la forma en que será combatida la corrupción dependerá de la ley aplicable y la sede arbitral. El arbitraje como jurisdicción plenamente reconocida tiene sus propios niveles normativos que son a los que acudimos para solucionar una controversia, así tenemos de manera muy genérica primero el convenio arbitral, las reglas de conducción del proceso, la ley aplicable y finalmente las prácticas internacionales. Dado que usualmente no existen disposiciones directas referidas a cómo afrontar un caso teñido de corrupción, es que un árbitro atento y experimentado deberá hacer uso de aquella(s) fuente(s) que le permita dentro del proceso que ventila poder reconocer, analizar y evaluar los elementos de corrupción en relación con la resolución de controversia planteada, que es justamente el encargo dado que le respalda la institución arbitral. En el campo de las contrataciones del Estado, la corrupción ha estado presente muchas

²Decreto Supremo No. 046-2013-PCM, artículo 2.10 Acompañamiento Técnico a Procesos de Contrataciones Públicas y 2.11 Mejora de Capacidades de los Operadores de Contrataciones del Estado. Publicado el 23 de abril de 2013 en el diario oficial El Peruano.

³Aunque en la actualidad, es de observar que se vienen desarrollando foros internacionales en donde el tema principal es nuevamente la corrupción en los arbitrajes internacionales, reflejando la preocupación de la comunidad internacional en retomar estos temas. El renombrado Institute of Transnational Arbitration (ITA) desarrolló la importante conferencia ITA-ASIL sobre Corrupción en Arbitraje Internacional: Evidencia y Remedios el pasado abril de 2015 en Washington DC.

veces, como ejemplo bastará el caso típico de aquella empresa privada que resulta ser la ganadora de la Buena Pro de un proceso de selección, habiéndose valido de actos de corrupción coludida con funcionarios públicos en la elaboración premeditada de los términos de referencia. Asimismo, la empresa que sin mayor experiencia conforma un consorcio pero bajo control del funcionario público para que le sirva de canal formal en recibir dinero mal habido, la celebración de transacciones extra-judiciales con reconocimiento de daños y perjuicios al contratista con cláusulas arbitrales, entre otros. De ser detectados tales elementos por el árbitro ¿debe mantenerse al margen de los mismos el árbitro o tribunal?

En ese sentido qué posibilidades y bajo qué marco puede un árbitro actuar sobre todo cuando detecta que el caso que se encuentra ventilando contiene matices que develan vicios de corrupción subyacentes. El ámbito de acción del árbitro es un tema ampliamente estudiado, y resulta esencial la comprensión de este aspecto porque servirá de base para que en el análisis prospectivo que lleve a cabo el árbitro del caso que conduzca, no soslaye elementos de corrupción. Si bien es cierto el campo de actuación arbitral está determinado por el acuerdo entre las partes (convenio arbitral), también es cierto que está determinado por las leyes que regulan la materia arbitral, como bien indica BORN⁴, la base de la función arbitral no puede ser alterada por el convenio arbitral, cuando

existe un evidente perjuicio a una de las partes, es por ello que en esta función se deben observar las normas imperativas. Esta interacción de campos que determinan la capacidad decisoria arbitral resulta vital para poder pronunciarse en relación a elementos de corrupción y así mantener a salvo la jurisdicción arbitral de esos vicios.

2.1 Acuerdos Internacionales Contra la Corrupción. ¿Son relevantes?

En todo proceso de análisis es importante conocer el entorno. Resulta pertinente dar una breve mirada al mundo y su posición frente a la corrupción. Desde hace varias décadas tanto diversos Estados, como organizaciones interestatales importantes han decidido no sólo efectuar declaraciones, sino además que las mismas sean instrumentos que estén a disposición de especialistas en aquellos casos que puedan estar viciados de corrupción. Esta postura denota una gran preocupación de la comunidad internacional en reducir, en lo posible, que la corrupción siga siendo soslayada y mucho menos que mine por dentro importantes mecanismos como el arbitraje.

Un primer pronunciamiento que abordó el asunto fue el American Foreign Corrupt Practices Act, la cual es una ley federal americana que desde 1977 prohíbe prácticas de corrupción en el extranjero por inversionistas americanos. A la fecha esta

⁴ BORN, Gary. "International Commercial Arbitration". 1ra. Edición. Kluwer, 2009, pág. 1604.

norma importante ha sido enmendada y cuenta desde el 2012 con una guía práctica para su aplicación. Es quizá el documento que motivó la generación de otros que fueron elaborados como convenios. Entre otros instrumentos destacables tenemos The Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Transactions⁵, The UN Convention Against Corruption⁶ y The UK Bribery Act⁷.

Además de estos documentos importantes de carácter general, es pertinente mencionar en lo relativo al mundo arbitral que una de las Instituciones más prestigiosas en materia de arbitraje como es la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París, el año 2011 expidió The ICC Anti-Corruption Clause⁸. KILCHES comenta al respecto que los diferentes puntos de vista de los tribunales arbitrales relativos al tema motivaron que la CCI expidiera la cláusula modelo anti corrupción, mediante la cual las partes acordarán expresamente que el tribunal estaría encargado en caso de problemas de corrupción⁹. Este es un avance, pero no la solución al tratamiento del problema.

Es por ello, consideramos que sí han sido y son relevantes todos estos instrumentos, primero porque están sirviendo de modelo para muchos Estados en reorientar sus sistemas jurídicos a fin de tomar una actitud firme contra la corrupción, segundo porque algunos de ellos en su aplicación son de orden

internacional y tercero porque sirven para que el arbitraje adopte prácticas eficientes que permitan abordar profesionalmente estos asuntos. Si bien es cierto estamos hablando de la experiencia internacional en el manejo del tema, consideramos que es perfectamente válida la adopción de estas prácticas en el arbitraje local de contrataciones públicas, más aún cuando la idea es evitar que la corrupción tan extendida encuentre un nicho de tolerancia en el arbitraje.

2.2 Experiencia Internacional – Algunos Casos Emblemáticos.

Consideramos ilustrativo referirnos a algunos casos emblemáticos que se ocuparon de este asunto desde hace varias décadas para saber cómo ha sido la evolución y el tratamiento del mismo en la esfera arbitral.

La primera referencia que se tiene es el emblemático caso arbitral llamado Lagergren case¹⁰, el primer caso arbitral que trató el asunto de la corrupción. El caso en sí estaba relacionado a un contrato mediante el cual una empresa británica le había encargado a un intermediario argentino, comisiones para obtener contratos de obras públicas en Argentina. El caso resultó ser particular porque el árbitro único, el profesor Gunnar LAGERGREN determinó que hubo actos de corrupción comprometidos con ese negocio. Esto motivó a que diera su célebre pronunciamiento mediante el cual denegó

⁵Conocida como la OECD Anti Bribery Convention. Es una Convención que nació a iniciativa de la Organisation for Economic Co-operation and Development (en español OCDE) desde 1997 ha servido de instrumento internacional para adecuar las normas internas.

⁶Es un Convenio multilateral en vigencia desde el 2003 y dispone medidas para evitar la corrupción doméstica e internacional, el Perú es parte de este instrumento.

⁷En el año 2010 el parlamento inglés expidió esta norma que entre otras disposiciones sanciona actos de corrupción en un amplio sentido.

⁸Es un documento bastante interesante puesto que aborda el problema de manera frontal, cuenta con un glosario de prácticas prohibidas en su artículo 1 de la parte I, además de referirse a las políticas corporativas como medidas anti corrupción en su artículo 3 de la parte II.

jurisdicción a las partes. En uno de los extremos de su pronunciamiento señalaría lo siguiente, “in the presence of a contract in dispute of the nature set out hereafter, condemned by public policy, decency and morality, I cannot in the interest of the administration of justice avoid examining the question of jurisdiction on my own motion”¹¹. El caso sigue siendo emblemático, si bien es cierto abordó el tema corrupción fue criticado por la forma de resolver al declararla no jurisdicción y no aplicar la doctrina de separabilidad del convenio arbitral para conservar su competencia, dejó abierto el camino para posteriores pronunciamientos por parte de tribunales arbitrales para afrontar el tema de fondo. Un caso posterior es el que sucedió entre una compañía británica, la reclamante, y una compañía francesa¹². La operación consistía en que la empresa británica brindaría servicios para proveer información y facilitar ganancias en la obtención de negocios con un gobierno africano. La operación en los documentos se presentaba como bastante seria, pero lo interesante está en que ciertas declaraciones de las partes y los testigos en el desarrollo del proceso, junto con otras evidencias, produjeron en el tribunal indicadores de que la operación en papeles distaba de lo que en realidad intentaban las partes¹³. Finalmente el tribunal resolvió indicando que bajo la ley francesa el soborno es un ilícito e inmoral. Este caso tal como lo expone MARTIN se distanció del caso antes citado, puesto que

el tribunal se declaró competente para arbitrar, declarando el consulting agreement nulo e inválido, vale decir, afrontó de una manera particular los méritos del caso. Un ejemplo más, una empresa demandante con sede en Liechtenstein y una empresa de construcción alemana¹⁴, ambas partes habían suscrito varios acuerdos básicos por un período de diez años en donde la demandante proveería de servicios en la búsqueda de contratos de construcción a la demandada en diversos países. La disputa tenía que ver con el pago de mayores porcentajes por una serie de acuerdos adicionales que tenían, sin embargo al tribunal le llamó la atención uno de los acuerdos que disponía pagos, pero sin describir claramente los servicios a efectuar. Al ser este acuerdo algo inusual, el tribunal propuso que un experto independiente se encargue de revisar tales documentos y cuentas. Luego de una serie de objeciones, y luego de un largo análisis el tribunal determinó que el objeto real de ese acuerdo era el pago de sobornos. Este caso es muy ilustrativo puesto que demuestra como la evidencia documental, el discovery y las inferencias pueden determinar la suerte de las alegaciones de corrupción¹⁵. Además en este caso el Tribunal desplazó la carga de la prueba (shifting the burden of proof) usualmente a cargo de quien alega los hechos y asumió la investigación.

Existen muchos casos arbitrales más que han ido trazando mejor el manejo del tema, estableciendo prácticas modernas efectivas

⁹KILCHES, Ralph. Die Behandlung des Einwandes von Korruption in Schiedsverfahren und bei der Anfechtung von Schiedssprüchen. En SchiedsVZ cuaderno 3, mayo – junio, Revista del Instituto Alemán de Arbitraje (DIS). 2016. Pág. 153

¹⁰ICC Case No. 1110 de 1963.

¹¹MUJIC, Emina. “Corruption in International Commercial Arbitration: The Right of the Arbitrator to Conduct Self-initiated Investigation of Corruption”. Tesis de Maestría en Derecho Procesal Internacional, Arbitraje Comercial Internacional. Universidad de Uppsala. 2013, pág. 16.

¹²ICC Case No. 3913 de 1981.

relativas al tratamiento de controversias con evidentes elementos de corrupción camuflados. Son justamente estos casos los que nos servirán para poder tomar uno u otro mecanismo de evaluación a determinados elementos que no sean claros y que puedan tener incidencia con los resultados del proceso.

3. El Accionar Sua Sponte del Tribunal.

El asunto central se encuentra ahora en cuál es la medida o acción que debe tomar un tribunal o un árbitro único en caso se halle frente a este tipo de procesos con serios visos de corrupción. La clave está contenida en el derecho/obligación Sua Sponte que tiene el tribunal para, en forma voluntaria, ingresar a hacer revisión de determinados aspectos que resulten dudosos en su obtención o finalidad. En si más que una medida es una actitud clara y proactiva que debe tener el tribunal, no tolerando elementos poco claros (corrupción alguna) en el proceso que está a su cargo.

FRIEDLAND, señala de manera bastante interesante que hay dos categorías de casos en los que los árbitros están justificados para hacer uso de su poder y Sua Sponte obtener evidencia. Un tipo de casos serían aquellos que implican asuntos de orden público, cuando consideran los árbitros han sido explorados inadecuadamente o no lo han sido, un ejemplo sería aquellos casos llamativos relativos a contratos que pueden haber sido

obtenidos por corrupción, en este caso el uso del poder Sua Sponte no es controvertido; el otro tipo de casos, más interesante señala, son aquellos más complicados y menos llamativos en donde el asunto de si los árbitros deben ejercer su poder Sua Sponte para solicitar evidencia, en su opinión debe depender de la extensión a la cual el árbitro está obligado en la ordinaria operación de la carga de la prueba. No obstante es claro en indicar que él considera que los árbitros sí tienen el poder ex officio para llamar a la producción de la prueba y en ambas categorías de casos ¹⁶. Nuestra ley de arbitraje si concede esta herramienta a los árbitros, lo que veremos más adelante.

Esta herramienta es clave para que la actuación arbitral no quede inerte o pasiva ante hechos que se presenten de una forma tal que no se condiga con la realidad de la operación. Las modalidades de corrupción son bastas como hemos visto, por ello el hallazgo de la evidencia requerida será determinante para develar y resolver en forma correcta actos teñidos de corrupción.

La doctrina hoy en día concuerda en el uso del poder de los árbitros para Sua Sponte solicitar evidencia, sin embargo la crítica a esta práctica es referida a sus límites, ¿cuál es el límite de un accionar Sua Sponte?

Al respecto sostenemos que la motivación de buscar una evidencia está basada en una duda razonable, como sucediera en el famoso ICC

¹³MARTIN, Timothy. "International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard". En International Oil, Gas & Energy Dispute Management. Alberta, Canada. Mineral Law Series. Volume 2002. Pág. 14.

¹⁴ICC Case No. 6497 de 1994.

¹⁵ULUC, Inan. "Corruption in International Arbitration". Tesis para la obtención del grado Doctor en Ciencias del Derecho (SJD). Universidad Estatal de Pensilvania. 2016. Pág. 216.

¹⁶FRIEDLAND, Paul. En "Fact-Finding by International Arbitrators – The Issue of Sua Sponte Calls for Evidence". ASA Conference organizado por la Swiss Arbitration Association. February 2015. Pág. 1.

¹⁷ICC Case No. 6497 de 1994. "With respect to product agreement Q, however, the arbitral tribunal found that there was a high enough degree of probability that the real object of product agreement Q was to channel bribes to officials in country x for this to be considered a case of bribery". En Collection of ICC Arbitral Awards 1996 – 2000. Jean-Jaques Arnaldez, Yves Derains, Dominique Hascher. Kluwer Law. Pág. 233.

Case No. 6497¹⁷, pues en este caso el tribunal halló que una de las adendas estaba referida a un pago exorbitante (no usual en esas prácticas comerciales) y no estaba plenamente justificado o identificado el motivo del mismo. Esto fue determinante para que el Tribunal ejerciera su poder *Sua Sponte* y entrara a solicitar más evidencias, comprobándose después que tal adenda del contrato era una que encubría pagos de sobornos.

Sin embargo consideramos que está duda razonable de buscar mayores evidencias *Sua Sponte* en casos determinados, deba ser ejercida atendiendo i) el riesgo de emitir un laudo *ultra petita*; ii) considerando los usos que conlleva en todo momento el debido proceso y iii) no estableciendo sanciones. Estos de alguna manera podrían ser los límites que tendría que acatar todo árbitro frente a esta situación particular, lo contrario sería convalidar los actos que ocultan la corrupción.

En consecuencia el accionar *Sua Sponte* de un Tribunal es completamente permitido, a partir de ello sostenemos que no sólo puede sino que debe ingresar a la búsqueda de la evidencia requerida, en ese sentido como señala MUJIC “la restricción del árbitro para decidir en materias no presentadas por las partes, queda en contraste con la obligación de emitir un laudo ejecutable. (...) un árbitro, quien conlleva un rol jurisdiccional, no puede ignorar ilegalidades en orden de cumplir enteramente su rol, como árbitro de las

partes”¹⁸. Teniendo claro lo que le está permitido al tribunal, la pregunta sería y cómo se lleva a cabo en la realidad este accionar particular del tribunal, a continuación algunas referencias.

3.1 Identificación de Evidencias.

La Evidencia Circunstancial. Debemos partir entendiendo que no existe un compendio procesal, ni nacional ni internacional al respecto, aquí la experiencia, el sentido común y el criterio de los árbitros van a jugar un rol importante. Entonces, estando ante una situación concreta en la cual los árbitros no dejarán pasar elementos que les hayan generado sospechas de corrupción, ingresamos a la fase de cómo el tribunal *Sua Sponte* debe conducirse a partir de estos hechos, para obtener una evidencia. Usualmente existen dos categorías de evidencias, la evidencia directa que vendría a ser esa prueba irrefutable y que determinará la suerte del caso y la otra categoría es la evidencia circunstancial, que es aquella detectada como consecuencia de la experiencia y la suspicacia ante los elementos presentados en el curso aparente normal de un proceso.

En casos con matices de corrupción es muy raro hallar una evidencia directa que corrobore las sospechas. El hallazgo de una evidencia en si es una tarea compleja que se debe hacer en forma bastante aguda, a fin de evitar que la conducta que nos genera alerta, sea obviada y por el contrario sea

¹⁸ MUJIC, Emina. *Supra* 10. Pág. 41.

¹⁹ SCHRER, Matthias. “Circumstantial Evidence in Corruption Cases before International Arbitral Tribunals”. En *International Arbitration Law Review*. Volume 5, Issue 2. 2002. Pág. 31.

²⁰ HWANG, Michael y LIM, Kevin. “Corruption in Arbitration – Law and Reality”. Documento elaborado para la Herbert Smith-SMU – Asian Arbitration Lecture. Singapur. 4 de agosto de 2011. Pág. 14.

²¹ ICSID Case No. ARB/05/13, Laudo de 2008.

²² HWANG, Michael y LIM, Kevin. *Supra* 21. Pág. 16.

²³ KHVALEI, Vladimir. “Using red flags to prevent arbitration from becoming a safe harbor for contracts that disguise corruption”. En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. Vol. 24 special supplement. 2013. Pág. 24.

²⁴ KHVALEI, Vladimir. *Idem*.

contrastada con la evidencia requerida. Pero ¿cuál es la evidencia requerida?

Señala SCHERER al respecto, en la práctica es muy raro que la prueba directa de la corrupción esté disponible, la mayoría de tribunales señala, han tenido que darse por satisfechos con la famosa prueba circunstancial¹⁹. La prueba circunstancial hallada deberá ser decisiva para poder establecer el nexo que nos lleve a determinar las sospechas de corrupción. En ese sentido los casos que han abordado el tema en los últimos años han ido estableciendo ciertos procedimientos o estándares de obtención

La regla general es que cada alegación de las partes deba estar acompañada de las pruebas que sustenten lo alegado. Pero en la práctica aquellos tribunales que han estado ligados en casos con elementos de corrupción han “tenido” que tomar ciertas distancias de aquellas premisas básicas. Es ahí en donde algunos tribunales han hecho uso de la reversión de la carga de la prueba y/o reduciendo la condición del balance de probabilidades del estándar de la prueba²⁰.

Un caso muy ilustrativo al respecto en temas de arbitraje de inversiones fue EDF Services v Romania²¹, aquí se muestran aquellas dificultades encontradas por las partes intentando probar la corrupción en arbitraje internacional, en ese caso en el estado de las evidencias era improbable

que el inversionista pueda tener éxito con su alegación de corrupción en el balance de probabilidades²². Interesante ejemplo de cómo el proceso arbitral ha tenido que adecuarse a las circunstancias, en una suerte de simbiosis legal, a fin de no dejar elemento alguno que tenga como resultado un laudo que sea potencialmente anulable por ser contrario al orden público. En forma sucinta veremos en qué consisten estas técnicas para la búsqueda de evidencias.

3.1.1 El Traslado de la Carga de la Prueba.

En un proceso arbitral u otro de cualquier naturaleza es usual que quien plantee la demanda deba acompañar junto con su reclamo las pruebas pertinentes del hecho reclamado. KHVALEI señala que el traslado de la prueba es algo similar a hacer una presunción procesal²³. La regla es simple en los casos donde una parte reclama que un contrato en cuestión encubre sobornos, el tribunal arbitral puede trasladar la carga de la prueba a la parte que reclama la legalidad de la transacción²⁴. Esta es una de las formas de entender el traslado de la prueba que es una herramienta que va a permitir al Tribunal hacer un trabajo de prospección analítica y limpieza contra cualquier elemento ligado a la corrupción. No obstante no es la única forma de hacer uso de la figura la carga de la prueba. En un proceso arbitral ante la CCI²⁵ el demandado argumentó que uno de los hechos

²⁵ICC Award No. 10982 de 2001.

²⁶TWEEDDALE, Andrew y Keren. “Shifting the burden of proof: Revisiting Adjudication Decisions”. Pág. 5 en la página web <http://corbett.co.uk/wp-content/uploads/AGT-Shifting-the-Burden-of-Proof-Revisiting-Adjudication-Decisions.pdf>

²⁷TWEEDDALE, Andrew y Keren. Supra 27. Pág. 4.

²⁸TWEEDDALE, Andrew y Keren. Supra 27. Pág. 4-5.

²⁹GONZALEZ GARCIA, Luis Alberto. “Corrupción, lavado de dinero y el arbitraje internacional”. En Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional. Vol. 1, No. 1. 2013. Pág. 267.

base del reclamo del demandante había sido fraudulento. Esta era parte de la defensa que plantearon, sin embargo el Tribunal declaró que la parte que hacía esta alegación tenían que ser los primeros en producir un documento que generase un mínimo de confianza en la autenticidad de la alegación. Es decir el Tribunal ante una seria acusación de la defensa de un acto de corrupción de inmediato consideró que ellos serían los primeros en tener que probar tal alegación ²⁶. Sobre el traslado y reversión de la carga de la prueba se ha hablado y documentado bastante en los últimos años, de hecho en el mundo anglosajón es en donde esta práctica se ha desarrollado, casos en materia de construcción internacional tales como *City Inn Ltd. v Shepherd Construction Ltd.* en Escocia en donde por primera vez se tocó el tema del traslado de la carga de la prueba ²⁷, *Walker Construction Ltd. v Quayside Homes Ltd. & Or;* *Aspect Contract Ltd. v Higgins Construction Plc* ²⁸. Lo que ha hecho que esta práctica moderna del arbitraje permita ser una herramienta que los árbitros tengan a disposición ante situaciones que presentan algunas zonas grises en la controversia principal.

3.1.2 El Estándar de la Prueba. Estándares Mínimo - Máximo.

El Estándar de la Prueba no es otra cosa que el acercamiento que el tribunal va a tener frente a la prueba al momento de valorar la misma. El asunto es delicado puesto que obtenida

la evidencia, que podría ser determinante para un pronunciamiento relativo a actos de corrupción, dependerá del tipo de valoración que realice el tribunal. Según GÓNZALEZ GARCIA señala que hay diferentes enfoques respecto al estándar de la prueba. Algunos sostienen que debe ser sobre la base de la preponderancia de las pruebas, otros al estándar denominado más allá de la duda razonable del sistema anglo sajón penal, lo que implica un estándar alto de la prueba ²⁹. Al respecto LIEBSCHER ha realizado estudios interesantes sobre este asunto que no tiene una medida determinada, así él señala que hay dos diferentes estándares para aproximarse a la evidencia requerida para establecer corrupción. Una, la aproximación basada en la tradición del common-law que a su vez distingue entre una preponderance of evidence (estándar bajo) y un más alto estándar de clear and convincing evidence (estándar alto). La otra, señala el autor, en las jurisdicciones con tradición continental europea el estándar usado es si la evidencia disponible satisface el convencimiento del juez o el árbitro para la existencia de un hecho ³⁰. Como vemos el tema es bastante subjetivo pues depende de varios factores como, grado de acusación de corrupción (de ser planteada por una de las partes), presunciones del propio tribunal en relación a operaciones ilegales de ser el caso, o vínculo entre el elemento de corrupción y el fondo de la discusión sobre la materia controvertida. Consideramos que sólo sopesando estos

³⁰LIEBSCHER, Christoph y HAUGENEDER, Florian. "Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards and Proof". En *Austrian Arbitration Yearbook*. Editores Klausegger, Christian y otros. CH Beck. Vienna. 2009. Pág. 545.

³¹BORN, Gary. *Supra* 3. "More likely than not". Pág. 1857.

³²TIRADO, José y GARCIA, Alejandro. "Las Investigaciones de Corrupción por Autoridades Gubernamentales y el Arbitraje de Inversión: Los Desafíos Creados por la Creciente Convergencia de Dos Mundos Hasta Ahora (casi) Separados". En *Revista del Club Español de Arbitraje*. No. 21. 2014. Pág. 75-76.

³³HWANG, Michael y LIM, Kevin. *Supra* 19. Pág. 20.

elementos en un proceso en particular se podría determinar el uso de determinado estándar de la prueba. Sin embargo creemos que es importante tener en cuenta que un alto grado probatorio en materia de corrupción hará difícil su probanza lo que implicará que la sospecha o denuncia sea finalmente no considerada a la hora de resolver, aún cuando esta exista en forma subyacente.

3.1.3 El Balance de Probabilidades.

Este es un concepto afín al derecho anglosajón. Es la forma usual de valorar las pruebas, así tenemos que entre los dos extremos de valorar las pruebas de la tradición sajona antes comentada, opera un Balance de Probabilidades. El cual, en asuntos que tienen que ver con materias civiles pero con alegaciones criminales (corrupción), tiene como premisa “basta que la certeza sea superior al cincuenta por ciento de las posibilidades”. Es decir, se parte de la idea que ambas partes en sus alegaciones y pruebas tienen la misma valoración frente al tribunal (cincuenta por ciento a cada uno), pero quien logre marcar la diferencia, podría determinar que en el Balance de las Probabilidades su alegación sea concluyente para el tribunal. Esta valoración también será de aplicación cuando un tribunal *Sua Sponte* halle evidencia de corrupción que incida con la materia en discusión y podría aplicar este método para poder sopesar las probabilidades.

El profesor BORN trató este tema bastante y fue quien hizo famosa la frase que un balance de probabilidades debe ser asumido como “algo que es más probable, a que no lo sea”³¹.

A manera de ilustración, en el caso UNCITRAL EDF Services, el tribunal requirió pruebas claras y convincentes para la comprobación de alegaciones relativas a corrupción por parte del gobierno rumano. Luego de las audiencias y concluido el proceso el tribunal declaró respecto de tales alegaciones que el actor no cumplió con el estándar de prueba aplicable. El tribunal desestimó una serie de pruebas aportadas como documentos, correos, grabaciones, además declaró que el hecho había sido investigado ya por autoridades rumanas. Este tribunal ha sido objeto de crítica por parte de muchos tratadistas puesto que exigió un estándar probatorio demasiado alto, dejando de lado el estándar del balance de las probabilidades³², sobre todo respecto de hechos en donde la premisa *more likely, than not* resultaba aplicable.

Somos de la opinión que la determinación de la valoración de la prueba es decisión del árbitro o tribunal en base a los hechos ventilados. En casos excepcionales el pedido de pruebas de mayor exigencia puede resultar justificado, pero dificulta la toma de decisión sobre elementos de corrupción que puedan atentar contra el orden público. En ese sentido coincidimos con lo que los expertos KWAM y LIM sostienen que el

³⁴ICC Guidelines on Agents, Intermediaries and Other Third Parties. Preparado por la Comisión en Responsabilidad Corporativa y Anti Corrupción de la Cámara de Comercio Internacional. Noviembre de 2010.

³⁵KHVALEI, Vladimir. *Supra* 20. Pág 23.

³⁶ Ver <http://guide.iacrc.org/the-red-flags-of-corruption-bid-rigging-collusive-bidding-and-fraud/> (último acceso 11.08.2016)

³⁷ICC Guidelines on Agents, Intermediaries and Other Third Parties. VI. Anti-Bribery Red Flags. Pág. 5

balance de probabilidades debe ser aplicado atendiendo las tonalidades de cada caso, y no puede estar divorciado de las particularidades del mismo. Por ello es importante considerar la seriedad de las alegaciones ³³.

3.2 El Entrenamiento del Árbitro.

Cómo debe prepararse entonces el árbitro que se encuentre ante tan compleja situación. Aquí es donde se requiere que el entrenamiento del árbitro, además de tener muy presente evaluar la calidad del árbitro a designar por las partes, aunque este no sea tema del presente artículo. Este entrenamiento del árbitro no se obtendrá de otra manera sino que teniendo únicamente en cuenta lo siguiente, sabiendo de los alcances del convenio arbitral, estando bastante informado del marco legal bajo el que actuará, adoptando las mejores prácticas arbitrales que permitan desarrollar su labor arbitral, evitando que su proceder entorpezca el proceso innecesariamente y sobre todo en lo relativo al arbitraje en contrataciones públicas, conociendo muy bien su realidad y las prácticas dolosas que se han ido dando, a fin de determinar actos, conductas y demás elementos que se presenten en la consecución de contratos que muchas veces sirven de medio o son la finalidad de la corrupción.

En ese sentido, la idea central es el deber de un árbitro de emitir un laudo que no sólo esté comprometido con resolver una controversia

de la mejor manera posible, sino teniendo en cuenta aspectos subyacentes, que de no ser contemplados podrían acarrear que el laudo final legitime actos relacionados con la corrupción y sea posible de un anulación judicial. Es decir el compromiso del árbitro con conducir un proceso y mantenerlo limpio es necesario, evitando caer en una pasividad que convalide actos de corrupción. Para ello es pertinente que en la práctica el árbitro se entrene valorando declaraciones de testigos, adoptando técnicas modernas de interrogación, identificando cláusulas oscuras de los contratos y documentos presentados con incidencia directa en la controversia planteada, sopesando actitudes de las partes en el proceso, analizando la producción de documentos – tanto la entrega como la denegatoria -, conjeturando posibles inferencias, entendiendo el modelo de negocio y prácticas usuales que no son empleadas en la industria materia de la controversia, y sus límites.

A fin de coadyuvar con esto y debido a la preocupación que genera el tema en el mundo arbitral actual, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha elaborado una guía ³⁴ que resulta ser una ayuda de importante relevancia para los árbitros el día de hoy, y son las denominadas red flags. KHVALEI sostiene que las red flags pueden servir como una herramienta útil en el arbitraje para verificar si hay un riesgo de corrupción ³⁵.

³⁸Black's Law Dictionary. 8va Edición. 2004. Pág. 268.

³⁹GONZALEZ GARCIA, Luis Alberto. Supra 24. Pág. 266.

⁴⁰La doctrina de la arbitrabilidad es compleja, pero en síntesis se considera que la declaración de arbitrabilidad está ligada a elementos que puedan ser transgresores de normas mandatorias o del orden público internacional y producto de ello, no ser arbitrables.

⁴¹ULUC, Inan, Supra 13. Pág. 96.

⁴²MUJIC, Emina. Supra 10. Pág. 38.

⁴³ULUC, Inan, Supra 13. Pág. 22.

En específico la guía del CCI antes indicada está básicamente dirigida a poner en sobre aviso y evitar actitudes destinadas a configurar pagos ilegales (sobornos) que se puedan dar en el desarrollo de los negocios. Son una suerte de listado de acciones o conductas que alertan de un eventual caso que podría estar relacionado con corrupción ³⁶. A pesar que las red flags en si no puedan constituir violaciones a normas anti corrupción, ellas dan señales de advertencia que éstas deben ser tomadas en serio e investigadas . No vamos a reproducir cada una de estas alertas pero si resulta interesante por lo menos mencionar algunas, porque consideramos que muchas de ellas pueden ser de aplicación en nuestra realidad. En el listado aparece ya como señal de alerta a tener en cuenta:

- Aquellas operaciones que han tomado lugar en países conocidos por pagos de corrupción.
 - Un tercero es sugerido por un funcionario público, particularmente uno con autoridad discrecional sobre el negocio del caso.
 - Los pagos a servicios de terceros son desproporcionados en relación al servicio prestado.
- Estas y otras conductas no son ajenas al proceder lamentable de muchos funcionarios y contratistas en el Perú que como hemos leído antes incluso actualmente están siendo procesados por la justicia. Interesante por ello leer y conocer las denominadas red flags que la CCI propone. Es pertinente

indicar que resultaría imposible que una guía contemple todas las eventuales señales de alerta no obstante ello es ya una iniciativa interesante y sobre todo una ayuda en el entrenamiento de los árbitros de observar diversos detalles que antes eran obviados.

4. Doctrina Clean Hands.

Es pertinente referirnos brevemente a la importancia de esta doctrina, contenida en un principio que cada vez está teniendo mayor resonancia en el mundo arbitral internacional, esto porque se busca que los actores de un proceso arbitral, que sustenten sus reclamaciones estén libres de tintes de corrupción. El origen del principio proviene también del derecho anglosajón, en sencillo significa que ninguna persona puede buscar una solución justa o sostener una defensa justa, si esa parte ha violado principios de justicia tales como la buena fe ³⁸.

La doctrina en cuestión tiene un uso práctico y difundido puesto que actúa como catalizador dentro de un proceso, sea de la naturaleza que sea, a fin que los tribunales que tengan ante si partes con tales conductas manifiestas, contrarias a las normas no sean acogidas dentro de su reclamación principal. Un tribunal de esta manera evita ser cómplice de eventuales legitimaciones de pretensiones basadas en corruptelas.

Este principio persigue mantener la integridad

y equilibrio en un proceso, sin admisión alguna de vicios en el mismo, entendemos que es totalizante y determinante en la toma de decisiones. Con el acopio de información en el proceso, el análisis de las pruebas y la valoración de los demás elementos que hemos ido viendo, de llegarse a la conclusión que la(s) parte(s) habría(n) actuado contra las normas, se llegaría a la determinación que este principio sería vulnerado de no ser acogido, lo que tendría como consecuencia el enturbiamiento de un proceso que conllevaría al árbitro a pronunciarse desestimando la pretensión de fondo o declarando la no arbitrabilidad de la controversia por afectación del orden público.

En este punto consideramos que la invocación de este principio, rector de un proceso, servirá como base, únicamente ante pruebas que acrediten actuación de las partes contrarias a las normas, de desestimar la pretensión de fondo. Somos de la opinión que es importante tener presente que la actuación de las partes, que constituyan violación de las normas, debe tener una incidencia directa con la controversia planteada. Esto sobre todo puesto que el árbitro tiene una función doble, de un lado cumplir con el encargo contenido en el convenio arbitral, de otro lado evitar la convalidación de actos que sean contrarios al orden público.

Es importante que estas prácticas modernas seancada vez más usuales y de mayor incidencia en los procesos arbitrales. Un proceso arbitral

se nutre, consideramos, no sólo de las normas a las cuales está sometido el proceso, sino además de los principios internacionales del derecho y de las prácticas que estos principios han desarrollado, por ello su invocación en un proceso en donde esté plenamente acreditada la corrupción, no debería ser visto como un recurso exótico o sofisticado, sino como algo acorde a las tendencias que buscan fortalecer sistemas como el arbitral.

5. Consecuencias de Hallazgos Comprobados de Corrupción. El árbitro no es juez.

Aquí llegamos a la parte decisiva en la actuación del tribunal frente a tales hechos. Cómo debe enfrentar el tribunal estos elementos, que luego de haber contrastado tales evidencias ha llegado al pleno convencimiento que en el proceso existen elementos de corrupción. Son varias las opciones que puede adoptar al resolver un caso, como señala GONZALEZ GARCIA, por un lado el tribunal puede optar por no hacer una determinación sobre los alegatos de corrupción. Segundo, un tribunal podrá decidir que la demanda de arbitraje es inadmisibles por considerar que la transacción violenta el orden público internacional. Por último, el tribunal podrá concluir que el contrato objeto del arbitraje es nulo o que la transacción es tipificada como una actividad ilegal según las normas obligatorias³⁹.

En el caso peruano, el árbitro está en total

capacidad conforme a la ley de arbitraje, según lo veremos, en pronunciarse, y en lo absoluto dejarlos de lado como parte de su decisión final, en salvaguarda de la institución arbitral. Asimismo, bajo la aplicación del principio Kompetenz-Kompetenz y la separabilidad del convenio arbitral el tribunal se encuentra premunido de los elementos que le permitan declarar la jurisdicción sobre el caso y hacer el pronunciamiento que corresponda y finalmente optar por una decisión definitiva dependerá de cada caso en particular y el impacto que hayan tenido estos elementos de corrupción en el contrato materia de controversia, de ahí que muchos consideren entre las diferentes variables i) ser inadmisibles la demanda, ii) ser admisibles pero no arbitrables ⁴⁰, iii) optar por la declaración de invalidez y nulidad del contrato.

Sobre la arbitrabilidad, el especialista ULUC realiza un comentario muy interesante, la doctrina de la arbitrabilidad reposa sobre una simple pregunta, esta pregunta es ¿qué tipo de disputa pueden ser sometidas a arbitraje? Las partes podrían someter cualquier disputa, pero las leyes nacionales restringen esto. Por ejemplo las leyes nacionales mandatorias serían un factor determinante de la arbitrabilidad de la disputa ⁴¹. Consecuentemente entendemos que disputas basadas en hechos que violaron las normas mandatorias, serían materias no arbitrables.

Sobre una declaración de nulidad e invalidez

del contrato, en opinión de MUJIC señala al respecto que los árbitros son algo renuentes al considerar que el contrato entre las partes es el resultado de la autonomía de las partes, esta renuencia de los árbitros es criticada por MUJIC e indica que tal renuencia debe ser considerada como injustificada toda vez que la nulidad del contrato no va a invalidar el convenio arbitral y por ello el árbitro no pierde jurisdicción para pronunciarse en casos en que se presenten tales elementos ⁴².

En opinión de ULUC, en el contexto de sobornos y otras prácticas corruptas, un contrato que promueve la corrupción o esté teñido de corrupción será contrario a las normas de orden público y no es previsto sea ejecutable debido a lo inapropiado de la violación a las normas y costumbres y el antagonismo a la ley moderna ⁴³. Entendemos entonces que atendiendo estas consideraciones se estaría ante la posibilidad de poder declarar en forma suficiente la nulidad e invalidez del contrato. PAVIC es de esta posición y es muy firme al señalar que no importa cuáles sean las reglas a las que un tribunal ha recurrido (nacionales o transnacionales), cuando examinando el potencial soborno, una vez este es hallado que bajo las leyes aplicables el soborno tomó lugar, el referido contrato que apuntaba al soborno, será declarado nulo e inválido. Debe ser resaltado que algunas veces esta consecuencia seguirá aún si la ley aplicable no trata una conducta particular como el soborno, ya que la sanción de nulidad puede

⁴⁴ PAVIC, Vladimir. Bribery and International Commercial Arbitration. The Rol of Mandatory Rules and Public Policy. Trabajo presentado para el Simposio sustentado en la Universidad de Victoria, Wellington. El 7 de noviembre de 2012. En Victoria University of Wellington Law Review 43. 2012. Pág. 679.

⁴⁵ Decreto Legislativo No. 1071, Ley de Arbitraje, artículo 3: Principios y derechos de la función arbitral.

⁴⁶ Decreto Legislativo No. 1071, Ley de Arbitraje, artículo 4: Arbitraje del Estado Peruano.

devenir por el objeto de un contrato el cual es inmoral y consecuentemente ilegal ⁴⁴ .

6. La Ley Peruana y Las Prácticas Anti Corrupción en Arbitraje.

Hemos hecho primero una revisión del tema a partir de la experiencia internacional y la evolución que ha alcanzado, vista esta a partir de algunos casos que han ido marcando la tendencia a nivel arbitral internacional. Pero, qué sucede en el Perú, en donde justamente la corrupción es un mal extendido y sobre todo en reiterados casos en contrataciones del Estado. ¿Es posible tener un acercamiento al tema?, ¿las normas lo permiten?, ¿se pueden aplicar estas prácticas en el marco del arbitraje de las contrataciones del Estado? Son muchas las interrogantes que hay y nula experiencia que se ha dado en la materia. Sin embargo la finalidad de este artículo es no sólo dar a conocer estas prácticas modernas del arbitraje, sino ver su posible incorporación al arbitraje de contrataciones nacional, para ello será necesario ver que nos indican las principales normas que regulan el tema.

6.1 Ley de Arbitraje.

La Ley peruana basada en la Ley Modelo UNCITRAL, contiene un moderno marco normativo que haciendo uso adecuado del mismo, entendemos permitiría la incorporación de prácticas modernas y eficientes al rol del

árbitro. En concreto el artículo 3 inciso 2 de la norma ⁴⁵ señala que “El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su competencia y dictar el laudo”. Esta declaración es importante puesto que por mandato legal se reconoce la plena competencia que tiene el tribunal para la conducción del proceso arbitral, no estando sujeto a limitación en cuanto a las actuaciones arbitrales que el proceso genere.

Siguiendo con la norma el artículo 4 de la misma ⁴⁶ contiene la referencia directa al tema que nos ocupa referido al arbitraje del Estado. En el inciso 2 se señala “Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional”.

Sin embargo para los fines de este capítulo una norma que nos concita mayor interés es la contenida en el artículo 40 del citado cuerpo legal ⁴⁷, y literalmente señala que “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.”, (el subrayado es nuestro). Este es desde el punto de vista normativo el sustento adecuado para que el árbitro no se vea limitado ni constreñido en su actuación. Dicha disposición leída

conjuntamente con el artículo 43 del mismo cuerpo legal y relativo a las pruebas facilitan una gestión eficiente y proactiva del árbitro. Justamente consideramos que en la valoración de hechos conexos y accesorios es que se va a poder determinar los elementos ocultos de la corrupción en sus diferentes formas.

Además es importante resaltar que la Ley de Arbitraje ha venido integrando figuras de uso internacional, como ya hemos mencionado en el título anterior, el esencial principio del Kompetenz-Kompetenz, la doctrina de la separabilidad del convenio y hasta la figura del tercero no signatario ha sido incorporada. Lo que no es óbice alguno para la incorporación de principios como el Clean Hands y otras prácticas aunque no estén expresamente mencionadas. Ello se complementa con las causales de anulación del laudo arbitral, en clara remisión a las controversias que afectan el orden público interno, vale decir, no arbitrables.

6.2 Ley de Contrataciones del Estado.

La Ley de Contrataciones no regula nada al respecto en forma expresa, no obstante cuán factible es la incorporación de prácticas modernas arbitrales en los procesos que se ventilen por tales disputas. Más aún cuando justamente el sector ligado a las contrataciones del Estado ha sido uno de los que más involucrado

ha estado en asuntos de corrupción.

De acuerdo a la norma especial vigente ⁴⁸ de las contrataciones del Estado en el artículo 45.3 dispone “Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado, manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público”. Adicionalmente señala que los medios de solución de controversia a que se refiere la presente ley o reglamento se desarrollan en cumplimiento al principio de transparencia ⁴⁹.

En el caso del el Reglamento de la Ley no se aprecian disposiciones relativas a actuaciones arbitrales más allá de las que se refieren a aspectos usuales del proceso arbitral ahí regulado, entiéndase aceptación de los árbitros, regulación relativa a su independencia, imparcialidad y el deber de información, regulación del arbitraje, etc. No obstante consideramos que la ley en mención, ha establecido una prelación en la aplicación de las normas que funcionan en forma supletoria en caso se tenga que recurrir a dilucidar asuntos que no necesariamente han sido contemplados en la Ley de Contrataciones y así un caso sería los relativo a temas que se presenten en materia de corrupción. La norma deja abierta la posibilidad de usar otras normas de derecho público, las que serían las

⁴⁷Decreto Legislativo No. 1071, Ley de Arbitraje, artículo 40: Competencia del Tribunal Arbitral.

⁴⁸Ley No. 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, artículo 45.3.

⁴⁹Ley No. 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, artículo 45.12

⁵⁰Ver <http://www.pcm.gob.pe/lucha-frontal-contra-la-corrupcion-una-politica-diferente-para-un-pais-distinto/> (último acceso 11 de agosto de 2016).

siguientes inmediatas luego de la aplicación de la norma especial. En ese caso consideramos que como norma de derecho público, la Ley de Arbitraje, sería aplicable en caso un Tribunal se vea en la necesidad de recurrir a estas prácticas modernas del arbitraje, las que no vemos colisionarían en lo absoluto con las normas que rigen el proceso arbitral en materia de solución de controversias contractuales Estado – Contratista. En consecuencia sobre el tema en concreto la referida ley no hace mención alguna. Pero vemos deja el espacio requerido para poder hacer uso de otras normas como la Ley de Arbitraje y así incorporar estas prácticas modernas sobre el tema como el tratado en el presente artículo.

6.3 Sistema Anticorrupción.

No corresponde en este artículo desarrollar en extenso la regulación estratégica en cuanto a la política anticorrupción en el Perú, pero resulta pertinente hacer mención al D. S. 046-2013-PCM que contiene el Plan Nacional de la Lucha Contra la Corrupción, como señala el propio portal de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), es la principal herramienta para prevenir y luchar contra la corrupción en el país ⁵⁰. En concreto resulta interesante la mención que se hace en la denominada Estrategia 2.4 para fortalecer el sistema de contrataciones y adquisiciones del Estado para prevenir la corrupción, en esta apartado se tratan muchos aspectos que a

consideración de quienes elaboraron el plan resultan necesarios para combatir dicho mal en ese sector. A pesar que en el referido plan no se hace mención alguna al rol tan importante que juega el arbitraje, más aún en contrataciones cuando resulta ser la única vía de solución de diferencias, consideramos que para nada resultarían incompatibles las ideas expuestas en este artículo, con los fines que persigue el citado plan de política nacional contra la corrupción. Puesto que entre las acciones que se plantean en tal documento de aplicación nacional están las de desarrollar una cultura anticorrupción en la sociedad y promover la utilización de mecanismos de transparencia, acceso a la información, participación y vigilancia ciudadana.

7. A manera de conclusión.

El análisis del tema contenido en el presente artículo, es complejo y sobre todo no cuenta con experiencia conocida aún en la casuística nacional. Es por ello que somos de la opinión que un asunto ligado al manejo arbitral en casos de corrupción, resulta en el Perú de vital importancia y la preparación y entendimiento del tema por parte del árbitro es esencial, puesto que coadyuvará a que el arbitraje no sirva de subterfugio a este problema.

Es por ello que el fortalecimiento del sistema arbitral es una tarea de todos, académicos, expertos, abogados, pero sobre todo creemos de quienes ejercen el poder

decisorio en una contienda como son los árbitros, quienes deben asumir su rol sin temor alguno de ejercer las facultades que el convenio arbitral, la ley y conjuntamente con las buenas prácticas procesales le permiten.

Cada persona ligada al tema podrá obtener sus propias conclusiones, sin embargo queremos resaltar a manera de resumen los siguientes aspectos que a nuestro parecer son decisivos a tener en cuenta cuando se esté ante tal tipo de controversias.

Es innegable la realidad que existen controversias derivadas de contratos gestados bajo actos de corrupción en el arbitraje de contrataciones públicas, por ello dejar de lado elemento o atisbo alguno de corrupción, implicaría que el arbitraje pierda vigencia por una falta de reacción en defender la propia institución y sirva de refugio, siendo usado para lavar el provecho económico de hechos delictivos, perdiendo toda la credibilidad.

El árbitro que tenga claro lo antes señalado deberá establecer el método de valoración pero sopesando siempre el grado de implicancia del elemento de corrupción con relación a la controversia planteada. La Ley de Arbitraje permite a los árbitros ingresar a ver este tipo de temas por lo que no nos queda ninguna duda que el árbitro o tribunal está facultado para evaluar aspectos Sua Sponte que hayan surgido en el desarrollo del proceso. La ley de Arbitraje también permite a los arbitros pronunciarse al respecto, sea por la nulidad del contrato sin mayores derechos residuales a cualquiera de las partes o derivarlo al Poder Judicial al representar una materia no arbitrable por afectar el orden público.

Es necesario que el árbitro entienda que él no es un Juez penal, que no se le pide que establezca una sanción o una pena privativa

de la libertad a una persona en particular o enrienda que con su decisión estaría vulnerando el principio de inocencia, tan sólo constatar que ante hechos que demuestren actos de corrupción subyacentes, afecta la materia que es puesta a resolución.