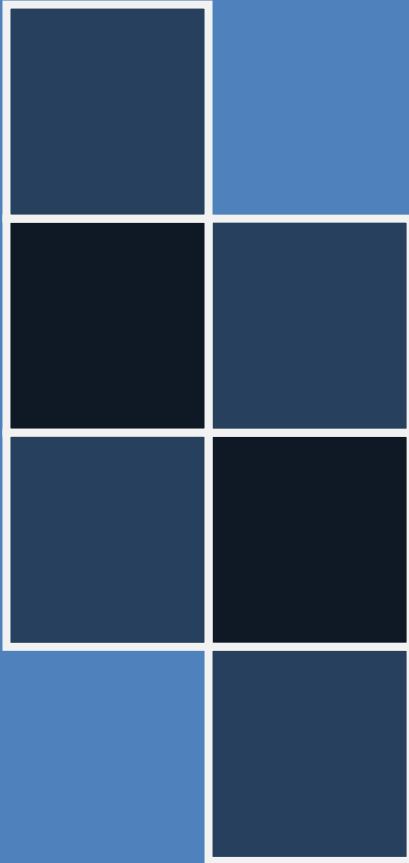




# BA Arbitration Review

Edición Nº II – Junio 2013



**Directora Académica**

Dra. Prof. María Blanca Noodt Taquela

**Director Ejecutivo**

Pablo Parrilla

**Director Editorial**

Nicolás E. Bianchi

**Director Comunicación**

Nicolás J. Caffo

**Redactores**

Emiliano Méndez Ortiz

Juan M. Peralta

**Jefe de Corresponsales Internacionales**

Ma. Laura Vilardo



BA Arbitration Review es una publicación sin fines de lucro que no ejerce modificaciones sobre los textos enviados por los autores, cuyas opiniones no reflejan necesariamente la opinión de BAAR y son de su exclusiva responsabilidad.

© BA Arbitration Review Nº 2 – Junio 2013

E-mail: [contacto@baarbitrationreview.com](mailto:contacto@baarbitrationreview.com)

Página web: [www.baarbitrationreview.com](http://www.baarbitrationreview.com)

Diseño y diagramación: Estudio Senix Solution Desing

Revisión y composición de textos: Julián Navarro

El contenido de la Revista no puede ser publicado en otra página de internet sin autorización expresa de BAAR.

Este documento puede ser citado, total o parcialmente, siempre y cuando se mencione la fuente. Agradeceremos se envíe copia de cualquier documento, artículo u otro que cite esta Publicación.

## EL TRATAMIENTO DE LAS DENUNCIAS DE CORRUPCIÓN EN EL MARCO DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES EXTRANJERAS



Por *Federico Godoy*

Socio en Beretta-Godoy, Buenos Aires. Participó como abogado de parte en arbitrajes conducidos bajo las reglas del CIADI, ICC, ICDR y de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Fue distinguido por Chambers & Partners por su práctica en Litigios y Solución de Controversias en 2009 y 2010 de Chambers and Partners Latin American Leading Lawyers for Business y en Who's Who in Commercial Arbitration 2009.

Es embajador en Argentina del Chinese European Arbitration Centre, Miembro del Comité de Arbitraje de la International Bar Association (IBA), Corresponsal por Argentina de Kluwer Arbitration y Miembro del Advisory Board del Institute for Transnational Arbitration.

### Resumen

La corrupción es un fenómeno presente en todos los países del mundo, sin importar el grado de desarrollo, el ámbito de la vida o la clase social. En los últimos años, las denuncias por corrupción en el marco de arbitrajes de inversiones han aumentado considerablemente. En este artículo se analizan las consecuencias jurídicas que dichas denuncias pueden tener en el arbitraje de inversiones, y el tratamiento que han recibido las mismas por parte de distintos tribunales arbitrales.

### Abstract

Corruption is a widespread practice all over the world, irrespective of the level of economic development or social class. During the last years, corruption allegations in investment arbitrations have increased considerably. This paper will analyze the legal consequences of such allegations and the treatment given to them by investment arbitration tribunals.

## 1. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un fenómeno tan antiguo como la humanidad. Está presente en todos los países sin importar el grado de desarrollo, el ámbito de la vida o la clase social.<sup>1</sup> En 2010, una encuesta de la BBC reveló que la corrupción es el problema más debatido en todas partes del mundo y el que se considera de mayor gravedad.<sup>2</sup>

La organización no gubernamental Transparencia Internacional prepara y divulga anualmente desde 1995 un “índice de percepción de la corrupción”, en virtud del cual se evalúa el nivel de corrupción existente en distintos países y se otorga a cada uno un puntaje que va de 0 (altamente corrupto) a 100 (muy limpio). En 2012, dos tercios de los 176 países clasificados obtuvieron una puntuación inferior a 50.<sup>3</sup>

La corrupción afecta seriamente a la sociedad, tanto en la prestación de los servicios que justifican la existencia del Estado como en el normal desenvolvimiento de la actividad privada. Más ostensiblemente, la corrupción obstaculiza las acciones destinadas a asegurar derechos humanos fundamentales, como los derechos de acceso a la justicia, salud, educación, a un ambiente sano, a obras de infraestructura esenciales, y también socava el desarrollo económico y distorsiona las condiciones competitivas internacionales al incrementar los costos de las transacciones.<sup>4</sup>

El problema de la corrupción internacional comenzó a debatirse en Estados Unidos en la década de 1970, tras el escándalo conocido como *Watergate*.<sup>5</sup> Hasta ese momento, muchas empresas americanas tenían como práctica habitual el soborno de funcionarios públicos extranjeros, en abierta violación de las legislaciones locales, a fin

---

<sup>1</sup> Sharon Eicher, *Corruption in International Business – The challenge of cultural and legal diversity*, Gower, 2009, páginas 1 a 14.

<sup>2</sup> Véase [http://www.bbc.co.uk/pressoffice/pressreleases/stories/2010/12\\_december/09/corruption.shtml](http://www.bbc.co.uk/pressoffice/pressreleases/stories/2010/12_december/09/corruption.shtml)

<sup>3</sup> <http://cpi.transparency.org/cpi2012/results/>

<sup>4</sup> Así lo reconoce la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo. Véase <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/47079135.pdf>; y <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/AntiBriberyAnnRep2011.pdf>

<sup>5</sup> Paul D. Carrington, *Enforcing international corrupt practices law*, 32 *Michigan Journal of International Law* 129-164 (2010), página 131.



de inducirlos a invertir fondos públicos en sus negocios o darles acceso a los recursos locales.<sup>6</sup> Al mismo tiempo, la corrupción era considerada un delito común, cuyo juzgamiento correspondía a la jurisdicción interna de cada estado, por aplicación del principio de la territorialidad de los delitos y la noción de que cada estado debía juzgar la responsabilidad de sus propios funcionarios.<sup>7</sup>

En 1977, Estados Unidos se convirtió en el primer país en sancionar penalmente los actos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros, al sancionar la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (“LPCE”), que dio el puntapié para que la comunidad internacional comenzara a considerar el problema de la corrupción internacional.

Durante la década de 1990 la comunidad internacional propició la creación de numerosos instrumentos destinados a combatirla, tanto a nivel mundial como en los ámbitos regionales.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Paul D. Carrington, *Op. Cit.*, página 131.

<sup>7</sup> Hilmar Raeschke-Kessler, "Corruption in Foreign Investment - Contracts and Dispute Settlement between Investors, States, and Agents", en: *The Oxford Handbook of international Investment Law*, 2008, página 588.

<sup>8</sup> Fruto de estos esfuerzos son: la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, aprobada por la Organización de los Estados Americanos en 1996, disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>; el “Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea”, aprobado por el Consejo de la Unión Europea en 1997, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41997A0625%2801%29:ES:HTML>, que, junto con la “Decisión marco relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado” de 2003, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003F0568:ES:HTML>, son los dos instrumentos más importantes con que cuentan los estados miembros de la Unión Europea para combatir la corrupción; la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, aprobado bajo los auspicios de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (“OCDE”) en 1997, disponible en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/47079135.pdf>; la “Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción”, aprobada por los jefes de estado y de gobierno de la Unión Africana en 2003, disponible en [http://www.africa-union.org/official\\_documents/Treaties\\_%20Conventions\\_%20Protocols/Convention%20on%20Combating%20Corruption.pdf](http://www.africa-union.org/official_documents/Treaties_%20Conventions_%20Protocols/Convention%20on%20Combating%20Corruption.pdf); y la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, aprobada en 2003 por el Comité Ad Hoc para la Negociación de la Convención contra la Corrupción creado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2000, disponible en [http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf). A la fecha, no existen tratados internacionales destinados a la promoción y protección de las inversiones



## 2. CONCEPTO Y ALCANCES

En el presente estudio nos ocuparemos del tratamiento que se da a las denuncias de corrupción en el arbitraje de inversiones extranjeras. Para esto, sólo tomaremos en consideración la corrupción internacional, es decir, aquella que involucra a funcionarios públicos de un estado y a nacionales de otro (personas físicas o jurídicas).<sup>9</sup>

En cuanto a la caracterización de la corrupción, no existe un concepto universalmente aceptado. La “Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales” (OCDE, 1997) la define como todo acto mediante el cual:

(...) una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales.<sup>10</sup>

Por su parte, el Convenio de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción distingue entre la corrupción activa y la corrupción pasiva. La corrupción activa consiste en:

---

extranjeras, bilaterales o multilaterales, que contengan cláusulas específicamente referidas a la corrupción.

<sup>9</sup> Así se caracteriza en los tratados internacionales destinados a prevenir la corrupción. Véase por ejemplo el Artículo VIII de la Convención Interamericana contra la Corrupción, disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>; o el Artículo 1 de la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, disponible en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/47079135.pdf>.

<sup>10</sup> Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, art. 1.

[...] el hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario, para éste o para un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función.<sup>11</sup>

En cambio, la corrupción pasiva es caracterizada como:

[...] el hecho intencionado de que un funcionario, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o abstenerse de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función.<sup>12</sup>

Los tratados celebrados para la protección de las inversiones extranjeras, sean bilaterales o multilaterales, en general no contienen cláusulas directamente referidas a la corrupción. El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados establece en su Artículo 52 como una causal de anulación que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal. Sin embargo, como se indicó precedentemente, dicha situación se encuentra fuera del alcance del presente artículo.

---

<sup>11</sup> Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, art. 3, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41997A0625%2801%29:ES:HTML>

<sup>12</sup> Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, art. 2, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41997A0625%2801%29:ES:HTML>



Según un estudio realizado en 2009 sobre 36 laudos arbitrales,<sup>13</sup> pueden distinguirse dos hipótesis típicas en cuyo contexto se plantean las denuncias de corrupción:<sup>14</sup>

- Un estado y un inversor extranjero celebran un contrato (concesión, licencia, *joint venture*, etc.). Ante un incumplimiento del estado, el inversor inicia un arbitraje. El estado intenta resistir el reclamo alegando (como defensa preliminar o en el fondo) que el acuerdo es nulo por haberse cometido actos de corrupción en su celebración.
- Un inversor extranjero celebra un contrato de agencia o intermediación con un sujeto local, a fin de que éste le facilite o posibilite la obtención de ciertos contratos generalmente referidos a la provisión de servicios públicos o a la construcción de obras públicas. Obtenido el contrato deseado, el inversor se niega a pagar la comisión pactada. El agente inicia el arbitraje. El inversor trata de resistir el reclamo alegando que el contrato es nulo por tener un objeto contrario a la moral y al derecho, ya que una parte de la comisión convenida se destinaría al cohecho de funcionarios públicos.

La primera hipótesis implica la existencia de un contrato *obtenido* mediante corrupción, mientras que la segunda implica la existencia de un contrato *celebrado para cometer* actos de corrupción. La segunda situación se da más comúnmente en un contexto privado, por lo cual, es más frecuente en el arbitraje comercial internacional; en cambio, la primera suele darse en el ámbito del arbitraje de inversiones.

### **3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DENUNCIA DE CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES**

---

<sup>13</sup> Hilmar Raeschke-Kessler, *Op. Cit.*, págs. 584-616

<sup>14</sup> Hilmar Raeschke-Kessler, *Op. Cit.*, página 592. Véase también Florian Haugeneder y Christoph Liebscher, *Corruption and Investment Arbitration: substantive standards and proof*, en *Austrian Arbitration Yearbook 2009*, C.H. Beck, Stämpfli & Manz, 2009, página 541.



La corrupción, si es probada, puede acarrear distintas consecuencias jurídicas en el marco de un arbitraje de inversiones, sea respecto de la jurisdicción del tribunal o los derechos sustantivos de las partes. El arbitraje de inversiones en general, y la implicancia que en él tienen los actos de corrupción en particular, son materias en constante desarrollo y no existen postulados que sean unánimemente aceptados por autores y tribunales en materia de corrupción, sino más bien líneas de pensamiento que se van generando a partir de laudos arbitrales y el trabajo de profesionales y doctrinarios.<sup>15</sup>

### 3.1 JURISDICCIÓN

Se ha dicho que la corrupción debe ser analizada en la etapa de jurisdicción por aplicación de la “doctrina de las manos limpias”,<sup>16</sup> según la cual un sujeto no puede interponer un reclamo cuando ha cometido actos ilícitos con relación a su materia.<sup>17</sup> En virtud de ello, se considera que el inversor que ha cometido actos de corrupción pierde el derecho a aceptar el consentimiento al arbitraje otorgado anticipadamente por el Estado: Al no poder aceptar dicho consentimiento, no hay acuerdo arbitral ni arbitraje.

Este razonamiento es congruente con las particularidades que reviste la formación del acuerdo arbitral en el arbitraje de inversiones, en cuyo ámbito el estado realiza una oferta abierta de arbitraje a través de tratados o legislación interna, y el inversor la acepta al presentar su solicitud de arbitraje.

---

<sup>15</sup> Se trata de los casos World Duty Free Company Limited c/ la República de Kenya, CIADI, ARB/00/7, laudo del 4 de octubre de 2006, disponible en <http://italaw.com/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>; e Inceysa Vallisoletana, S. L. c/ la República de El Salvador, CIADI, ARB/03/26, laudo del 2 de agosto de 2006, disponible en [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0425\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0425_0.pdf). Ambos casos serán analizados a lo largo de este trabajo.

<sup>16</sup> Bernardo Cremades, "Corruption and Investment Arbitration", en Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, ICC Publication, 2005, página 216

<sup>17</sup> Rahim Moloo, A comment on the clean hands doctrine in International Law, TDM 1 (2011), página 1.

En la misma línea, también puede argumentarse que la existencia de una inversión es el requisito necesario para acceder a los derechos establecidos por un tratado de protección de inversiones, y si ésta tiene una causa ilícita, no puede generar tales derechos para el supuesto inversor.

Sin embargo, la doctrina de las manos limpias ha tenido muy poca utilización en el arbitraje de inversiones, al menos expresamente. De hecho, su aplicación en derecho internacional ha sido infrecuente y ha recibido cuestionamientos.<sup>18</sup>

En *TSA Spectrum de Argentina S.A. c/ Argentina*,<sup>19</sup> la República Argentina argumentó que la inversión de la actora no podría considerarse protegida por el tratado bilateral para la protección de inversiones (“TBI”) entre Argentina y Alemania, pues éste requería que la inversión se realizara de acuerdo con las leyes y reglamentaciones del Estado receptor,<sup>20</sup> lo que, en su opinión, no había ocurrido, porque la actora había obtenido su inversión mediante fraude y cohecho.<sup>21</sup>

Argentina sostenía que el Tribunal tenía jurisdicción para decidir que TSA no podía gozar de la protección del TBI. El Tribunal observó que la prueba producida no permitía sostener que la concesión había sido obtenida ilegalmente,<sup>22</sup> y que Argentina había iniciado investigaciones sobre los delitos referidos a la concesión adjudicada a TSA, las que, a la fecha del laudo,

---

<sup>18</sup> Véase las consideraciones vertidas respecto de esta doctrina por el Tribunal Arbitral de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar a fin de resolver una disputa entre Guyana y Surinam, laudo del 17 de septiembre de 2007, párrafo 417 y siguientes. Disponible en <http://www.pca-cpa.org/upload/files/Guyana-Suriname%20Award.pdf>

<sup>19</sup> *TSA Spectrum de Argentina S.A. c/ la República Argentina*, CIADI, ARB/05/5, laudo del 19 de diciembre de 2008. Disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0875.pdf>

<sup>20</sup> *TSA Spectrum de Argentina S.A. c/ la República Argentina*, párrafo 163.

<sup>21</sup> *TSA Spectrum de Argentina S.A. c/ la República Argentina*, párrafo 166.

<sup>22</sup> *TSA Spectrum de Argentina S.A. c/ la República Argentina*, párrafo 175.



estaban inconclusas.<sup>23</sup> Sin embargo, el Tribunal no llegó a pronunciarse acerca de este punto porque resolvió, por otros motivos, que carecía de jurisdicción.<sup>24</sup>

Por otro lado, alguna jurisprudencia ha dicho que los actos de corrupción privan de jurisdicción al tribunal interviniente. Esto fue lo que se resolvió en el caso ICC No. 1110 de 1963,<sup>25</sup> que surgió a raíz del reclamo planteado por un ingeniero argentino, exigiendo el pago de las comisiones que había acordado con una empresa inglesa con oficinas en Buenos Aires, respecto de los contratos que eventualmente se le adjudicaran a ésta para la provisión de equipamiento para el suministro de energía eléctrica. La demandada reconoció que había celebrado el acuerdo por las conexiones políticas y las influencias en círculos comerciales e industriales que poseía el actor.<sup>26</sup>

Aunque no hubo objeciones jurisdiccionales, el árbitro elegido para resolver la disputa, Gunnar Karl Lagergren, decidió *motu proprio* examinar la cuestión de su jurisdicción, ya que el contrato cuyo incumplimiento había motivado el reclamo era, en su opinión, contrario a la moral. Lagergren observó que “el acuerdo celebrado entre las partes contemplaba el soborno de funcionarios argentinos con la finalidad de conseguir el negocio deseado”, y que las comisiones a pagarse se utilizarían “en su mayor parte para el pago de sobornos.” Agregó, también, que ningún tribunal, fuera arbitral o judicial, podía entender en un caso de estas características, ya que “los contratos que implican una violación grave a la moral (“*bonos mores*”) y al orden público internacional son inválidos o al menos no pueden ejecutarse y no pueden ser sancionados por jueces o árbitros.”<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> TSA Spectrum de Argentina S.A. c/ la República Argentina, párrafo 174.

<sup>24</sup> TSA Spectrum de Argentina S.A. c/ la República Argentina, párrafo 176.

<sup>25</sup> Un resumen del caso puede encontrarse en <http://translex.uni-koeln.de/output.php?docid=201110>

<sup>26</sup> J. Gillis Wetter, “Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals; The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren’s 1963 Award in ICC Case No. 1110” (1994) Vol. 10, No. 4 Arbitration International 227.

<sup>27</sup> J. Gillis Wetter, *Op. Cit.*, página 294.



La decisión de Lagergren ha sido objeto de críticas porque, entre otras cosas, se dice que desconoce la doctrina de la separabilidad de la cláusula arbitral,<sup>28</sup> cuya aplicación en arbitraje de inversiones no es posible debido a las particularidades del acuerdo arbitral en este ámbito, que ya se señalaron.

### **3.2 DERECHOS SUSTANTIVOS DE LAS PARTES**

En el arbitraje de inversiones, los derechos que otorgan protección al inversor pueden derivar de un tratado internacional, de la legislación interna del estado receptor de la inversión y/o de un contrato entre el inversor y dicho estado. Si la corrupción invocada por las partes es adecuadamente probada, pueden afectar esos derechos de diversa manera.

Cuando se trata de derechos derivados de un contrato, la corrupción puede acarrear la nulidad del contrato, destruyendo así tales derechos. Esto ocurre cuando la ley aplicable al contrato sanciona con nulidad a los acuerdos contrarios a la moral, las buenas costumbres o el derecho. Este fue el caso en *World Duty Free c/ Kenia*, que surgió a raíz de un acuerdo de concesión celebrado en 1989 para la construcción, manejo y operación de tiendas *duty-free* en los aeropuertos de Nairobi y Mombasa. Dicho acuerdo contenía una cláusula a través de la cual se elegía como derecho aplicable el del Reino Unido y Kenia.<sup>29</sup> En 1998, en medio de un gran escándalo de corrupción que involucraba a varios funcionarios del gobierno, y en el que la actora se había visto indirectamente involucrada, se dispuso despojarla de su inversión por orden judicial y se nombró un administrador. En 2000, la actora inició un arbitraje bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), por entender que se había expropiado su inversión. Durante el curso del procedimiento, la actora explicó en detalle cómo había efectuado pagos al presidente

---

<sup>28</sup> Jason Webb Yackee, *Investment treaties and investor corruption: an emerging defense for host states*, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52:723, págs. 728 y 729.

<sup>29</sup> Estas son las dos peculiaridades que tiene *World Duty Free c/ Kenia*: no surge de un tratado para la protección de inversiones extranjeras, y no se aplica para su resolución el derecho internacional.



de la República a fin de que éste aprobara la inversión que pretendía realizar. De hecho, ambas partes reconocían que se habían efectuado esos pagos, pero diferían en cuanto a su caracterización. Kenia aducía que se trataba de un soborno para obtener la inversión; mientras que la actora sostenía que se trataba de un obsequio, según lo indicaba el protocolo, o una donación personal al presidente, a ser utilizada para fines público, según la tradición keniana del Harambee.<sup>30</sup>

El Tribunal consideró que, si bien en ocasiones el protocolo admite el intercambio de presentes con los Jefes de Estado, los pagos efectuados para obtener la aprobación presidencial de una inversión constituían cohecho, una práctica sancionada por el derecho penal de la mayoría de los países, incluido el Reino Unido y Kenia, que era el derecho aplicable al contrato.<sup>31</sup> Por lo tanto, el tribunal resolvió que los reclamos basados en contratos en los que había existido corrupción, o se habían obtenido por corrupción, no podrían ser confirmados ni ejecutados.<sup>32</sup>

Distinta es la situación que se plantea cuando los derechos sustantivos del inversor derivan de un tratado internacional o de la normativa interna de los estados. Si los actos de corrupción son adecuadamente probados, el inversor podría verse privado de la facultad de beneficiarse de los derechos conferidos por el tratado, y el Estado, de la facultad de resistir los reclamos planteados en su contra. Así lo han entendido algunos tribunales arbitrales, fundándose en la “doctrina de las manos limpias.”<sup>33</sup>

En *Inceysa Vallisoletana S.L. c/ El Salvador*, el Estado sostenía que la actora había obtenido un contrato de concesión para la prestación de servicios de revisión técnica de vehículos (que fue rescindido) a través de un fraude masivo durante el proceso de licitación. Esto, argüía, la privaba de su derecho a reclamar por el incumplimiento de las cláusulas del tratado de protección de

---

<sup>30</sup> World Duty Free c/ Kenia, párrafo 133.

<sup>31</sup> World Duty Free c/ Kenia, párrafos 158 y ss.

<sup>32</sup> World Duty Free c/ Kenia, párrafos 157.

<sup>33</sup> También se la conoce como “*clean hands doctrine*”, “*unclean hands doctrine*”, “*dirty hands doctrine*” y con la máxima latina “*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*”, que puede traducirse como “nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o dolo”.



inversiones entre El Salvador y España, pues el estado salvadoreño sólo había dado su consentimiento al arbitraje respecto de inversiones hechas “conforme a la ley”. El Tribunal rechazó la demanda articulada por el inversor, por considerar que éste no había realizado su inversión conforme lo requería el tratado aplicable, esto es, respetando la legislación nacional, y sostuvo que:

Aplicando el principio primeramente señalado al caso en estudio [el principio de que nadie puede alegar su propia torpeza, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*], se puede afirmar que un inversor extranjero no puede pretender beneficiarse de una inversión realizada mediante uno o varios actos ilegales, y, consecuentemente, gozar de la protección que le confiere el Estado receptor, como es el acceso al arbitraje internacional para la solución de sus controversias, pues es evidente que su actuación tuvo un origen doloso y, como lo sostiene la máxima jurídica, ‘nadie puede beneficiarse de su propio dolo’.<sup>34</sup>

Por otro lado, también se dijo que la aplicación de esta doctrina puede hacer que el estado pierda el derecho a resistir reclamos en su contra, al impedírsele invocar la corrupción como defensa preliminar. La jurisprudencia ha hecho depender esta consecuencia de la actitud adoptada por el estado al tomar conocimiento de los actos de corrupción: si asumió una actitud pasiva respecto de los mismos, en lugar de haber procedido a su efectiva investigación y castigo, no podrá valerse de la defensa mencionada ni eximirse de responsabilidad.

Esta fue la decisión a que arribó el tribunal de *Wena c. Egipto*, en cuyo caso el Estado pretendía que se rechazaran las pretensiones de la actora alegando que ésta, a través de un intermediario, había realizado pagos al director de una empresa estatal a cambio de que éste utilizara sus influencias para lograr que le fueran adjudicados ciertos contratos de construcción. El Tribunal resolvió que Egipto no podía invocar la existencia de corrupción para obtener el rechazo del reclamo planteado en su contra

---

<sup>34</sup> Inceysa Vallisoletana, S. L. c/ la República de El Salvador, párrafo 242.



por falta de pruebas. En especial, el tribunal agregó que porque no había tomado las medidas necesarias para procesar y castigar a las personas presuntamente involucradas en los hechos denunciados.

Sin embargo, dado que el gobierno egipcio fue alertado de este acuerdo con el Ministro Sultan pero decidió (por la razón que fuera), no procesar al Sr. Kandil, el Tribunal es reluctante de inmunizar a Egipto de responsabilidad por este arbitraje porque ahora alegue que el acuerdo con el Sr. Kandil fue ilegal bajo la ley egipcia.<sup>35</sup>

Como se ha escrito, no es claro que de esta conclusión del tribunal que se desprenda que la inacción o respuesta inadecuada del Estado pueda “inmunizar” al inversor de las consecuencias de su acto ilícito. Más bien, esta inacción es un indicio de que la corrupción no existió, pero no quita que ésta pueda ser probada por otros medios. El ilícito es cometido por el funcionario estatal, no por el Estado, por lo cual la doctrina de las manos limpias no aplica por igual a inversores y Estados. El inversor no debería estar en condiciones de repeler la defensa de un Estado sobre la base de que funcionarios del Estado participaron en el ilícito (lo cual es una obviedad tratándose de prácticas corruptas) o de que la respuesta del Estado no fue la más adecuada.<sup>36</sup>

La doctrina de las manos limpias también puede aplicarse a reclamos por violación de derechos contractuales. En *World Duty Free c/ Kenia*, el tribunal, después de realizar un minucioso análisis del derecho aplicable al contrato, resolvió que el mismo impedía a la actora presentar un reclamo porque “*ex turpi causa non oritur actio*”, es decir, el derecho a reclamar no puede basarse en una causa deshonrosa.<sup>37</sup>

Por lo que respecta a los derechos que pueden ser violados, los tratados que crean regímenes de promoción y protección para la inversión extranjera establecen una serie

---

<sup>35</sup> *Wena Hotels Ltd. c/ la República Árabe de Egipto*, CIADI, ARB/98/4, laudo sobre el fondo del 8 de diciembre de 2000, párrafo 116. Disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf>

<sup>36</sup> Ver Bernardo Cremades, *Op. Cit.*, página 213.

<sup>37</sup> *World Duty Free c/ Kenia*, párrafo 179.





de “estándares” que tienen por finalidad asegurar un marco de garantías para que el inversor pueda llevar a cabo su inversión. Por ejemplo, los estados no pueden expropiar al inversor sin otorgarle una previa y adecuada compensación; deben brindarle un trato justo y equitativo; no deben adoptar conductas discriminatorias o arbitrarias respecto del inversor extranjero, etc. Sin embargo, esos tratados no contienen prohibiciones expresas en cuanto a cometer actos de corrupción, y tampoco ha habido casos en los que se hayan analizado las consecuencias jurídicas que dichas prácticas podrían tener respecto de los estándares mencionados.

No obstante, teniendo en cuenta la profusa jurisprudencia existente acerca de las consecuencias jurídicas que acarrea la violación de dichos estándares, la comisión de actos de corrupción podría considerarse violatoria de los mismos. Algunos tribunales han dado señales en este sentido. En *EDF (Services) Limited c/ Rumania*<sup>38</sup> la actora sostenía que altos funcionarios del gobierno le habían solicitado el pago de sobornos a cambio de concederle la extensión del plazo de un contrato. El Tribunal sostuvo que:

El Tribunal comparte la opinión de la Actora de que el pedido de un soborno por una agencia del Estado es una violación de la obligación de trato justo y equitativo debido a la Actora conforme al TBI, así como una violación del orden público internacional, y que ‘el ejercicio por el Estado de facultades discrecionales sobre la base de corrupción es una [...] violación fundamental de la transparencia y las expectativas legítimas.’<sup>39</sup>

No obstante, el Tribunal rechazó el reclamo por considerar que la cuestión no había sido debidamente probada.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> *EDF (Services) Limited c/ Rumania*, CIADI, ARB/05/13, laudo del 8 de octubre de 2009. Disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0267.pdf>

<sup>39</sup> *EDF Services Limited c/ la República de Rumania*, CIADI, ARB/05/13, párrafo 221. Disponible en <http://www.italaw.com/cases/375>

<sup>40</sup> *EDF Services Limited c/ la República de Rumania*, párrafo 232.

### 3.3 PRUEBA

Este es uno de los aspectos más controvertidos del asunto que nos ocupa. Por un lado, la producción de la prueba puede plantear grandes dificultades, ya que los actos de corrupción suelen permanecer ocultos, muchas veces encubiertos por otros actos aparentemente legales, procurándose no dejar rastros. Sin mencionar que la parte contraria generalmente no estará dispuesta a cooperar en el esclarecimiento de los hechos. Por otro lado, la jurisprudencia no es uniforme en cuanto al estándar de prueba que debe exigirse en cada caso. Los tratados internacionales y la legislación interna de muchos estados no suelen contener normas sobre la carga de la prueba o al estándar probatorio que debe exigirse para demostrar la existencia de actos de corrupción.<sup>41</sup>

En general, los tribunales arbitrales reconocen y aplican el principio “*onus probandi actori incumbit*”, que se reconoce como un principio general del proceso, y que dispone que la carga de la prueba recae sobre quien alega un hecho, sea el actor o la demandada.<sup>42</sup> Sin embargo, también se ha observado que los árbitros procuran evitar que sus decisiones estén basadas sólo en un estándar, y en su lugar tratan de establecer, de manera razonablemente cierta, cuáles fueron los hechos relevantes para decidir el caso.<sup>43</sup>

La escasa jurisprudencia que registra el arbitraje de inversiones en materia de corrupción demuestra que los tribunales arbitrales no han adoptado, hasta el momento, un estándar uniforme de prueba. Es más, esta cuestión ni siquiera se discutió en casos como *World Duty Free c/ Kenia*, en el que la comisión de actos de corrupción se tuvo por probada, si bien quizás ello se debió a que no había dudas acerca de los actos de corrupción denunciados. En efecto, el tribunal arribó a tal

---

<sup>41</sup> Florian Haugeneder y Christoph Liebscher, *Op. Cit.*, página 545.

<sup>42</sup> Aristidis Tsatsos, *Burden of proof in investment treaty arbitration: shifting?*, Humboldt Forum Recht, 2009, página 92. Disponible en: <http://edoc.hu-berlin.de/oa/articles/reH7qMb2ZqU2c/PDF/21AXVsN807uqM.pdf>

<sup>43</sup> Florian Haugeneder y Christoph Liebscher, *Op. Cit.*, página 546.



conclusión tras haber oído las declaraciones del CEO de la empresa demandante, en las que explicó detalladamente cómo había efectuado pagos en efectivo por 2 millones de dólares a varios funcionarios públicos, incluido el presidente.<sup>44</sup> De modo similar, en *Inceysa c/ El Salvador* el tribunal sostuvo que estaba “plenamente probado” que el inversor había llevado a cabo su inversión mediante actos fraudulentos (no hubo en este caso una denuncia de corrupción), sin explicar por qué tales actos debían considerarse plenamente probados.<sup>45</sup>

En *Wena c/ Egipto* (2000), la demandada sostenía que la actora había pagado ciertas sumas de dinero al director de una empresa estatal a cambio de que éste utilizara sus influencias para lograr que las autoridades gubernamentales le adjudicaran ciertos contratos de construcción. El tribunal se negó a considerar este argumento pues entendió que no estaba “suficientemente probado”, sin hacer ninguna referencia al estándar de prueba que debería haberse satisfecho.<sup>46</sup>

En cambio, el tribunal de *EDF Services Limited c/ Rumania* sostuvo la necesidad de aplicar un estándar de prueba riguroso. En este caso, la actora, propietaria de una cadena de negocios *duty free* en los aeropuertos rumanos, sostenía que el Estado había expropiado su inversión como represalia a su negativa de hacer un pago de varios millones de dólares requerido por altos funcionarios del gobierno. El Tribunal sostuvo que:

[...] la corrupción debe probarse, y es notoriamente difícil de probar ya que, en general, existe poca o ninguna prueba a su respecto. La seriedad de la acusación de corrupción en este caso, considerando que involucra a funcionarios de las jerarquías más altas del gobierno rumano, requiere de pruebas claras y convincentes. Existe un consenso general entre los tribunales y observadores

---

<sup>44</sup> *World Duty Free c/ Kenia*, párrafo 136.

<sup>45</sup> *Inceysa c/ El Salvador*, párrafo 108.

<sup>46</sup> *Wena c/ Egipto*, para. 117.



internacionales respecto de la necesidad de un alto estándar de prueba de la corrupción...<sup>47</sup>

El Tribunal rechazó la alegación de la actora por entender que ésta no había cumplido con la carga de la prueba al no presentar pruebas claras y evidentes.<sup>48</sup>

En *TSA Spectrum de Argentina S.A. c/ Argentina*, el tribunal se negó a considerar la denuncia de corrupción formulada por Argentina, por considerar que, sobre la base de la prueba producida, no había motivos para sostener que la concesión había sido obtenida ilegalmente, por lo que no podía considerarse que no estaba protegida por el TBI.<sup>49</sup>

*TANESCO c/ Independent Power Tanzania Ltd.*<sup>50</sup> se suscitó a raíz de la rescisión por la actora de un contrato para la construcción y operación de una planta generadora de energía eléctrica. En dicho contrato las partes eligieron como derecho aplicable el de Tanzania. Durante el procedimiento, la actora hizo referencias a supuestos pagos y regalos hechos, ofrecidos o prometidos a funcionarios del gobierno por empleados de la demandada (una empresa estatal), y solicitó producir pruebas al respecto.<sup>51</sup> Sin embargo, como omitió denunciar esos hechos en su escrito de demanda, la solicitud fue rechazada. Posteriormente, en su réplica sobre el fondo, la actora insistió sobre el tema e introdujo una demanda incidental, en la que fundó su decisión de rescindir el contrato en la existencia de hechos de corrupción que involucraban a la demandada.<sup>52</sup> El tribunal resolvió, a la luz del derecho aplicable, que a pesar de las investigaciones que se habían llevado a cabo durante casi 3 años en el

---

<sup>47</sup> EDF Services Limited c/ Rumania, párrafo 221.

<sup>48</sup> EDF Services Limited c/ Rumania, párrafo 221 y 232.

<sup>49</sup> TSA Spectrum de Argentina S.A. c/ la República Argentina, párrafo 175.

<sup>50</sup> Tanzania Electrical Supply Company Limited c/ Independent Power Tanzania Limited, CIADI, ARB/98/8, laudo final del 12 de Julio de 2001. Este laudo se encuentra disponible para su consulta en [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC578\\_En&caselId=C174](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC578_En&caselId=C174)

<sup>51</sup> TANESCO c/ Independent Power Tanzania Limited, párrafo 36.

<sup>52</sup> TANESCO c/ Independent Power Tanzania Limited, párrafo 42.



ámbito interno, TANESCO no pudo presentar pruebas suficientes para convencer al Tribunal acerca de la veracidad de sus argumentos, por lo cual se decidió su rechazo. Sin embargo, el Tribunal omitió indicar cuál sería el estándar probatorio que debería haberse satisfecho.

La doctrina ha señalado cuáles podrían ser los estándares aplicables en esta materia a la luz de las reglas vigentes en las legislaciones internas. En los países con sistema jurídico anglosajón, los estándares generalmente utilizados son: (i) la regla de la preponderancia de la prueba, según la cual un hecho se tiene por probado cuando su existencia es más probable que su inexistencia;<sup>53</sup> y (ii) la regla de la prueba clara y convincente<sup>54</sup>. El primero de ellos es más flexible y se utiliza en materia civil, mientras que el segundo es más riguroso y se aplica a la materia penal. No obstante, la regla de la prueba clara y convincente fue aplicada en arbitrajes comerciales internacionales en los que se discutieron cuestiones de corrupción.<sup>55</sup> En cambio, en los países con sistema jurídico romanista la regla generalmente aplicada exige que la prueba producida sea suficiente para convencer al tribunal de la existencia de un hecho.

#### **4. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL**

En algunos casos se ha planteado que la corrupción resulta violatoria del “orden público internacional”, porque es una práctica contraria a la moral e ilegal. Uno de los primeros antecedentes en este sentido es el mencionado caso ICC No. 1110 de 1963, en el que el árbitro Lagergren se abstuvo de ejercer su jurisdicción por entender que el contrato cuyo incumplimiento motivaba el reclamo de la actora tenía por objeto fomentar la corrupción, una práctica “contraria a las buenas morales y al orden público internacional común a la comunidad de naciones.”<sup>56</sup> Sin embargo, Lagergren no explicó que entendía por orden público internacional.

---

<sup>53</sup> Hilmar Raeschke-Kessler, *Op. Cit.*, página 602.

<sup>54</sup> Florian Haugeneder y Christoph Liebscher, *Op. Cit.*, página 546.

<sup>55</sup> Por ejemplo, en el caso *Westinghouse et al. c/ National Power Compnay y la República de Filipinas* (ICC No.); en *Hilmarton Broker c/ Omnium* (ICC No. 5622).

<sup>56</sup> J. Gillis Wetter, *Op. Cit.*, página 294.

En *World Duty Free c/ Kenia* el tribunal realizó una distinción entre los conceptos de “orden público internacional” y “orden público transnacional”:

(...) el término “orden público internacional” es utilizado a veces con otro significado, haciendo referencia a un consenso internacional respecto de los estándares universales y las normas de conducta aceptadas que deben aplicarse en todos los fueros. Se ha propuesto referirse al mismo como “orden público transnacional” o “el verdadero orden público internacional” (...)<sup>57</sup>

Los tribunales arbitrales han basado con más frecuencia sus decisiones en valores universales al usar formulas tales como “good morals”, “bonas mores”, “ética del comercio internacional” u “orden público transnacional” (...) Pero también se ha hecho hincapié, acertadamente, en que los tribunales deben ser muy cautos a este respecto y deben verificar cuidadosamente la existencia objetiva de una norma de orden público transnacional en particular, identificándola en convenciones internacional, derecho comparado y laudos arbitrales (...).<sup>58</sup>

Según este tribunal, el orden público transnacional está constituido por todo el entramado de tratados y convenciones internacionales que existen actualmente sobre este tema, y que expresan la “voluntad común” de los estados de luchar contra la corrupción a través de la cooperación internacional.<sup>59</sup>

Tras analizar decisiones en las que, a su juicio, se había aplicado el concepto de orden público transnacional, el tribunal de *World Duty Free c/ Kenia* resolvió que estaba:

---

<sup>57</sup> *World Duty Free c/ Kenia*, párrafos 139.

<sup>58</sup> *World Duty Free c/ Kenia*, párrafos 141.

<sup>59</sup> *World Duty Free c/ Kenia*, párrafos 146.

(...) convencido de que la corrupción es contraria al orden público internacional de la mayoría, sino de todos, los Estados, o, para usar otra fórmula, al orden público transnacional. Por lo tanto, los reclamos basados en contratos de corrupción o en contratos obtenidos por corrupción no pueden ser confirmados por este Tribunal Arbitral.<sup>60</sup>

En *Inceysa c/ El Salvador*, el tribunal definió expresamente qué entendía por “orden público internacional”:

El orden público internacional está constituido por el conjunto de principios fundamentales que constituyen la esencia misma del Estado, y tiene como función esencial la de preservar los valores del ordenamiento jurídico internacional contra actuaciones contrarias a él.<sup>61</sup>

Asimismo, el tribunal entendió que el requisito incluido en muchos tratados internacionales para la protección de las inversiones, según el cual las mismas deben hacerse conforme a la legislación interna:

(...) es una clara manifestación del citado orden público internacional, que muestra la clara y contundente intención de los Estados signatarios de excluir de su protección a las inversiones realizadas en contravención al derecho interno de cada uno de ellos.<sup>62</sup>

En virtud de estas consideraciones, el tribunal resolvió que:

Es irrefutable que el respeto a la legalidad se constituye como una cuestión de orden público no sólo en El Salvador sino en todo país civilizado. De

---

<sup>60</sup> *World Duty Free c/ Kenia*, párrafos 157.

<sup>61</sup> *Inceysa Vallisoletana, S. L. c/ la República de El Salvador*, párrafo 245.

<sup>62</sup> *Inceysa Vallisoletana, S. L. c/ la República de El Salvador*, párrafo 246.



declararse el Tribunal competente para conocer de las diferencias entre las partes, estaría ignorando por completo el hecho de que, por encima de cualquier pretensión de un inversor, se encuentra una disposición meta-positiva que prohíbe atribuir efectos a un acto realizado de manera ilegal.

Este Tribunal considera que asumir la competencia para resolver la controversia planteada supondría reconocer en favor del inversor unos derechos consignados en el [TBI] para las inversiones hechas de conformidad con la ley del país huésped. No es posible reconocer la existencia de derechos nacidos como consecuencia de actos ilegales, pues ello atentaría contra el respeto a la legalidad que, como se ha dicho, es un principio de orden público internacional.<sup>63</sup>

En *Plama c/ Bulgaria*<sup>64</sup> la actora había obtenido la concesión para operar una refinería de petróleo tras haber asegurado a la Agencia de Privatizaciones que realizaría la operación junto con otras dos grandes empresas, lo que nunca ocurrió. El tribunal consideró que la actora había obtenido su inversión mediante conductas engañosas, que violaban el derecho búlgaro,<sup>65</sup> por lo cual, se negó a otorgar protección a la inversión, ya que ello “sería contrario a la noción básica de orden público internacional de que un contrato obtenido por medios ilegales (...) no debería ser convalidado por ningún tribunal.”<sup>66</sup>

Asimismo, en *EDF c/ Rumania* el Tribunal sostuvo que el pedido de un soborno por una agencia del Estado “es una violación del orden público internacional.”<sup>67</sup>

La cuestión del orden público internacional también apareció en *Siemens c/ Argentina*.<sup>68</sup> Este caso tiene un complejo trasfondo. Tras la Segunda Guerra Mundial,

<sup>63</sup> Inceysa Vallisoletana, S. L. c/ la República de El Salvador, párrafos 248 a 250.

<sup>64</sup> Plama Consortium Ltd. c/ la República de Bulgaria, CIADI, ARB/03/24, laudo del 27 de agosto de 2008. Disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf>

<sup>65</sup> Plama Consortium Ltd. c/ Bulgaria, párrafo 143.

<sup>66</sup> Plama Consortium Ltd. c/ Bulgaria, párrafo 143.

<sup>67</sup> *EDF Services Limited c/ la República de Rumania*, párrafo 221.





la empresa alemana Siemens se volcó a hacer negocios en economías emergentes, desarrollando la práctica de hacer pagos indebidos a funcionarios públicos a fin de obtener los negocios deseados.<sup>69</sup> Entre 2001 y 2007, Siemens hizo más de 4.200 pagos a funcionarios gubernamentales de varios países, por un valor de USD 1.4 billones, incluyendo a funcionarios del gobierno argentino, según se verá a continuación.<sup>70</sup> En noviembre de 2006, el gobierno alemán ordenó una serie de allanamientos a las oficinas de la empresa y las casas de algunos de sus más altos empleados. Inmediatamente Siemens se declaró culpable de los cargos levantados en su contra y debió pagar más de € 200 millones en multas.<sup>71</sup>

Tras el escándalo desatado en Alemania, en los Estados Unidos, en virtud de la LPCE, Siemens debió informar al Departamento de Justicia y a la Comisión Nacional de Valores de aquel país acerca de las irregularidades detectadas por el gobierno alemán. Aquí también la empresa se declaró culpable de los cargos que se levantaron en su contra, entre ellos, conspiración para violar las disposiciones de la LPCE. En diciembre de 2008 Siemens debió pagar alrededor de USD 500 millones en multas.<sup>72</sup> Por otro lado, en diciembre de 2011, la Comisión Nacional de Valores inició procedimientos penales contra nacionales de otros países, aunque los mismos quedaron paralizados hasta obtenerse la extradición.<sup>73</sup>

En mayo de 2002, Siemens había iniciado un arbitraje contra Argentina, ante un tribunal formado bajo las reglas del CIADI, como consecuencia de la decisión gubernamental de rescindir el contrato que se le había adjudicado en 1998 para establecer un sistema de control de migraciones e identificación de personas. La rescisión fue hecha tras un cambio de autoridades en el gobierno nacional, bajo el argumento de supuestos problemas técnicos, aunque extraoficialmente el gobierno se quejaba de los elevados precios que la empresa pretendía cobrar y de presuntos

---

<sup>68</sup> Siemens A.G. c. la República Argentina, CIADI, Caso No ARB/02/8, decisión sobre jurisdicción del 3 de agosto de 2008, disponible en <http://www.italaw.com/cases/1026>

<sup>69</sup> Véase el artículo sobre “Siemens” en The Trace Compendium, disponible en <https://www.traceinternational2.org/compendium/view.asp?id=124>

<sup>70</sup> Ídem.

<sup>71</sup> Ídem.

<sup>72</sup> Ídem.

<sup>73</sup> Ídem.



sobornos pagados a funcionarios del gobierno anterior.<sup>74</sup> En 2007, el tribunal resolvió que Argentina había expropiado ilegítimamente la inversión de Siemens y la condenó a pagar más de U\$S 200 millones. Sin embargo, en vista de los hechos mencionados, Argentina, que ya había interpuesto un pedido de anulación del laudo, inició en 2008 un procedimiento solicitando la revisión del laudo, fundándose en el Artículo 51 de la Convención CIADI.<sup>75</sup>

Argentina sostuvo que el orden público internacional impedía confirmar un acuerdo que se había obtenido por fraude, y que el mismo no podía considerarse una inversión protegida por el tratado aplicable. El tribunal no tuvo oportunidad de expedirse al respecto porque la causa se cerró poco después, cuando, en un intento por mejorar su imagen, Siemens renunció a la ejecución del laudo a su favor, y el procedimiento de revisión se cerró.

## 5. OTROS CASOS

En *Lauder c. República Checa*<sup>76</sup> y *CME c. República Checa*<sup>77</sup> las partes realizaron denuncias de corrupción durante el procedimiento sin canalizarlas a través de sus escritos, por lo que los tribunales intervinientes no se pronunciaron al respecto.

En *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c/ Pakistán*, Pakistán sostenía que la inversión no se había realizado según su legislación interna, tal como lo requería el TBI aplicable. Sin embargo, dado que existían procedimientos internos en curso, en los cuales se investigaba la comisión de actos de

---

<sup>74</sup> <http://www.lanacion.com.ar/1078721-siemens-admitira-que-pago-coimas>

<sup>75</sup> El Artículo 51 del Convenio CIADI dispone que “Cualquiera de las partes podrá pedir, mediante escrito dirigido al Secretario General, la revisión del laudo, fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia.”. Disponible en [https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR\\_Spanish-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf)

<sup>76</sup> UNCITRAL

<sup>77</sup> UNCITRAL



corrupción por la actora en la obtención de un contrato, Pakistán se reservó el derecho de objetar la jurisdicción del tribunal. Por la misma razón, el tribunal se abstuvo de dar un pronunciamiento al respecto y dejó constancia de la reserva hecha. Posteriormente, las partes arribaron a un acuerdo amistoso y el caso se cerró en mayo de 2004.

Una situación similar se suscitó en *Azurix Corp. c/ Argentina*,<sup>78</sup> en el que la demandada, tras advertir que ciertas cláusulas de un contrato de concesión habían sido añadidas después de realizada la adjudicación, formuló reiteradas insinuaciones de corrupción en varias etapas del procedimiento. Sin embargo, no insistió en ellas, ni presentó pruebas a su respecto, por lo que el Tribunal se limitó a dejar constancia de las alegaciones en el expediente, sin pronunciarse sobre el punto.

## **6. CONCLUSIONES**

La corrupción plantea numerosos y complejos problemas para el arbitraje internacional, sobre los que todavía no existen respuestas definitivas. Más bien, es trabajo de quienes se dedican a esta práctica buscarlas y generar mecanismos que aseguren los estándares éticos que deben regirla.

En prácticamente todos los países existen normas que imponen a profesionales un deber de información y diligencia para la prevención del lavado de dinero y el financiamiento de actividades ilícitas en materia de servicios legales, financieros, o contables. De igual forma, un abogado que asesora o representa a un cliente ante un foro arbitral o los árbitros que conocen en un caso deberían estar sujetos a un estándar de diligencia para, en la medida de sus posibilidades, verificar que con su actuar no estén facilitando la obtención de beneficios derivados de un acto ilícito.

---

<sup>78</sup> CIADI, Caso No ARB/01/12, laudo del 14 de julio de 2006.



Un primer paso en esta dirección podría consistir en la generación de códigos de conducta por parte de instituciones arbitrales. Adicionalmente, es importante destacar la influencia que han tenido las asociaciones internacionales de abogados en el establecimiento de la práctica del arbitraje. Por ejemplo, las Directrices de la International Bar Association sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje se han convertido en un marco de referencia aplicado por numerosos tribunales, y han guiado la discusión internacional sobre la imparcialidad de los árbitros.

En esta línea, la IBA y otras instituciones cuentan con códigos de conducta para árbitros y abogados, que pueden ser actualizados para prevenir que la jurisdicción arbitral sea utilizada para la promoción de reclamos derivados de hechos de corrupción, y promover la discusión sobre un estándar probatorio que atienda a la situación en que se encuentra cada parte para producir pruebas relevantes.

Finalmente, es importante establecer la distinción entre el derecho de defensa de un cliente y los deberes de un abogado ante un reclamo originado en actos de corrupción. El derecho de defensa implica una suficiente y razonable oportunidad para ser oído y producir pruebas. Sin embargo, no puede convertirse en la puerta que abra la posibilidad de llevar adelante acciones destinadas a obtener frutos de actos ilícitos.