

CORRUPCIÓN EN ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES: ¿ES UN PELIGRO O UN SALVAVIDAS PARA PAÍSES EN DESARROLLO?

CORRUPTION IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: IS IT A THREAT OR A LIFESAVER FOR DEVELOPING COUNTRIES?

Andrés Álvarez Calderón Campos*
Abogado independiente

In recent years, corruption allegations in investment arbitration have increased considerably. When raised by the States, said allegations are intended to pursue the dismissal of the claims due to lack of jurisdiction of the arbitral tribunals, based on the existence of corruption throughout the investment. Nevertheless, there is no consensus in the criteria used by tribunals, given that the involvement of the State in the corrupt acts may play a significant role in the decision.

In this article, the author discusses the main defense arguments used by States when alleging the existence of corruption and presents the various criteria applied by investment tribunals to deal with such allegations. In addition, the author proposes a test that tribunals may apply to decide on the effect these allegations have on the arbitration proceedings.

KEYWORDS: *Corruption; investment arbitration; jurisdiction; Bilateral Investment Treaties; Receiving state; ICSID.*

En los últimos años, las alegaciones de corrupción en los arbitrajes de inversión han aumentado considerablemente. Al ser utilizadas por los Estados, tales alegaciones tienen por objeto el rechazo de las reclamaciones de inversionistas por falta de jurisdicción de los tribunales, en base a la existencia de corrupción dentro de la inversión. Sin embargo, no existe uniformidad en el criterio adoptado por los tribunales de inversión, pues la participación del Estado en los hechos de corrupción puede jugar un rol fundamental en la decisión.

En el presente artículo, el autor analiza los principales argumentos de defensa utilizados por los Estados al alegar la existencia de corrupción y desarrolla los distintos criterios adoptados por los tribunales de inversión frente a tales alegaciones. Adicionalmente, propone un test que los tribunales pueden aplicar para decidir el efecto que los hechos de corrupción alegados generen en el arbitraje.

PALABRAS CLAVE: *Corrupción; arbitraje de inversión; jurisdicción; Tratados Bilaterales de Inversión; Estado receptor; CIADI.*

* Abogado. Master of Laws (LL.M.) por el Georgetown University Law Center. Abogado independiente (Nueva York, Estados Unidos). Contacto: aa2159@georgetown.edu.

Nota del Editor: Este artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 26 de abril de 2020, y aceptado por el mismo el 2 de julio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional, el 57% de ciudadanos de Latinoamérica percibe que sus gobiernos tienen un desempeño pobre en la batalla contra la corrupción, lo mismo que se puede evidenciar en el caso africano, continente en el cual el 59% de ciudadanos tiene la misma impresión sobre sus gobiernos. Como reflejo de esto, más de la mitad de los ciudadanos de Latinoamérica y África consideran que la corrupción ha incrementado en sus países en los últimos 12 meses desde que fue recolectada la información (Transparencia Internacional, 2019a y 2019b). Cabe resaltar que solamente los países en África y Latinoamérica en conjunto suman más del 50% de los casos registrados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) y muchos de ellos han planteado alegaciones de corrupción como argumento de defensa durante el proceso arbitral. Dadas estas cifras, no resulta sorprendente encontrar un aumento considerable en las alegaciones de corrupción en arbitrajes de inversión, como espada utilizada por los inversionistas, o como escudo alzado por los Estados como estrategia defensiva. Hasta ahora, la batalla ha sido ganada en su mayoría por los Estados. Sin embargo, cabe cuestionarnos ¿es esto justo en todos los casos? ¿Es realmente eficaz para disminuir la corrupción?

En toda batalla encontramos diferentes armas y escudos. En el campo de batalla del arbitraje de inversión, desde *World Duty Free c. Kenya* (2006) y *Metal-Tech c. Uzbekistán* (2013), los tribunales CIADI han lidiado continuamente con distintos Estados alegando la existencia de corrupción como parte —u origen— de la inversión, solicitando a tales tribunales, como veremos más adelante, que desestimen la demanda por falta de jurisdicción. Al admitir estas alegaciones, de acuerdo con los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) o Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos por los Estados, los tribunales pueden decidir que no ostentan jurisdicción, desestimando la demanda en su integridad y premiando indirectamente a los Estados por su propio fracaso en combatir la corrupción. Si el inversionista no puede acceder a un arbitraje de inversión debido a las alegaciones de corrupción utilizadas por los Estados como mecanismo de

defensa de forma irresponsable, todo el sistema está destinado a fracasar en su finalidad de proteger y promover las inversiones. Ello nos llevaría a una situación riesgosa, en la cual los inversionistas extranjeros no encontrarán suficientes incentivos, protección y garantías mínimas para invertir en países con altos índices de corrupción y, menos aún, en aquellos países donde la corrupción no es debidamente investigada y sancionada. De igual manera, existiría un incentivo perverso para la extorsión por parte de funcionarios públicos a los inversionistas, así como de acusaciones infundadas de corrupción, considerando que la alegación de esta podría blindar al Estado de un potencial arbitraje de inversión.

En este artículo se discutirá cómo las alegaciones de corrupción han sido y son utilizadas actualmente por los Estados como un escudo frente a los inversionistas, en ocasiones con buena base y evidencia, y en otras únicamente como un intento de lograr que se desestime la demanda y sin suficiente asidero legal. Luego, se propondrá un test para que los tribunales evalúen las alegaciones de corrupción, de forma que dicho análisis se alinee con los objetivos del sistema de arbitraje de inversión¹ y a su vez con la lucha contra la corrupción.

II. LA CORRUPCIÓN EN PAÍSES EN DESARROLLO Y LA FUNCIÓN DE LOS TRIBUNALES

La corrupción, como señala la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, “socava los pilares de la democracia y el estado de derecho” (2003)². Se puede evidenciar que esta es más prominente en países en desarrollo, en los que obstaculiza todo el sistema y evita que sus economías y sociedades crezcan en su verdadero potencial. De ahí que no exista otra opción para un país que se encuentra en vías de desarrollo y aspira a un crecimiento óptimo que combatir la corrupción de forma frontal, constante e integral. Por ello, la lucha contra la corrupción tanto a nivel nacional como internacional, debe ser un objetivo fundamental de política pública, especialmente en países en vías de desarrollo.

Los efectos de las decisiones de los tribunales en arbitrajes de inversión han trascendido a las partes involucradas en un procedimiento específico,

¹ Al respecto, señala que “[e]ste tipo de solución de controversias reflejan la intención de las partes contratantes de proveer a los inversionistas con caminos para defender directamente sus derechos bajo los TBI, sin necesidad de depender de la protección diplomática de sus propios Estados” [Traducción libre] (Naciones Unidas, 2007, p. 100). Véase también a Yannaca-Small cuando señala que “[...] podría servir a uno de los principales objetivos del arbitraje de inversión: disputas entre inversionista-Estado se resolverían a través de mecanismos gobernados por estándares y procedimientos internacionales en lugar de aquellos del Estado receptor y sus cortes domésticas” (2006, pp. 7-8) [traducción libre].

² Introducción de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

pues, aun cuando no existe una jurisprudencia de cumplimiento obligatorio en el sistema, el razonamiento de los tribunales tiende a interpretar el derecho internacional y decide sobre los temas más relevantes de interés nacional e internacional para los Estados. Dado que las prácticas de corrupción entre inversionistas extranjeros y los Estados son analizadas y decididas por tribunales en arbitrajes de inversión, los árbitros se han convertido en instrumentos cruciales para comprender cómo la corrupción es entendida y combatida a nivel mundial.

Los tribunales han adoptado posturas ya sea decidiendo que carecen de jurisdicción adoptando las alegaciones de corrupción presentadas por los Estados o, en su defecto, decidiendo sobre el fondo en tales procesos, tras un reconocimiento de su jurisdicción.

A manera de ejemplo, un tema que los casos de *World Duty Free* y *Metal-Tech* tienen en común es que el acto de corrupción tuvo lugar previamente a la formación de la inversión y tal acto fue utilizado precisamente como estímulo para que el Estado apruebe o reciba la inversión. En esas circunstancias, cuando la inversión ha sido perfeccionada a través de corrupción, los tribunales han sido reacios a continuar el proceso y analizar el fondo de la controversia. Como consecuencia de ello, han rechazado la demanda sobre la base del cuestionamiento acerca de la legalidad de la inversión.

Muchos TBI o TLC contienen un requisito de legalidad, donde el concepto de **inversión** está condicionado al cumplimiento de las leyes del Estado receptor de la inversión. Por ello, muchos Estados han encontrado en el lenguaje utilizado en estos tratados la perfecta vía de escape del arbitraje, alegando que toda la inversión está contaminada por corrupción y, por tanto, el requisito de **conforme a las leyes del país** establecido en tales tratados, no ha sido satisfecho, siendo tales argumentos, en muchos casos recogidos por los tribunales en su decisión declinando jurisdicción.

Por otra parte, otros tribunales arbitrales abordan el asunto de la legalidad como parte del consentimiento para poder recurrir a un arbitraje ante el CIADI. Dicho de otro modo, la existencia de la corrupción vicia el consentimiento del Estado a arbitrar; por lo que, aun cuando no exista una **cláusula de legalidad** en el tratado o contrato correspondiente, estos tribunales han decidido que carecen de jurisdicción interpretando que el artículo 25.1 de la Convención CIADI contempla un requisito implícito de legalidad que no es cumplido cuando existe algún acto de corrupción, o aplicando principios de orden público internacional³.

Es comprensible que los tratados más antiguos, más aún aquellos que fueron negociados y firmados sin tener una idea clara del significado y consecuencias de sus estipulaciones, no contengan una cláusula referida a los actos de corrupción y sus consecuencias de cara a un arbitraje de inversiones. De hecho, de los casi 3000 TBI firmados a la fecha en el mundo, casi ninguno contiene estipulaciones que definan tal concepto o cuál debe ser el trato o consecuencias de tales actos⁴. Sin embargo, un tema tan presente y dañino como la corrupción y una consecuencia tan grave como la ausencia de jurisdicción no debería continuar siendo abordado interpretando el lenguaje de los tratados o contratos de formas creativas o discutiendo la semántica entre Estados e inversionistas en busca de que se rechace una demanda por causales de jurisdicción. Una interpretación razonable de un tratado o contrato en un tema trascendental como la corrupción como causal de ausencia de jurisdicción, tendría que estar expresamente regulado y no interpretado de forma implícita.

Una nueva generación de TBI viene incluyendo de forma específica distintas disposiciones que regulan las consecuencias en los arbitrajes de los hallazgos de corrupción en la inversión. Un buen ejemplo de ello es el Tratado de Libre Comercio Perú-Australia (PAFTA)⁵, el cual entró en vigor recientemente⁶. Sin embargo, es vital que los

³ El laudo en el caso *World Duty Free c. Kenia* señala que

[c]onsiderando las leyes nacionales y convenciones internacionales sobre la corrupción y las decisiones adoptadas sobre esta materia por cortes y tribunales arbitrales, este Tribunal se encuentra convencido de que el cohecho es contrario al orden público internacional de la mayoría, si no todos, los Estados o, para utilizar otra fórmula, al orden público transnacional (2006, párr. 157).

Véanse también *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* (2008), *SAUR International SA c. Argentina* (2012), *Hamster c. Ghana* (2010).

⁴ Ver Naciones Unidas (s.f.).

⁵ El artículo 8.20 del Capítulo 8, Sección B regula el sometimiento de una controversia a arbitraje a través del sistema de arbitraje de inversiones. El literal 2 de este artículo específicamente indica que "Ninguna reclamación puede ser sometida conforme a esta Sección con relación a una inversión que haya sido establecida a través de conductas ilegales, incluyendo representación fraudulenta, ocultamiento de información o corrupción". Por su parte, el capítulo 25 del PAFTA incluye algunas definiciones y medidas anticorrupción que podrían ayudar a los árbitros a decidir sobre alegaciones de corrupción.

⁶ Vigente desde el 11 de febrero de 2020.

países tradicionalmente exportadores de inversiones encuentren un balance al negociar estos acuerdos, de forma que los países en vía de desarrollo no puedan lograr un laudo favorable utilizando la corrupción existente en sus países para su beneficio, alegando su existencia y las consecuencias legales de tales actos únicamente cuando les es conveniente, y condonándola cuando no lo es. En definitiva, no debemos perder de vista que, en todo acto de corrupción, existen al menos dos partes: quien soborna y quien recibe el soborno o extorsiona, siendo ambos igualmente responsables.

En *Tokios Tokelés c. Ucrania* (2004), aun cuando el Estado demandado no presentó expresamente una defensa basada en argumentos de corrupción, el razonamiento adoptado por el tribunal aplica directamente a este análisis. El tribunal indicó que, para que una demanda sea rechazada por ausencia de jurisdicción, los defectos o alegaciones de ilegalidad no deben ser menores, pues ello sería inconsistente con el objeto y propósito del tratado (2004, párr. 86).

Como podemos apreciar, diferentes tribunales arbitrales han tomado distintas aproximaciones al tema, manteniendo un rol indirecto, pero sumamente importante en la lucha contra la corrupción en los Estados receptores de inversiones y, por tanto, manteniendo la capacidad de colaborar y, hasta cierto punto, moldear el comportamiento de tales Estados e inversionistas frente a la corrupción.

Un elemento que siempre tiene un papel protagonista y determinante en las alegaciones de corrupción es la **prueba**. Sin duda alguna este es el mayor obstáculo que debe superar el Estado o inversionista, según sobre quién recaiga la carga de la prueba, a fin de lograr una decisión del Tribunal que decline jurisdicción en un arbitraje de inversiones. Igual relevancia merecerá el criterio de estándar de la prueba que cada tribunal arbitral decida aplicar con relación a tales alegaciones. Probar un acto de corrupción es una tarea titánica que en muchos casos ha derivado en el rechazo de tales alegaciones por ausencia o insuficiencia probatoria⁷. Como fue expresado con claridad por el tribunal en *EDF (Services) Limited c. Rumania*, “[...] corruption must be proven and is notoriously difficult to prove since, typically, there is little or no physical evidence” (2009, párr.

221)⁸. Por consiguiente, el análisis de los indicios, las revelaciones a partir de contrainterrogatorios y la actuación y valoración de la prueba resultarán fundamentales en el rol del tribunal arbitral en la formación de su decisión. La relevancia y extensión de los aspectos relacionados a la prueba requerirían un análisis independiente que no es materia de este artículo, aun cuando no se pierde de vista su importancia para los temas aquí tratados.

III. ¿LA PRESENCIA DE CORRUPCIÓN EN EL ESTADO RECEPTOR ES CAUSAL SUFICIENTE PARA DENEGAR LA JURISDICCIÓN BAJO LAS REGLAS DEL CIADI?

La primera pregunta que este artículo analiza es si desestimar una demanda por falta de jurisdicción cuando el Estado demandado plantea alegaciones de corrupción es la mejor manera de abordar la corrupción desde el punto de vista del arbitraje de inversiones. Para responder a este cuestionamiento, los tribunales pueden aplicar un test que considere (i) el rol que los actos de corrupción tuvieron en la inversión; (ii) la oportunidad y las circunstancias en las que los actos de corrupción tuvieron lugar y su relevancia en la formación de la inversión; y (iii) el efecto de tales circunstancias en el consentimiento del Estado a un arbitraje CIADI.

Diversos tribunales han desestimado demandas de inversionistas debido a alegaciones de corrupción planteadas por Estados receptores —en jurisdicción o en el fondo de la controversia— en casos tales como *World Duty Free c. Kenia* (2006), *Metal-Tech c. Uzbekistán* (2013), *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (2006), *Álvarez y Marín Corporación S.A. y otros c. Panamá* (2018). Como hemos visto, el razonamiento detrás de estas decisiones va desde negar la existencia de una inversión basada en la definición de tal concepto en el TBI o contrato aplicable, hasta la aplicación de principios generales de orden público internacional (Lamm, Greenwald & Young, 2014).

Conforme fue señalado líneas arriba, un elemento sustancial en *World Duty Free* es que el soborno como acto de corrupción, tal y como fue confirmado en el procedimiento arbitral por quien fue el gerente de la demandante al momento de la inversión (2006, párr. 130)⁹, fue pagado incluso antes que la inversión fuera efectuada. En términos

⁷ Véase el caso *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Islamic Republic of Pakistan* (2019).

⁸ “[...] la corrupción es notoriamente difícil de probar, dado que, tradicionalmente, hay poca o nula evidencia física” [traducción libre].

⁹ Ver testimonio del Sr. Ali contenido en el laudo.

más específicos, de acuerdo al análisis del tribunal, el soborno fue pagado **para que la inversión exista**¹⁰. En este caso, las alegaciones de corrupción planteadas por Kenia consistieron en un pago de dos millones de dólares entregados por el CEO de la empresa demandante a favor del entonces presidente del país africano, con el único objetivo de asegurar la inversión. Este detalle no debe ser tomado a la ligera, pues podría considerarse que todo acto del inversionista posterior a dicho soborno es fruto del árbol venenoso.

Como cuestión de principio general, cuando los tratados contienen un requisito expreso de legalidad, cualquier inversión extranjera realizada bajo dichos tratados cuyo origen es el resultado de un acto de corrupción, debe ser considerada ilegal. En consecuencia, los tribunales deben desestimar la demanda por falta de jurisdicción sobre la base de que no existió una inversión conforme a las reglas del Estado. La ilegalidad en este caso está entrelazada con la formación de la inversión, prácticamente ocasionando que la corrupción y la inversión sean un solo acto, afectando directamente el consentimiento del Estado al arbitraje CIADI y violando los principios de orden público internacional. Si un tribunal arbitral considera que se encuentra frente a un caso como este, el test para desestimar la demanda por jurisdicción se cumpliría.

A diferencia de *World Duty Free*, no todos los actos de corrupción que son alegados por los Estados como defensa en un procedimiento arbitral se llevan a cabo en la formación de la inversión¹¹. Como se explicará a detalle, existen algunos casos en los que las alegaciones de corrupción se dan en un momento posterior, involucrando ofrecimientos o pagos de sobornos durante el desarrollo de la inversión. A ser esta una situación distinta, el análisis y resultado deben ser también distintos.

Un buen ejemplo de esta situación es el caso *Niko Resources c. Bangladesh* (2019). En la decisión a través de la cual se confirmó la jurisdicción del tribunal, este encontró que “[...] there is no link of causation between the established acts of corruption and the conclusion of the agreements, and it is not alleged that there is such a link”¹² (2013, párr. 455). En ese sentido, a entender del tribunal

arbitral, en este caso el acuerdo de *joint venture* sobre el cual Niko Resources basó su demanda en el procedimiento arbitral fue concluido antes que los actos de corrupción ocurran. Incluso cuando el Estado demandado solicitó una reconsideración, el Tribunal afirmó que

[e]n cualquier caso, la evidencia ante el Tribunal, en ese momento y ahora, no contiene ningún indicador de corrupción en la propuesta y aceptación de las cláusulas arbitrales. El Tribunal concluye que las alegaciones de corrupción, aun en la forma expandida que es ahora planteada por el Estado demandado, no afecta las cláusulas arbitrales (2019, párr. 576).

En opinión del autor, si el tribunal hubiese aplicado el test propuesto al caso en cuestión, el momento y las circunstancias de los actos de corrupción serían totalmente irrelevantes en la formación de la inversión y en el consentimiento del Estado para arbitrar y, por tanto, bajo este razonamiento el tribunal habría rechazado correctamente la defensa en jurisdicción.

IV. LOS EFECTOS DE LA CONDUCTA DEL ESTADO RECEPTOR AL TOMAR CONOCIMIENTO DE LA CORRUPCIÓN SOBRE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El arbitraje, como incide Gary Born, encuentra su principal fuente en el consentimiento (2015, pp. 2-3). Este consentimiento es otorgado por los Estados a través de tratados bilaterales o multilaterales, contratos, concesiones, entre otros instrumentos, con las características y condiciones que ellos consideran conveniente en cada negociación. Al decidir qué disposiciones incluir y cómo incluirlas en cada tratado, los Estados deben encontrar un balance entre sus diversos roles, los que Pearsall denomina la Trinidad del Arbitraje de Inversión:

In particular, states occupy three distinct yet interconnected roles—what I call the ISDS Trinity. First, they are the law-givers through their treaty and rule-making function. Second, they are the protectors of outward investment in that they establish transnational obligations and depoliticized systems for efficient adjudication of disputes for investors who seek to invest capital abroad. And third, they are respondents

¹⁰ “[e]sos pagos fueron realizados no solo para obtener una audiencia con el presidente Moi (como indica el demandante) sino por encima de todo para obtener en dicha audiencia el consentimiento del presidente a la inversión” (2006, párr. 136) [traducción libre].

¹¹ Véase *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. c. Colombia* (2019).

¹² “[...] no existe un vínculo de causalidad entre los actos de corrupción establecidos y la conclusión de los acuerdos y no se ha alegado la existencia de tal vínculo” [traducción libre].

through their offers to arbitrate in international investment agreements and subsequent participation in the arbitral process (2018, p. 250)¹³.

Para los países en vías de desarrollo, probablemente el rol más importante de la trinidad es su rol como demandados. Cuando se relaciona este rol con la lucha contra la corrupción, las políticas adoptadas por el Estado respecto de la corrupción son de gran importancia. Por tanto, cuando un Estado receptor utiliza la corrupción como defensa, antes de concluir que la corrupción ha afectado el consentimiento del Estado al arbitraje, el tribunal debe tomar en consideración qué medidas ha adoptado tal Estado para prevenir y combatir la corrupción dentro de su territorio y qué hizo dicho Estado cuando tomó conocimiento de la conducta ilegal del inversionista. ¿El Estado investigó, denunció o sancionó a las partes involucradas? Existe una relación indiscutible entre políticas públicas y la ley y esta relación debe tener consecuencias intrínsecas en el proceso arbitral. Los Estados no deben ser permitidos, en su rol como demandados, a utilizar sus propias carencias en políticas públicas e imperio de la ley para evitar la jurisdicción de los tribunales del CIADI.

En los casos de corrupción, la injusticia es aún más severa en los casos en que la corrupción es alegada por el Estado receptor como defensa en un arbitraje de inversión, pero es ignorada en su fuero interno. En otras palabras, ello se refiere a la situación en la que el Estado receptor no intenta realmente combatir la corrupción y no se considera perjudicado por ella, hasta que la utiliza como defensa ante la demanda del inversionista en un arbitraje de inversión. Únicamente en este momento, el Estado receptor se muestra indignado por la existencia de corrupción, dejando sin embargo que ésta viva sin sanción en su territorio.

Si el objetivo de ciertas disposiciones en los tratados a través de la definición de inversión o reglas específicas anticorrupción es combatir activamente la corrupción e impedir la ilegalidad en la formación de la inversión, así como durante su desarrollo, entonces ¿cómo puede el sistema premiar a un Estado receptor otorgándole inmunidad respecto del arbitraje de inversión cuando el Estado no investigó, denunció ni sancionó la corrupción en su fuero interno?

Tal como se aprecia en *Metal-Tech c. Uzbekistán*, aun cuando el tribunal desestimó la demanda por falta de jurisdicción sobre la base de lo establecido en la Convención CIADI, tomó posición expresa respecto de la participación de Uzbekistán en los actos de corrupción alegados, ordenando a las partes a compartir los costos del arbitraje como sanción al Estado receptor. Algo similar ocurrió en el caso *Getma c. Guinea*, en el cual el tribunal citó uno de los argumentos del demandante como parte de su razonamiento relativo a la omisión del Estado receptor en sancionar los actos de corrupción alegados y, peor aún, al ascenso otorgado a varios de los funcionarios involucrados en dichos actos (2016, párr. 145). El tribunal arbitral finalmente decidió que no había evidencia suficiente de los actos de corrupción alegados por el Estado.

Argentina es otro Estado que ha utilizado alegaciones de corrupción como defensa en arbitrajes de inversión. Sin embargo, el Reporte de Avance del 2018 de la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales se refiere a Argentina como un ejemplo de ineficacia en la lucha contra la corrupción, señalando que

[...] Argentina permanece en serio incumplimiento de varios artículos clave de la Convención Anti-Soborno de la OCDE. Su nueva ley de responsabilidad penal empresarial no impone responsabilidad por contabilidad falsa relacionada a la corrupción y mantiene reglas distintas para la responsabilidad por lavado de activos. Las multas por cohecho transnacional y las sanciones por delitos contables siguen siendo inadecuadas y la ley no regula adecuadamente la confiscación de activos (Transparencia Internacional, 2018, p. 25).

Adicionalmente, la OCDE señaló que “existe una preocupación por la omisión de las autoridades argentinas en investigar proactivamente las alegaciones de cohecho por parte de empresas argentinas en el exterior o de efectivamente solicitar la cooperación de autoridades extranjeras” (Transparencia Internacional, 2018, p. 25).

A primera impresión podría parecer que al desestimar demandas por falta de jurisdicción respecto de pretensiones de inversionistas que han participado en actos de corrupción, los tribunales estarían con-

¹³ En particular, los Estados tienen tres roles distinguibles pero interrelacionados – los cuales yo llamo la Trinidad del Arbitraje de Inversión. Primero, son creadores de leyes a través de su función de aprobar tratados y reglas. Segundo, son los protectores de la inversión extranjera, a través del establecimiento de obligaciones transnacionales y sistemas despolitizados para la eficiente resolución de controversias con inversionistas que buscan invertir capital en el extranjero. Tercero, son los demandados en los arbitrajes, a través de su consentimiento al arbitraje en acuerdos internacionales y su participación en el proceso arbitral [traducción libre].

tribuyendo en la lucha contra la corrupción. Este es un argumento que cierto sector del derecho internacional defiende, expresando que aquellos inversionistas que exportan la corrupción al Estado receptor de tal inversión no deben ser premiados con el acceso y protección del mecanismo de arbitraje de inversiones¹⁴. La realidad, sin embargo, es que muchas de estas decisiones pueden lograr el resultado contrario, recompensando a Estados con altos índices de corrupción. Estos Estados, lejos de implementar políticas serias y permanentes de lucha contra la corrupción en sus países, utilizan su propia corrupción como mecanismo de defensa contra la jurisdicción de los tribunales a la cual se han sometido voluntariamente a través de tratados o contratos. El problema se agrava aún más cuando encontramos que por la misma conducta o acto de corrupción por el que el Estado receptor considera que el inversionista no debe acceder a la jurisdicción del CIADI, el mismo Estado no sancionó al funcionario de la entidad que participó en dicho acto de corrupción. Incluso, en algunos casos el funcionario fue posteriormente promovido.

A la fecha, aun cuando existen diversas iniciativas e instrumentos legislativos para combatir la corrupción a nivel mundial, es evidente que existe aún una gran falta de compromiso de los Estados no solo de combatir la corrupción activamente dentro de su territorio sino además de sancionar a las compañías que exportan corrupción al extranjero¹⁵. Este compromiso debe ser consistente con la estrategia de defensa del Estado en los arbitrajes de inversión y, en general, con su conducta en la formación y ejecución de contratos con inversionistas. De otro modo, cualquier iniciativa sería únicamente de fachada y no será efectiva contra la corrupción. Los tribunales en arbitrajes de inversión deben incluir esto en su razonamiento respecto de los casos sometidos a ellos.

V. SOMETIENDO UNA DEFENSA DE CORRUPCIÓN AL TEST PROPUESTO

Dados los hechos observados en los casos resueltos por los tribunales del CIADI la fecha, el autor propone un test en este artículo a ser aplicado cuando un Estado receptor utilice alegaciones de corrupción como defensa en un procedimiento arbitral, el cual se explica a continuación:

Paso 1: Determinar si la oportunidad, circunstancias y magnitud de los actos de corrupción afecta-

ron la formación de la inversión y el consentimiento al arbitraje del Estado receptor.

- Si los actos de corrupción no tuvieron relevancia alguna en la formación de la inversión y el consentimiento del Estado receptor, entonces el tribunal debería rechazar la defensa y confirmar su jurisdicción. De este modo, el tribunal podrá decidir sobre el fondo de la controversia, incluyendo cualquier efecto que la corrupción podría tener sobre el cálculo de los daños.
- Si los actos de corrupción ocurrieron antes que la inversión fuera perfeccionada o de manera simultánea y en circunstancias y con una magnitud tal que fueron determinantes para la existencia de la inversión y el consentimiento del Estado receptor al arbitraje, entonces el tribunal podrá proceder al paso 2.

Paso 2: Determinar si el Estado receptor adoptó acciones para investigar, denunciar y sancionar a las partes involucradas en los actos de corrupción de manera oportuna, una vez que tomó conocimiento de su ocurrencia.

- Si el Estado receptor no adoptó acción alguna o ninguna de las acciones adoptadas tuvo relevancia significativa, el tribunal debería rechazar la defensa y confirmar su jurisdicción. De este modo, el tribunal podrá decidir sobre el fondo de la controversia, considerando las omisiones del Estado y cualquier efecto que se pueda producir sobre el cálculo de los daños, en caso ocurran.
- Si el Estado receptor adoptó algunas acciones relevantes para investigar, denunciar y sancionar a las partes involucradas en los actos de corrupción, el tribunal podrá proceder al paso 3 del presente test.

Paso 3: Ponderación.

- Si este paso es alcanzado, ello significa que (i) los actos de corrupción fueron determinantes para la existencia de la inversión y el consentimiento al arbitraje del Estado receptor, y (ii) el Estado receptor adoptó algunas acciones relevantes para investigar, denunciar y sancionar a las partes involucradas en los actos de corrupción.

¹⁴ Véase *World Duty Free c. Kenya* (2006). Ver también Daza-Clark & Noodt Taquela (2018).

¹⁵ “[Ú]nicamente alrededor de un cuarto de las exportaciones mundiales provienen de países que sancionan activamente a compañías que sobornan en el extranjero” (Transparencia Internacional, 2018, p. 4).

- En este paso, el tribunal podrá realizar una ponderación para determinar si el consentimiento del Estado fue efectivamente perjudicado por los actos de corrupción. Este test requiere ponderar (i) la oportunidad, circunstancias y magnitud de los actos de corrupción, contra (ii) la respuesta del Estado receptor a la corrupción, una vez que tomó conocimiento de ella, a fin de determinar si su respuesta (o falta de ella) condonó los actos de corrupción, ratificando la validez de su consentimiento a arbitrar.

Resultado

- Si el Estado receptor condonó de cualquier modo la corrupción, incluyendo la omisión de actuar de manera relevante, el tribunal debería rechazar la defensa y confirmar su jurisdicción, pero podrá considerar los actos de corrupción en el cálculo de daños al inversionista, en caso existan.
- Si el Estado receptor no condonó la corrupción y, por otro lado, adoptó acciones relevantes para investigar, denunciar y sancionar a las partes involucradas, entonces el tribunal deberá aceptar la defensa del Estado y declinar jurisdicción.

El laudo en *Alvarez y Marín Corporación S.A. y otros c. Panamá*, en cierta medida, sigue el razonamiento del test propuesto en este artículo y ofrece un buen ejemplo de su posible aplicación. En este caso, el demandado cuestiona la jurisdicción del tribunal señalando que la inversión fue adquirida ilegalmente y que, por tanto, no debería encontrarse protegida por los tratados utilizados como base para su demanda ante el CIADI. Al decidir sobre su jurisdicción, el tribunal señaló que el incumplimiento deberá ocurrir precisamente con ocasión de la realización de la inversión, añadiendo que debe existir una relación muy cercana entre el proceso de inversión mismo y el incumplimiento de la ley por parte del inversionista. Únicamente en este supuesto es justificable que la sanción consista precisamente en la pérdida del régimen legal privilegiado para la protección de la inversión extranjera¹⁶.

Este razonamiento le da importancia al principio de proporcionalidad en el contexto del arbitraje de inversión, de modo que no será suficiente que el Estado alegue la existencia de corrupción para que el tribunal rechace su propia jurisdicción, sino que el acto de corrupción deberá (i) haber sido realizado con ocasión de la formación de la inversión (*World Duty Free c. Kenia*; *Metal-Tech c. Uzbekistán*; *Inceysa Vallisoletana c. El Salvador*; *Hamester c. Ghana*; y *Álvarez y Marín c. Panamá*), y; (ii) ser proporcionalmente severo a la pérdida del privilegio de la jurisdicción del CIADI bajo el tratado (*Tokio Tokelés c. Ucrania*; *Desert Line c. Yemen*; y *Álvarez y Marín c. Panamá*)¹⁷.

VI. CONCLUSIÓN

El arbitraje tiene como principal objetivo resolver una controversia entre quienes son parte en ella. Sin embargo, el sistema de arbitraje de inversión, como parte del derecho internacional, tiene otros objetivos igualmente importantes como la promoción y protección de la inversión extranjera, particularmente importante en países en vías de desarrollo, así como la despolitización de las disputas entre inversionistas privados y los Estados receptores de tales inversiones. Como se ha mencionado en este texto, los tribunales han adquirido un rol protagónico en la comunidad internacional, interpretando los principios de derecho internacional que afectan y vinculan a los Estados.

El principio base de este artículo y del test propuesto es que los Estados no deberían poder utilizar una defensa de jurisdicción sobre la base de la corrupción si los actos de corrupción no han comprometido su consentimiento al arbitraje. La principal responsabilidad en la lucha contra la corrupción es de los propios Estados y los tribunales arbitrales no pueden abdicar en su deber de hacer cumplir los objetivos del arbitraje de inversión para intentar disuadir la corrupción a través de la aceptación de defensas de jurisdicción. Por tanto, cuando un Estado tolera o incluso brinda incentivos para la corrupción, los tribunales no son los llamados a responder de una manera más severa o estricta que el Estado presuntamente afectado. Ello porque, aun cuando el tribunal en un caso es-

¹⁶ En el caso *Álvarez y Marín Corporación S.A. and others c. Republic of Panama* se señala que

El Tribunal estima que la infracción de la legalidad debió producirse precisamente con motivo de realizar la inversión: debe existir una relación estrecha entre el propio proceso de inversión y la norma violada por el inversor. Sólo en este caso se justifica que la sanción consista precisamente en la pérdida del régimen jurídico privilegiado de protección de inversiones extranjeras (2018, párr. 149).

¹⁷ Artículo 8.20 numeral 2 del Capítulo 8, Sección B del Acuerdo de Libre Comercio entre Perú y Australia:

Ninguna reclamación puede ser sometida conforme a esta Sección con relación a una inversión que haya sido establecida a través de conductas ilegales, incluyendo representación fraudulenta, ocultamiento de información o corrupción. **Para mayor certeza, esta exclusión no es aplicable a las inversiones establecidas a través de infracciones leves o técnicas de la ley** (2018) [el énfasis es nuestro].

pecífico estaría castigando a un inversionista que participó o promovió un acto de corrupción, está, de forma indirecta, premiando al Estado receptor de la inversión en sus prácticas de corrupción al punto de negar al inversionista el acceso a la jurisdicción de los tribunales CIADI por las violaciones de dicho Estado al tratado internacional o contrato correspondiente. Si bien cualquier oportunidad para disuadir la corrupción es adecuada, los tribunales no deben perder de vista que el objetivo central del sistema de arbitraje de inversión es proteger las inversiones legítimas que son afectadas por incumplimientos de los Estados a sus obligaciones válidamente asumidas y que al desestimar ciertas demandas por falta de jurisdicción por la sola alegación de corrupción del Estado, podrían estar generando el incentivo opuesto.

Finalmente, cabe destacar que en todo proceso arbitral en el que exista una alegación de corrupción, nos encontraremos frente a un reto tanto para el Estado como para el tribunal: la prueba de la corrupción. La carga de la prueba, el estándar de análisis, la oportunidad para ofrecerla y la actuación de ésta deberá ser cuidadosamente analizada por el tribunal en cada caso concreto. En cualquier caso, el resultado de este análisis deberá generar suficiente convicción y certeza en el tribunal de que la corrupción efectivamente existió y que fue de una severidad tal que amerite negarle al inversionista el acceso a la protección del sistema de arbitraje de inversión ante la alegada violación de sus derechos por parte del Estado receptor. 🏠

REFERENCIAS

- Born, G. (2015). *International Arbitration: Law and Practice* (2da ed.). Kluwer Law International.
- Daza-Clark, A. M. & Noodt Taquela, M. B. (2018). The role of global values in the evaluation of public policy in International Investment and Commercial Arbitration. En Ruiz Abou-Nigm, V., McCall-Smith, K., & D. French (eds.), *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law* (pp.121-144). Hart Publishing.
- Lamm, C.B., Greenwald, B.K., & K.M. Young (2014). From World Duty Free to Metal-Tech: A Review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 29(2), 328–349. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siu002>
- Naciones Unidas (2007). *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rule-*

making. United Nations Conference on Trade and Development. United Nations Publication.

(s/f). Investment Policy Hub. <https://investmentpolicy.unctad.org/>

Pearsall, P. W. (2018). The Role of the State and the ISDS Trinity. *AJIL Unbound*, (112), 249–254. <https://doi.org/10.1017/aju.2018.70>

Transparencia Internacional (2018). *Exporting Progress report 2018: Assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*. https://www.transparency.org/files/content/publication/Download_a_short_version_of_the_report.pdf.

(2019a, 9 de julio). Barómetro Global de la Corrupción, África: Opiniones de los Ciudadanos y Experiencias de Corrupción. https://images.transparencycdn.org/images/2019_GCB_Africa3.pdf.

(2019b, 23 de septiembre). Barómetro Global de la Corrupción, Latinoamérica & El Caribe 2019: Opiniones y Experiencias de los Ciudadanos en Materia de Corrupción.

Yannaca-Small, K. (2006). *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement, OECD Working Papers on International Investment 2006/01*. OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/631230863687>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Acuerdo entre el Reino de España y la República de El Salvador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Esp.-El Salv., 14 Feb., 1995.
- Álvarez y Marín Corporación S.A. y otros c. República de Panamá, Caso CIADI No. ARB/15/14, Laudo, (12 Sept. 2018), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10491.pdf>
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, 31 Oct. 2003.
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados [Convenio del CIADI], 14 Oct., 1996, 4 I.L.M. 524.
- Desert Line Projects LLC c. República de Yemen, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo (6 Feb. 2008), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0248_0.pdf

EDF (Services) Limited c. Rumania, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo (8 Oct. 2009), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0267.pdf>

Getma International and others c. República de Guinea, Caso CIADI No. ARB/11/29, Laudo (16 Ag. 2016), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10741.pdf>

Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo (27 Ag. 2019), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10767_0.pdf

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo (10 Jun. 2010), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0396.pdf>

Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo (2 Ag. 2006), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0425_0.pdf

Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán, Caso CIADI No. ARB/10/03, Laudo (4 Oct. 2013), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3012.pdf>

Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (Bapex) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla), Caso CIADI No. ARB/16/6, Decisión sobre jurisdicción (19 Agos. 2013), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6322_0.pdf

Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (Bapex) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla), Caso CIADI No. ARB/16/6, Decisión sobre reclamo de corrupción (25 Feb. 2019), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6322_0.pdf

[com/sites/default/files/case-documents/italaw6322_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6322_0.pdf)

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, 21 Nov.1997.

Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión en Jurisdicción (8 Feb. 2005), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>

SAUR International SA c. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/04, Laudo (12 May. 2014), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3190.pdf>

Tethyan Copper Company Pty Limited c. República Islámica de Pakistán, Caso CIADI No. ARB/12/01, Laudo, (12 Jul. 2019), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10737.pdf>

Tokios Tokelés c. Ucrania, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión en Jurisdicción (29 Abr. 2004), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0863.pdf>

World Duty Free Co Ltd c. República de Kenia, Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo (4 Oct. 2006), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw15005.pdf>

Tratado de Libre Comercio entre la República de Perú y Australia, Perú-Austr., 12 Feb. 2018.

Tratado entre la República de Lituania y la República de Ucrania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Lit.-Ucr., 8 Feb. 1994.

Tratado entre la República Federal de Alemania y la República de Filipinas para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Alem.-Filip., 18 Abr. 1997.