

## **El estándar de la prueba y el rol del Tribunal ante alegaciones de corrupción**

LUIS MIGUEL VELARDE SAFFER Y MARÍA FERNANDA ROCA SILVA

*Este artículo resume los temas tratados en el segundo episodio de “[Café Arbitral](#)”, realizado el 19 de julio de 2022. Los panelistas del episodio fueron Andrea Hulbert, René Irra y Esteban López. Los hosts de Café Arbitral, quienes moderaron la discusión, fueron Cecilia Flores Rueda y Luis Miguel Velarde Saffer.*

*La grabación del panel se encuentra disponible [aquí](#). Las opiniones expresadas por los panelistas y moderadores son personales y no comprometen a sus respectivos despachos.*

### **Índice**

I.	¿Qué es la corrupción? .....	2
II.	Los casos Odebrecht y Alstom .....	4
III.	Las alegaciones de corrupción en el arbitraje internacional .....	7
	3.1. La competencia de los tribunales arbitrales para decidir sobre alegaciones de corrupción .....	7
	3.2. El derecho aplicable a las alegaciones de corrupción y algunas cuestiones relacionadas .....	9
	3.3. La prueba de la corrupción .....	11
	3.3.1. El estándar de prueba .....	11
	3.3.2. La prueba indiciaria .....	13
	3.4. Consecuencias de la corrupción .....	15

## **El estándar de la prueba y el rol del Tribunal ante alegaciones de corrupción**

*Luis Miguel Velarde Saffer y María Fernanda Roca Silva \**

Si bien la corrupción se puede rastrear hasta el año 1100 A.C. en Egipto bajo el reinado de Ramsés IX, donde se localiza el primer documento que registra actos corruptos de un funcionario, siglos después continúa siendo uno de los fenómenos que más impacta negativamente la sociedad.

El segundo episodio de “Café Arbitral” abordó el concepto de corrupción, repasó algunos casos emblemáticos (dentro y fuera del arbitraje) y trató algunas de las cuestiones vitales que deben resolver los tribunales arbitrales al decidir sobre alegaciones de corrupción.

Los panelistas invitados fueron:

- Andrea Hulbert, socia de Hulbert Volio Montero, basada en San José, Costa Rica,
- René Irra, socio de Cuatrecasas, basado en Ciudad de México, México,
- Esteban López, socio de Katz & López, basado en Ciudad de Panamá, Panamá,
- Luis Miguel Velarde Saffer (moderador), asociado senior de LALIVE, basado en Ginebra, Suiza, y
- Cecilia Flores Rueda (moderadora), socia del despacho Flores Rueda Abogados, basada en la Ciudad de México, México.

A continuación, se comentan los temas tratados durante este episodio.

---

\* Luis Miguel Velarde Saffer es Counsel en el departamento de arbitraje internacional de LALIVE. Está basado en Ginebra, Suiza. Su práctica está focalizada en la representación de empresas, inversores y Estados en arbitrajes comerciales internacionales y de inversión, especialmente en América Latina y Europa. Para más información, ver [aquí](#).

María Fernanda Roca Silva es asociada en el departamento de arbitraje internacional de Clyde&Co. Está basada en Londres, Reino Unido. Es abogada uruguaya y ha representado empresas e inversores en arbitrajes comerciales internacionales y de inversión, fundamentalmente en América Latina América y Europa. Para más información, ver [aquí](#).

## I. ¿Qué es la corrupción?

El panel comenzó con esta pregunta. Se observó que la corrupción es uno de los problemas que más afecta a las inversiones y que tiene consecuencias nefastas, como son la destrucción de la confianza y el funcionamiento democrático de los Estados. Es un fenómeno que viola el orden público internacional.

Si bien no existe una definición vinculante de corrupción en el plano internacional, en el núcleo del concepto está, por un lado, el uso indebido por parte de un funcionario estatal del poder que se le ha concedido y, por el otro, la transferencia por un privado de un objeto de valor a cambio de un beneficio indebido. En este sentido, el Banco Mundial define la corrupción como “*el abuso de un cargo público para beneficio privado*”,<sup>1</sup> la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la define como “*el abuso o desviación de poder [por un beneficio privado] (...) que debilita las instituciones de control tanto administrativas como judiciales*”<sup>2</sup> y el Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa (1999) la define como cualquier ventaja indebida que afecte el ejercicio de la función pública.<sup>3</sup>

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) fue la primera en catalogar a la corrupción como un acto que vicia el consentimiento de los Estados.<sup>4</sup> Una noción similar fue seguidamente recogida en múltiples instrumentos internacionales, los cuales obligan o recomiendan a los Estados parte adoptar legislación de lucha contra la corrupción. Entre estos instrumentos se encuentra la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, vigente desde 2005 y con 190 Estados parte,<sup>5</sup> la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en 1996 y con 35 Estados parte,<sup>6</sup> y la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, vigente desde 1999 y suscrita

---

<sup>1</sup> Banco Mundial, ‘*Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank*’, disponible [aquí](#) (traducción libre al español).

<sup>2</sup> Resolución 1/18 sobre Corrupción y Derechos Humanos, disponible [aquí](#).

<sup>3</sup> Artículo 2: “Definición de corrupción. A los efectos del presente Convenio se entenderá por «corrupción» el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida”. Texto oficial en inglés disponible [aquí](#).

<sup>4</sup> Artículo 50: “Corrupción del representante de un Estado. Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado”. Disponible [aquí](#).

<sup>5</sup> Disponible [aquí](#).

<sup>6</sup> Disponible [aquí](#).

por 45 Estados<sup>7</sup>. Estos esfuerzos internacionales se ven complementados por las políticas anticorrupción adoptadas por organizaciones internacionales como el Banco Mundial,<sup>8</sup> el Fondo Monetario Internacional<sup>9</sup> y la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”).<sup>10</sup> Estos instrumentos y políticas califican diversas conductas como actos de corrupción, incluido el soborno, malversación o peculado, apropiación indebida, tráfico de influencias, abuso de funciones o cargo y enriquecimiento ilícito.

El panel destacó el rol que la CCI ha jugado a lo largo del tiempo en la lucha contra la corrupción. La CCI fue la primera organización comercial en dictar normas de lucha contra la corrupción al emitir, en 1977, las Reglas de Conducta para el Combate de la Extorsión y el Soborno (actualmente, las Reglas de la CCI para Combatir la Corrupción).<sup>11</sup> Estas reglas ofrecen a las empresas un método de autorregulación para la prevención de corrupción y la promoción de altos estándares de integridad en las transacciones comerciales. Por ejemplo, las reglas sugieren definir las conductas prohibidas y sentar las bases para enfrentar y resistir actos de corrupción. La CCI también ha aprobado los Lineamientos sobre Agentes, Intermediarios y otros Terceros, los cuales brindan herramientas a las empresas para realizar un adecuado *due diligence* respecto de los terceros intermediarios con los que contratan (pues es común que el pago de sobornos y otros actos delictivos se oculte a través de estas figuras).<sup>12</sup> La CCI también estableció en 2011 una cláusula modelo anticorrupción aplicable en contratos comerciales, mediante la cual las partes se comprometen a cumplir con las Reglas de la CCI para Combatir la Corrupción o a implementar y mantener un programa corporativo anticorrupción.<sup>13</sup>

---

<sup>7</sup> Disponible [aquí](#).

<sup>8</sup> Banco Mundial, ‘*Combating Corruption*’, disponible [aquí](#).

<sup>9</sup> Fondo Monetario Internacional, ‘*The Role of the Fund in Governance Issues – Review of the Guidance Note – Preliminary Considerations*’ (2017), disponible [aquí](#).

<sup>10</sup> Reglas de la CCI para Combatir la Corrupción, disponible [aquí](#).

<sup>11</sup> Reglas CCI sobre Corrupción (n 10). Estas reglas fueron actualizadas en 1996, 1999, 2005 y 2011, cambiando su nombre por el de Reglas de la CCI para Combatir la Corrupción.

<sup>12</sup> Disponible [aquí](#).

<sup>13</sup> Tres opciones son posibles: un texto breve incorporando por referencia la Parte I de las Reglas de la CCI para Combatir la Corrupción de 2011 (Opción I), la incorporación del texto completo de dicha Parte I de las Reglas (Opción II), o una referencia a un programa de cumplimiento corporativo, como se describe en el Artículo 10 de las Reglas (Opción III), disponible [aquí](#).

## II. Los casos Odebrecht y Alstom

La corrupción ha, lamentablemente, llegado al arbitraje, y el panel abordó en este contexto el escándalo Odebrecht.

Odebrecht es una empresa constructora brasileña que estuvo inmersa en uno de los casos de corrupción más grandes en la historia reciente en América Latina, el cual resultó en una investigación del Dpto. de Justicia de EE. UU. así como por parte de 10 jurisdicciones latinoamericanas. La investigación – que incluyó confesiones y acuerdos por parte de altos mandos de Odebrecht – reveló que la compañía pagó sistemáticamente sobornos a presidentes, expresidentes y otros funcionarios gubernamentales de 12 países<sup>14</sup> por un valor de USD 788 millones entre 2001 y 2016, lo cual le permitió adjudicarse más de 100 proyectos públicos y generar beneficios en esas naciones por más de USD 3.000 millones.<sup>15</sup>

Pero el estallido máximo de este escándalo, al menos en lo que concierne al arbitraje, se dio en el Perú. ¿Qué pasó? Desde 2001, Odebrecht se adjudicó mediante el pago de sobornos 24 proyectos en el Perú por aprox. USD 10 millones (15 obras y 9 concesiones).<sup>16</sup> En el marco de estos proyectos, Odebrecht “generó sobrecostos” por aproximadamente USD 1.300 millones,<sup>17</sup> cuyo pago seguidamente reclamó en 41 arbitrajes.<sup>18</sup> Entre 2003 y 2016, el Perú perdió 35 de estos arbitrajes y se le ordenó pagar más de USD 254 millones a Odebrecht.<sup>19</sup>

A raíz de las confesiones de las autoridades de Odebrecht, en septiembre de 2017 la fiscalía peruana inició una investigación de los arbitrajes. La investigación estuvo en un inicio focalizada en el árbitro que Odebrecht había designado en la gran mayoría de los arbitrajes y que había votado a favor de

---

<sup>14</sup> Los 12 países son: Angola, Argentina, Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, EE.UU., Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.

<sup>15</sup> *USA v Odebrecht SA*, Cr. No. 16-643 (RJD), Acusación de la Fiscalía de EE.UU. Ver CNN, “Escándalo Odebrecht: EE.UU. dice que 12 países recibieron sobornos”, 22 de diciembre de 2016, disponible [aquí](#).

<sup>16</sup> A fines de 2016, el Departamento de Justicia peruano informó que de acuerdo con las declaraciones de ex funcionarios de Odebrecht, la constructora pagó USD 29 millones a funcionarios peruanos entre 2005 y 2014 para obtener la concesión de obras públicas (RPP, “Las confesiones de Odebrecht y Barata sobre el caso Lava Jato en Perú”), 17 de julio de 2017, disponible [aquí](#).

<sup>17</sup> Ver Moreno, L. y Cabral, E., “Arbitrajes a la Odebrecht” (29 de septiembre de 2016), disponible [aquí](#).

<sup>18</sup> Moreno *et al* (n 17). Se hace notar que por disposición del artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado peruana (No. 26850), vigente al momento, los contratos con el Estado obtenidos mediante licitación y concurso público deben prever el arbitraje como medio de resolución de disputas.

<sup>19</sup> Moreno *et al* (n 17).

Odebrecht en 16 de los 19 arbitrajes en que participó. Este árbitro admitió haber recibido sobornos y aportó evidencia de pagos a otros árbitros para fallar a favor de Odebrecht, así como de pagos a ex miembros del Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú (“MTC”) para no impugnar los laudos que condenaban al Estado. La investigación se amplió en enero de 2018 para incluir a un total de 19 árbitros, dos miembros del MTC y dos ex funcionarios de Odebrecht. En noviembre de 2019, la justicia penal peruana ordenó la prisión preventiva de 14 árbitros,<sup>20</sup> decisión que fue parcialmente revertida en segunda instancia, la cual revocó la orden de prisión preventiva respecto de 8 árbitros.<sup>21</sup> La corte de apelaciones entendió que respecto de esos árbitros se habían malinterpretado prácticas usuales del arbitraje como indicios de corrupción, incluido el modo de cálculo de honorarios o la celebración de audiencias procesales.<sup>22</sup> La investigación aún está abierta.

El escándalo de Odebrecht tuvo consecuencias importantes para el arbitraje, especialmente en América Latina. Los árbitros operan ahora con mayor cautela, incluyendo reglas sobre exclusión de responsabilidad en sus órdenes procesales y actas de misión. El escándalo de Odebrecht también llevó al Perú a modificar su ley de arbitraje en lo relativo a los arbitrajes con el Estado, a fin de generar un sistema más efectivo de prevención de la corrupción.<sup>23</sup>

Conviene notar que en febrero de 2020, Odebrecht inició un arbitraje contra el Perú ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”) a través de su subsidiaria de Luxemburgo alegando la violación del TBI entre Perú y Bélgica-Luxemburgo. El reclamo se sustenta en la terminación por el Estado del contrato de concesión del Gasoducto Sur Peruano.<sup>24</sup> Este arbitraje está pendiente. Será interesante ver si el Perú utiliza como defensa la corrupción y cómo ella es analizada por el tribunal.

Los panelistas mencionaron otro caso donde se presentaron alegaciones de corrupción en el ámbito comercial, esta vez fuera de América Latina: el caso *Alstom*.<sup>25</sup> Este caso involucró tres contratos de consultoría entre empresas del

---

<sup>20</sup> Resolución No. 8 del 4 de noviembre de 2019 del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente, disponible [aquí](#). Ver también: Sanderson, C., “*Arbitrators jailed in Peru amid Odebrecht corruption scandal*”, *Global Arbitration Review* (7 de noviembre de 2019), disponible [aquí](#).

<sup>21</sup> Gestión, “Caso Odebrecht: Poder Judicial declara fundada apelación de ocho árbitros y saldrán de prisión”, 27 de noviembre de 2019, disponible [aquí](#).

<sup>22</sup> Sanderson (n 20).

<sup>23</sup> Decreto de Urgencia No. 020-2020, publicado el 24 de enero de 2020, que modifica varias disposiciones de la Ley de Arbitraje Peruana. Ver Chambers and Partners, *International Arbitration 2023 – Peru*, disponible [aquí](#).

<sup>24</sup> *Odebrecht Latinvest S.à.r.l. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/20/4.

<sup>25</sup> Sobre esta saga, ver Stefani, L. “*New Developments in France on the Alstom Saga: The French Supreme Court Overrules the Paris Court of Appeal’s Decision to Deny Enforcement of the Arbitral Award on the Grounds of Corruption*” (18 de diciembre de 2021), disponible [aquí](#).

grupo Alstom y la empresa de Hong Kong Alexander Brothers Limited (“ABL”). El objeto del contrato era que ABL asistiera a Alstom en la presentación de tres ofertas públicas para el suministro de equipos ferroviarios en China. Alstom se adjudicó los tres contratos, pero solo pagó a ABL parte del precio acordado por los servicios de consultoría. ABL inició un arbitraje ante la CCI contra Alstom, reclamando casi 3 millones de euros (más intereses) como pago de precio pendiente, y 2.5 millones de euros por daños. El arbitraje tuvo como sede Ginebra. Alstom se defendió alegando que no pagó el saldo del precio al creer que ese monto podría haber sido utilizado por ABL para sobornar a funcionarios públicos, lo que habría sido contrario al contrato y las obligaciones éticas de ABL.

En enero de 2016, el tribunal arbitral emitió un laudo favorable a ABL. El tribunal concluyó que no había existido corrupción y ordenó a Alstom pagar a ABL 1.5 millones de euros más intereses. Alstom intentó seguidamente, sin éxito, anular el laudo ante las cortes suizas.<sup>26</sup> ABL solicitó la ejecución del laudo ante las cortes francesas, a lo cual se opuso Alstom alegando la existencia de corrupción. Esta vez, la Corte de Apelaciones de París aceptó la posición de Alstom y denegó la ejecución del laudo. La Corte señaló que permitir la ejecución del laudo supondría dar valor a una transacción concretada con base en corrupción, lo que es contrario al orden público internacional.<sup>27</sup> Esta sentencia, emitida en 2019, es interesante pues aborda el estándar de prueba aplicable ante alegaciones de corrupción y da ejemplos del tipo de evidencia circunstancial que puede demostrar la existencia de corrupción (tema tratado *infra*).

El caso Alstom se convirtió en una saga pues, en 2021, la Corte Suprema de París revocó la decisión de la Corte de Apelaciones al considerar que esta se había basado en una lectura incorrecta de la transcripción de la audiencia arbitral para tener ciertos hechos como probados.<sup>28</sup> La Corte Suprema reenvió el caso para nueva decisión por la Corte de Apelaciones de Versalles. En marzo de 2023, la Corte de Versalles concluyó que Alstom no había demostrado la existencia de corrupción y que, por lo tanto, el reconocimiento y ejecución del laudo no configuraban una violación al orden público internacional.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Decisión del Tribunal Federal Suizo No. 4A\_136/2016 del 3 de noviembre de 2016, disponible [aquí](#).

<sup>27</sup> Decisión de la Corte de Apelaciones de París No. 16/11182 del 28 de mayo de 2019, disponible [aquí](#).

<sup>28</sup> Decisión de la Suprema Corte de Casación de Francia No. 19-19.769 del 29 de septiembre de 2021, disponible [aquí](#).

<sup>29</sup> Corte de Apelaciones de Versalles No. 21/06191 del 14 de marzo de 2023, disponible [aquí](#).

Por último, y para completar la saga, conviene mencionar que el Tribunal Supremo inglés aceptó la ejecución del laudo solicitada por ABL en 2020.<sup>30</sup>

### III. Las alegaciones de corrupción en el arbitraje internacional

Hemos visto que la corrupción puede darse dentro del arbitraje y fuera de él. El caso Odebrecht es un ejemplo de corrupción dentro y fuera del arbitraje, pero hay casos en que la corrupción solo ocurre fuera del arbitraje (por ejemplo, corrupción para adjudicarse una licitación, la cual preexiste al arbitraje).

Ahondando en este tema, los panelistas comentaron que existen tres momentos en que puede existir corrupción: (i) en la obtención de un contrato, (ii) durante su ejecución y (iii) durante el arbitraje. La corrupción también puede tener relevancia luego de la emisión del laudo, como lo muestra la saga Alstom.

En este contexto, los panelistas abordaron cuatro cuestiones relativas a alegaciones de corrupción que preceden al arbitraje:

- ¿El tribunal arbitral tiene competencia para resolver sobre estas alegaciones?
- En caso afirmativo, ¿cuál es el derecho aplicable para decidir sobre ellas?
- ¿Cuál es el estándar de prueba aplicable?
- Si se concluye que existió corrupción, ¿cuál es la consecuencia?

A continuación, se tratan estos temas.

#### 3.1. La competencia de los tribunales arbitrales para decidir sobre alegaciones de corrupción

La respuesta casi unánime<sup>31</sup> es que los tribunales arbitrales son competentes para resolver disputas contractuales donde existen alegaciones de corrupción.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Decisión del Tribunal Supremo de Justicia de Inglaterra y Gales del 18 de junio de 2020 (2020 EWHC 1584 (Comm)), disponible [aquí](#).

<sup>31</sup> La postura contraria fue adoptada en un caso CCI de 1963 decidido por el juez Lagergren. No obstante, esta postura no ha sido seguida y casi no existen laudos en arbitraje comercial que hayan adoptado esta postura. Ver caso CCI No. 1110 (1963), citado en Wetter, "Issues of Corruption before the International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunner Lagergren's 1963 Award in ICC Case no 1110", *Arbitration International* Vol. 10, Issue 3 (1994), p. 277-294.

<sup>32</sup> Ver Horvath, G. J. y Khan, K., "Addressing Corruption in Commercial Arbitration: How Do Arbitral Tribunals Evaluate and Adjudicate Contractual Relationships Tainted by Corruption?" (2016), *Revista Română de Arbitraj*, Wolters Kluwer România, Vol. 10, Issue 3, pp. 77-79.

En efecto, de acuerdo con el principio de separabilidad, la nulidad del contrato principal por existencia de corrupción en su formación no conlleva la nulidad del convenio arbitral, salvo que la corrupción haya alcanzado este último. Esta posición ha sido recogida en reglamentos arbitrales<sup>33</sup> y leyes de arbitraje.<sup>34</sup>

La conclusión puede ser distinta en el arbitraje de inversión, cuando, por ejemplo, la inversión se realiza mediante actos de corrupción. Se mencionó que diversos tratados de inversión definen a la “inversión” como aquella realizada de conformidad con las leyes del Estado receptor de la inversión. Por ejemplo, el tratado bilateral de inversiones suscrito por Uruguay y México define “inversión” como “*todo tipo de activo invertido en actividades económicas por un inversor de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante, de acuerdo con las leyes y reglamentos de esta última*”.<sup>35</sup> En estos casos, la cuestión de si existe una inversión en los términos del tratado requiere considerar la normativa local y puede conllevar una falta de jurisdicción por el tribunal. El caso *Metal-Tech c. Uzbekistán* es el primer caso en que un tribunal declinó jurisdicción al concluir que la inversión había sido realizada mediante corrupción.<sup>36</sup> Otros tribunales han declinado jurisdicción al considerar probadas violaciones legales graves distintas a la corrupción, como en *Inceysa c El Salvador*<sup>37</sup> y *Fraport c Filipinas*.<sup>38</sup> Cabe destacar que la jurisprudencia es casi unánime en que la ilegalidad que conlleva la falta de jurisdicción es la que ocurre al momento de *realizar* la inversión, y que actos ilegales posteriores son relevantes para analizar la admisibilidad o el mérito del reclamo.<sup>39</sup>

---

<sup>33</sup> Por ejemplo, el artículo 6(9) de las Reglas CCI (2021) establece que: “Salvo estipulación en contrario y siempre y cuando haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El tribunal arbitral conservará su competencia, aun en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y decidir sobre sus pretensiones y alegaciones”, disponible [aquí](#). Ver también las Reglas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (“LCIA”) (artículo 23.2, disponible [aquí](#)) y las Reglas CNUDMI (artículo 23(1), disponible [aquí](#)).

<sup>34</sup> Por ejemplo, artículo 7 del English Arbitration Act 1996.

<sup>35</sup> Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Oriental del Uruguay para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones del 30 de junio de 1999, artículo 1 (destacado agregado). Un lenguaje muy similar aparece en múltiples tratados, por ejemplo: el TBI entre el Reino Unido y Colombia del 17 de marzo de 2010, artículo 2 (a); el TBI entre Alemania y Filipinas, artículo 1; el TBI entre Suiza y Georgia del 3 de junio de 2014, artículo 1(2); y el TBI entre Israel y Uzbekistán del 4 de julio de 1994, artículo 1(1).

<sup>36</sup> *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo (4 de octubre de 2013), párrs. 372-373.

<sup>37</sup> *Inceysa Vallisoletana, SL c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo (2 de agosto de 2006), párrs. 207-208, 242-244 y 335.

<sup>38</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas I*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Laudo (16 de agosto de 2007), párrs. 398-401.

<sup>39</sup> Ver, por ejemplo, *Oxus Gold plc c. República de Uzbekistán*, CNUDMI, Laudo (17 de diciembre de 2015), párrs. 706-707.

### 3.2. El derecho aplicable a las alegaciones de corrupción y algunas cuestiones relacionadas

Los panelistas abordaron seguidamente la cuestión del derecho aplicable a las alegaciones de corrupción en el contexto del arbitraje de inversión.

En primer lugar, se comentó que el criterio rector es la voluntad de las partes, la cual puede estar expresada en el contrato o tratado aplicable. En defecto de acuerdo de las partes, la ley aplicable en un arbitraje de inversión también puede venir establecida en las reglas de arbitraje aplicables. En este contexto, los panelistas hicieron referencia al artículo 42(1) del Convenio CIADI,<sup>40</sup> el cual establece que a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal resolverá la controversia con base en las normas del Estado receptor de la inversión y el derecho internacional. Esta regla ha generado debate en cuanto al orden de prelación en la aplicación de estas normas,<sup>41</sup> como apuntaron los panelistas. Conviene también notar que el reglamento arbitral de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), aplicado regularmente en arbitrajes de inversión ad hoc, contiene una regla distinta a la recién mencionada, otorgando mayor discreción al tribunal arbitral para decidir qué derecho aplicar en cada caso. El artículo 35(1) del reglamento de arbitraje de la CNUDMI establece que a falta de acuerdo de las Partes, el derecho aplicable será aquél que el tribunal considere apropiado.<sup>42</sup> El artículo 21(1) de las reglas de arbitraje CCI<sup>43</sup> y el artículo 12.4(a) del reglamento de Delos<sup>44</sup> recogen la misma regla.

En la sección anterior, al referirnos al caso *Metal-Tech*, vimos que el derecho del Estado receptor de la inversión puede ser relevante para evaluar y decidir sobre la ilegalidad de una inversión por actos de corrupción. Ahora bien, aun

---

<sup>40</sup> Artículo 42(1): “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”, disponible [aquí](#).

<sup>41</sup> Ver Schreuer, C., *The ICSID Convention: a commentary* (2009), OUP, 2da ed., disponible [aquí](#), párrs. 204-244 y Benedettelli, M. “*Determining the Applicable Law in Commercial and Investment Arbitration: Two Intertwined Road Maps for Conflicts-Solving*” en Kinneer, M. y McLachlan, C. (eds) (2022), *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, OUP, Vol. 37, Issue 3, pp. 687 – 722.

<sup>42</sup> Artículo 35(1): “El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada” (n 33).

<sup>43</sup> Artículo 21(1): “Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas” (n 33).

<sup>44</sup> Artículo 12.4(a): “El calendario del arbitraje podrá incluir una pausa para que las partes consideren entablar, bajo su propia y entera discreción, negociaciones para llegar a un acuerdo (ya sea en el ámbito de una mediación o no) sin necesidad de que las partes tengan que informar al Tribunal si esas negociaciones tuvieron lugar y su resultado”.

cuando el tratado aplicable no tenga una cláusula que defina a la inversión como aquella realizada “de conformidad con las normas del Estado receptor de la inversión”, algunos tribunales han concluido que una inversión realizada en contravención de dichas normas debe conllevar el rechazo del reclamo en aplicación de la doctrina de “manos limpias”.<sup>45</sup> Si bien esta doctrina no es unánimemente aceptada, constituye un ejemplo de la aplicación del derecho internacional en los arbitrajes de inversión. En general, hoy en día, es aceptado que el derecho del Estado receptor de la inversión y el derecho internacional suelen coexistir en la resolución de disputas de inversión bajo tratado.

Dejando de lado la ley aplicable y adoptando una visión más general del problema de la corrupción, los panelistas se refirieron a un artículo de Cecily Rose que comenta cómo han procedido los tribunales arbitrales ante alegaciones de corrupción. Este artículo analiza más de 50 laudos emitidos en el período 1963-2014<sup>46</sup> donde se presentaron alegaciones de corrupción. La autora explica que los tribunales no han contribuido lo suficiente a la lucha contra la corrupción pues han encontrado formas para no pronunciarse sobre dichas alegaciones y, cuando lo han hecho, mayormente las han rechazado. La autora explica que los tribunales han evitado resolver sobre estas alegaciones con base en argumentos técnicos<sup>47</sup> o decidiendo los casos con base en otras alegaciones – como, por ejemplo, el caso *Bayindir c. Pakistan*,<sup>48</sup> donde el tribunal entendió que era fútil pronunciarse sobre si las alegaciones de corrupción estaban comprendidas dentro del alcance del Tratado Justo y Equitativo al entender que *prima facie* se había acreditado una violación de dicho estándar por otros hechos. Por su parte, cuando los tribunales sí se han pronunciado sobre alegaciones de corrupción, rara vez han concluido que ella ha sido probada.<sup>49</sup> Cuando se ha considerado probada, la corrupción ha conllevado la desestimación del reclamo del demandante.

Ahora bien, los panelistas comentaron que en casos de corrupción de funcionarios el Estado también tiene parte de la responsabilidad, y que los tribunales han hecho valer tal responsabilidad de alguna manera en sus decisiones sobre costos. Por ejemplo, en *Metal-Tech*, el tribunal rechazó la regla de que “los costos siguen al resultado” y a pesar de aceptar la objeción jurisdiccional del Estado basada en actos de corrupción, distribuyó los costos

---

<sup>45</sup> Ver Crawford, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th ed., OUP (2019), p. 675.

<sup>46</sup> Los laudos analizados incluyen casos bajo el Convenio CIADI, Reglas CCI, CNUDMI y el Tribunal de Reclamaciones EEUU-Irán.

<sup>47</sup> *International Systems & Controls Corporation c. Industrial Development and Renovation Organization of Iran y otros*, Laudo 256-439-2 (1986) 12 Iran-USCTR 239.

<sup>48</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AŞ c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No ARB/03/29 Decisión sobre Jurisdicción (14 de noviembre de 2005), párrs. 242-251.

<sup>49</sup> Rose, C., “*Questioning the Role of International Arbitration in the Fight Against Corruption*” (2013), Leiden Law School Research Paper, disponible [aquí](#), p. 2.

en partes iguales porque el Estado “participó en la creación de la situación [es decir, el soborno] que conduce a la desestimación de la demanda”.<sup>50</sup> El tribunal en *Spentex c. Uzbekistán* fue aún más lejos y, basándose en la participación de oficiales uzbekos en el soborno, instó al Estado a hacer una donación de USD 8 millones a un fondo anticorrupción de la ONU bajo apercibimiento de emitir una decisión sobre costos adversa aún más alta.<sup>51</sup> Uzbekistán cumplió con realizar la donación.

Si bien, como sugiere la explicación anterior, los hechos de corrupción suelen ser utilizados por los Estados como “defensa”, existen casos en que los inversionistas se han referido a tales hechos para sustentar su caso. Los panelistas comentaron el caso *EDF c. Rumania*,<sup>52</sup> donde EDF alegó haber sufrido represalias en sus inversiones en el sector aeroportuario y aéreo luego de que directores de la compañía se negaran a pagar USD 2.5 millones al entonces primer ministro rumano. El tribunal decidió que Rumania había violado el tratado de inversión aplicable y la condenó a indemnizar a EDF, aunque por razones no relacionadas con la corrupción.

### 3.3. La prueba de la corrupción

Probar la corrupción es inherentemente difícil pues las partes involucradas en un acto de corrupción intentan no dejar rastro del acto. En este contexto, los panelistas comentaron el estándar de prueba aplicado por los tribunales para evaluar si se ha demostrado (o no) la existencia de corrupción. También comentaron el uso más frecuente que se ha dado últimamente a la prueba indiciaria.

#### 3.3.1. El estándar de prueba

Existe debate sobre cuál es el estándar probatorio adecuado para casos de corrupción. Los reglamentos arbitrales del CIADI, CCI o CNUDMI dejan en manos del tribunal la determinación de dicho estándar, al igual que las Reglas de la IBA sobre la Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional.<sup>53</sup> Los panelistas comentaron los estándares aplicados por los tribunales arbitrales:

---

<sup>50</sup> Metal-Tech (n 36), párrs. 420-422.

<sup>51</sup> *Spentex Netherlands, BV c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI No ARB/13/26, Laudo (27 de diciembre de 2016). Laudo no disponible públicamente. Información obtenida de IA Reporter.

<sup>52</sup> *EDF (Services) Limited c. Rumania*, Caso CIADI No ARB/05/13, Laudo (8 de octubre de 2009), párr. 221.

<sup>53</sup> Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre la Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), Artículo 9(1): “El Tribunal Arbitral determinará la admisibilidad, relevancia, importancia y valor de las pruebas”, disponible [aquí](#).

- **Balance de probabilidades o preponderancia de la prueba.** De acuerdo con este estándar, que proviene del derecho anglosajón,<sup>54</sup> un tribunal concluirá que existe corrupción si considera más probable que ella haya ocurrido a que no a la luz de la evidencia disponible. Este estándar fue aplicado en *Unión Fenosa Gas c. Egipto*.<sup>55</sup>
- **Certeza razonable.** De acuerdo con este estándar, un tribunal concluirá que existió corrupción si está razonablemente convencido de ello a la luz de la evidencia disponible.<sup>56</sup> Este estándar se aplicó en *Metal-Tech*, en conjunto con el uso de prueba indiciaria.<sup>57</sup>
- **Prueba clara y contundente (o convincente).** De acuerdo con este estándar, un tribunal concluirá que existió corrupción si existe prueba clara y convincente que así lo demuestre. Este es un estándar elevado cuya aplicación ha sido justificada en la gravedad de la corrupción y de las consecuencias de considerarla probada. Este fue el estándar aplicado en *Fraport c. Filipinas IF*<sup>58</sup> y en *EDF c. Rumania*.<sup>59</sup> Otros tribunales han coincidido en que el estándar debe ser más elevado, aunque lo han denominado de forma diferente. Así, *African Holdings c. el Congo*<sup>60</sup> se refirió al concepto de “prueba irrefutable” y *TSA Spectrum c. Argentina* se refirió a “la más alta rigurosidad probatoria”.<sup>61</sup>

<sup>54</sup> Se atribuye su formulación a la decisión en *Mille v. The Minister of Pensions* (House of Lords, 2 All ER 372, 1947).

<sup>55</sup> *Unión Fenosa Gas, S.A. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/14/4, Laudo (31 de agosto de 2018), párr. 7.52. Ver también Risso, H. y Zinnerman, L., “La Prueba de la Corrupción en el Arbitraje de Inversión” en *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, Núm. 11 (2019) disponible [aquí](#) y los siguientes casos: *Libananco Holdings Co. Limited c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/06/8, Laudo (2 de septiembre de 2011), párr. 125; *Flughafen Zürich y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo (18 de noviembre de 2014), párrs. 140-144 y *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo (27 de agosto de 2019), párrs. 669-670.

<sup>56</sup> *BSG Resources Limited y otros c. República de Guinea*, Caso CIADI No. ARB/14/22 Laudo [Redacted] (18 de mayo de 2022), párrs. 494-496.

<sup>57</sup> *Metal-Tech* (n 36), párr. 243.

<sup>58</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/11/12, Laudo (10 de diciembre de 2014), párr. 479. Otros casos donde se aplicó este estándar son *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/13/1, Laudo (22 de agosto de 2017), párr. 492 y *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, Laudo (1 de junio de 2009), párr. 326 (caso relacionado con fraude en la adquisición de la nacionalidad libanesa).

<sup>59</sup> *EDF* (n 51), párr. 221.

<sup>60</sup> *African Holding Company of America, Inc y otros c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/05/21, Decisión de jurisdicción (29 de julio de 2008), párr. 52.

<sup>61</sup> *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/5, Laudo (19 de diciembre de 2008), párr. 172. Ver también *Saba Fakes c. República de Turquía*, Caso CIADI

Cabe destacar que, en algunas ocasiones, los tribunales han adoptado un enfoque híbrido y aplicado más de un estándar de prueba.<sup>62</sup> También ha habido casos en que el tribunal analizó la existencia de corrupción sin articular el estándar de prueba aplicable.<sup>63</sup>

### 3.3.2. La prueba indiciaria

En respuesta a la dificultad de probar actos de corrupción, los tribunales arbitrales se han mostrado cada vez más abiertos a considerar prueba circunstancial o indiciaria.<sup>64</sup> La jurisprudencia ha adoptado nociones provenientes de instrumentos de prevención de la corrupción,<sup>65</sup> como las denominadas “*red flags*”,<sup>66</sup> que por sí mismas no prueban corrupción pero, consideradas en conjunto, pueden hacerlo.<sup>67</sup>

Los panelistas mencionaron el caso *Metal-Tech c. Uzbekistán* como un ejemplo donde se consideraron “*red flags*” para probar la corrupción. Metal-Tech y dos entidades estatales de Uzbekistán formaron una *joint venture* para la construcción y explotación de una planta de molibdeno. Metal-Tech también firmó, en paralelo, tres acuerdos de consultoría por más de USD 4 millones con personas vinculadas al gobierno. Metal-Tech y las entidades uzbekas tuvieron desacuerdos sobre la distribución de las ganancias y activos de la *joint venture*, lo cual generó un arbitraje. La defensa del Estado consistió en alegar que los

---

No. ARB/07/20, Laudo, 14 de julio de 2010, párr. 131 y *H&H Enterprises Investments, Inc. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/09/15, Laudo (6 de mayo de 2014) párr. 390.

<sup>62</sup> Por ejemplo, en *Getma c. República de Guinea* el tribunal concluyó que debía evaluar si la prueba era clara y convincente y si podía proporcionarle una certeza razonable de que la concesión en cuestión se obtuvo mediante corrupción (*Getma International y otros c. República de Guinea*, Caso CIADI No. ARB/11/29, Laudo, 16 de agosto de 2016, párr. 184). Ver también Vladislav Kim y otros c. República de Uzbekistán, Caso CIADI No. ARB/13/6, Decisión sobre Jurisdicción (8 de marzo de 2017), párr. 614.

<sup>63</sup> Rose (n 48), p. 14. Por ejemplo: *William J. Levitt c. la República Islámica de Irán y otros*, Caso No 209, Laudo No. 297-209-1 (1987) 14 *Iran-U.S.C.T.R.* 191 y caso CCI No 6286, Laudo Parcial de 1991, (1994) *Yearbook of Commercial Arbitration* Vol. 19, p. 141.

<sup>64</sup> Por ejemplo, el tribunal en *Oostergetel c. Eslovaquia* expresó que sin perjuicio del estándar de la prueba aplicable, la corrupción puede probarse a través de evidencia circunstancial (*Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República de Eslovaquia*, CNMUDMI, Laudo (23 de abril de 2012), párr. 303. Ver también Low, L., “*Dealing with Allegations of Corruption in International Arbitration*”, *AJIL Unbound*, Vol. 113 (2019), pp. 343-344.

<sup>65</sup> Ver Llamzon, A., “Chapter 14: Arbitrating Corruption”, en Moser, M. J. y Bao, C. (eds), *Managing ‘Belt and Road’ Business Disputes: A Case Study of Legal Problems and Solutions*, Kluwer Law International (2021), p. 297-298.

<sup>66</sup> Ver: *Glencore* (n 54), párrs. 669-670; Vladislav Kim (n 61), párrs. 548-549; *Tethyan Copper Company Pty Limited c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/12/1, Decisión sobre la aplicación del Demandado para desestimar los reclamos (con fundamentos), 10 de noviembre de 2017, párrs. 306-308; *BSG* (n 55); *Metal-Tech* (n 36), párr. 293; *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, TLCAN, Laudo Final del Tribunal en Jurisdicción y Méritos, 3 de agosto de 2005, Parte III – Capítulo B, párr. 3 y *Spentex* (n 50).

<sup>67</sup> *BSG* (n 55), párr. 496.

contratos de consultoría encubrían sobornos a favor de funcionarios públicos, tiñendo de ilegalidad la inversión de Metal-Tech. El tribunal consideró probada la corrupción en relación con dos de los acuerdos de consultoría, para lo cual se apoyó en seis hechos que calificó de “*red flags*” y declinó jurisdicción.<sup>68</sup>

Al hablar de prueba circunstancial o indiciaria también se hace referencia a la idea de “conectar los puntos” (“*connect the dots*”), que puede considerarse como una derivación de la noción de “*red flags*”. La referencia a “conectar los puntos” ayuda a visualizar el uso que se hace de la evidencia circunstancial o indiciaria para llegar a una visión fáctica completa.<sup>69</sup> El tribunal del caso *Methanex c. EE. UU.* fue el primero en aplicar esta teoría, explicando que es fundamental evaluar cada “punto” de manera individual, en su propio contexto y por su propio significado, antes de intentar generar un patrón.<sup>70</sup>

Más recientemente, con base en “*red flags*” y la teoría de “conectar los puntos”, el tribunal en *Spentex c. Uzbekistán* consideró que pagos millonarios en consultoría ocultaban sobornos a funcionarios uzbekos para asegurar la adquisición de dos fábricas textiles. El tribunal consideró como “*red flags*” los montos exorbitantes de los contratos, la falta de experiencia de las empresas consultoras, el ocultamiento por el inversor de los contratos y la escasa prueba de los servicios prestados, los cuales tomados en conjunto demostraban la corrupción.<sup>71</sup>

En la sentencia emitida en 2020 en el caso Alstom comentado *supra*, la Corte de Apelaciones de París comentó, en detalle, los indicios que sustentaron su hallazgo de corrupción. Estos incluyeron la prueba limitada de los servicios de asesoría supuestamente prestados, la existencia de recursos humanos y materiales muy limitados, la desproporcionalidad entre los servicios comprometidos y el precio reclamado, la existencia de una contabilidad dudosa de parte de ABL y el hecho de que Alstom había reconocido en procesos en Estados Unidos haber pagado sobornos por proyectos en otros países. Esta sentencia es importante pues lista indicios que pueden considerarse relevantes

---

<sup>68</sup> Metal-Tech (n 36), párr.293. En este caso, las “red flags” fueron: (i) el monto de los pagos, (ii) la falta de prueba sobre la ejecución de los servicios, (iii) la falta de calificaciones de los “consultores”, (iv) la calidad de simulados de los contratos de consultoría, (v) la falta de transparencia del beneficiario de los pagos y (vi) las conexiones de los consultores con funcionarios públicos a cargo de la inversión de Metal-Tech.

<sup>69</sup> Kehoe, E. y Llamzon, A., “Chapter 12: Proving Corruption in International Arbitration: The Utility of “Red Flags”” en Reisman, W. M. y Blackaby, N. (eds), *Arbitration Beyond Borders: Essays in Memory of Guillermo Aguilar Álvarez*, Kluwer Law International (2023), p. 211.

<sup>70</sup> Methanex (n 65), Parte III – Capítulo B, párr. 3.

<sup>71</sup> Spentex (n 50).

para concluir que existe corrupción, pudiendo servir de guía para otros tribunales.<sup>72</sup>

### **3.4. Consecuencias de la corrupción**

Por último, los panelistas comentaron las consecuencias de que se considere probada la corrupción. Coincidieron en que la corrupción en la obtención de un contrato conlleva su nulidad, y que como parte de un arbitraje de inversiones puede conllevar la falta de jurisdicción del Tribunal o el rechazo de la reclamación en los méritos.

---

<sup>72</sup> Decisión de la Corte de Apelaciones de París (n 27). Ver también Stefani (n 25).