

Arbitraje y corrupción en Latinoamérica: un análisis de la jurisprudencia arbitral a la luz de la doctrina del profesor Emmanuel Gaillard^{NA}

Yael Ribco Borman* y Pilar Álvarez**

Principia No. 8–2023 pp. 115-147

Resumen: El presente artículo pretende ser un humilde tributo al Profesor Emmanuel Gaillard y un reconocimiento a sus contribuciones al mundo del arbitraje y su influencia sobre la comunidad arbitral en Latinoamérica. En particular, analizamos una selección de laudos dictados en arbitrajes comerciales domésticos e internacionales relativos a alegaciones de corrupción en controversias concernientes a partes latinoamericanas o hechos acaecidos en Latinoamérica a la luz de las ideas y reflexiones del Profesor Gaillard con respecto a algunas respuestas transnacionales a la corrupción en el arbitraje. Como resultado de dicho análisis, hemos constatado que la jurisprudencia arbitral reciente está en línea con la tendencia consolidada a nivel internacional que afirma la competencia de los tribunales arbitrales para pronunciarse sobre alegaciones de corrupción, recurriendo para ello a prueba indiciaria. Asimismo, en diferentes grados, los tribunales arbitrales han asumido un rol activo en la lucha contra la corrupción y recurrido a ciertas respuestas transnacionales identificadas por el Profesor Gaillard.

Abstract: This article is meant as a tribute to Professor Emmanuel Gaillard and a recognition of his contributions to the world of arbitration and his lasting influence on the Latin American arbitral community. In particular, we analyse a series of arbitral awards rendered in commercial arbitrations in domestic and international disputes concerning Latin American parties or facts that took place in Latin America and which involve corruption allegations, in light of Professor Gaillard's ideas and thoughts on some transnational responses to corruption in arbitration. As a result of this analysis, we conclude that recent arbitral case law is in line with the consolidated international

^{NA} Este artículo recoge las opiniones personales de las autoras, y no refleja la posición de Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes.

* Asociada Senior de Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes. Yael asesora y representa a clientes corporativos y estatales en arbitrajes internacionales bajo las principales reglas de arbitraje, incluyendo CIADI, CNUDMI y CCI. Su experiencia incluye arbitrajes de inversión y comerciales. Yael también ha trabajado junto a abogados locales en procedimientos de anulación de laudos arbitrales ante cortes domésticas. Antes de vincularse a GBS Disputes, Yael ejerció como asociada en la práctica de Arbitraje Internacional de Shearman & Sterling LLP y en un reconocido bufete uruguayo. Además, Yael frecuentemente escribe, enseña y diserta sobre temas relacionados con el arbitraje internacional comercial y de inversiones.

** Asociada de Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes. Pilar regularmente asesora y representa a clientes corporativos estatales en arbitrajes internacionales comerciales y de inversión bajo las principales reglas de arbitraje, incluyendo CIADI, CNUDMI, CIRDI y CCI. Antes de vincularse a GBS Disputes, Pilar ejerció como asociada en la práctica de Arbitraje Internacional de Shearman & Sterling LLP y en un reconocido bufete uruguayo. Pilar también se desempeñó como Asesora Legal en la Prosecretaría de la Presidencia de la República del Uruguay, a cargo de la coordinación de la defensa del Uruguay en arbitrajes internacionales de inversión y procedimientos conexos de anulación y reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

practice which affirms that arbitral tribunals are competent to rule on corruption allegations, resorting to a “red flags” methodology. In addition, to varying degrees, arbitral tribunals have assumed an active role in the fight against corruption and considered certain transnational responses identified by Professor Gaillard.

Palabras Claves: Arbitraje | Latinoamérica | Corrupción | Orden público | Emmanuel Gaillard

Keywords: Arbitration | Latin America | Corruption | Public order | Emmanuel Gaillard

Sumario: I. Introducción: el pensamiento de Emmanuel Gaillard y el impacto de la corrupción en el arbitraje internacional, II. Las respuestas transnacionales a la corrupción en el arbitraje internacional comercial, III. Arbitraje y corrupción en Latinoamérica: las posturas adoptadas por los tribunales arbitrales, A. Laudo arbitral CCI No. 14.920 de 2009, B. Caso Sr. José Salazar Salcedo c. Gobierno de Cusco, C. Caso Vantage c. Petrobras, D. Caso Ruta del Sol, E. Caso Rutas de Lima c. Municipalidad Metropolitana de Lima, IV. Conclusiones

I. Introducción: el pensamiento de Emmanuel Gaillard y el impacto de la corrupción en el arbitraje internacional

El Profesor Emmanuel Gaillard fue, sin duda, un pilar del arbitraje internacional y una gran fuente de inspiración para practicantes y académicos del arbitraje. Su visión y contribuciones intelectuales han enmarcado el desarrollo del arbitraje internacional y continuarán influyendo e inspirando a los que ejercemos esta rama del derecho en todo el mundo, incluyendo en Latinoamérica¹.

Y no es para menos. Además de sus valiosos aportes sobre cuestiones prácticas del arbitraje², el Profesor Gaillard dedicó

parte de su carrera a reflexionar y repensar los fundamentos filosóficos sobre los que descansa el arbitraje internacional³. En palabras del Profesor Gaillard y del Profesor Diego Fernández Arroyo, el Profesor Gaillard “repens[ó] la esencia del arbitraje a través del análisis de las ‘representaciones’ posibles de este mecanismo para la solución de controversias”⁴. Ello, en tanto las representaciones sirven para “justificar los fundamentos del poder de los árbitros, así como las diferentes consecuencias prácticas que se pueden producir en relación con diversos aspectos del arbitraje según se

¹ Para un análisis detallado de la influencia del Profesor Emmanuel Gaillard en la doctrina y jurisprudencia latinoamericanas, véase Ximena Herrera-Bernal y otros, “Le rayonnement de la pensée d’Emmanuel Gaillard en droit de l’arbitrage commercial international,” *Journal du Droit International - Hommage à Emmanuel Gaillard: Une pensée en action* (LexisNexis, 2022): 1208-1215.

² Véase, por ejemplo, Emmanuel Gaillard, “América Latina: De la negativa a la competencia del tribunal arbitral al efecto negativo del principio de competencia-competencia,” en *Arbitraje internacional: Pasado, presente y futuro*, Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains, Tomo II, ed. Carlos Alberto Soto Coaguila y Delia Devoredo Marsano de Mur (Coordinadores) (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2013); Emmanuel Gaillard, “El Espíritu de la Convención de Nueva York,” *Revista del Club Español del Arbitraje*, Vol. 34 (2019).

³ El profesor Gaillard también incursionó en otros aspectos innovadores del arbitraje, como ser, la sociología del arbitraje internacional. Véase, por ejemplo, Emmanuel Gaillard, “Sociology of International Arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 31 (2015).

⁴ Emmanuel Gaillard y Diego Fernández Arroyo, “Introducción,” en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, ed. Emmanuel Gaillard y Diego Fernández Arroyo (Directores) (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013): 4.

adopte una u otra de dichas representaciones”⁵.

En particular, el Profesor Gaillard se refirió a tres representaciones⁶:

- i) La concepción “monolocalizadora”: concibe al arbitraje como un componente del ordenamiento jurídico del Estado sede del arbitraje y a dicho ordenamiento jurídico como la única fuente del poder de los árbitros. Bajo esta representación, los árbitros se equiparan a los jueces estatales del Estado sede y el laudo tiene la nacionalidad de dicho Estado.
- ii) La concepción “multilocalizadora” o “westfaliana”: aborda el fenómeno arbitral desde el laudo, por lo que se relativiza la importancia de la sede y se concentra en los lugares de posible ejecución del

laudo. Bajo esta representación, el procedimiento arbitral es legitimado *a posteriori* cuando el laudo es reconocido por el ordenamiento jurídico del lugar de ejecución.

- iii) El ordenamiento jurídico arbitral transnacional: se basa en el entendimiento de que los árbitros imparten justicia “en nombre de la comunidad internacional”, por lo que la validez y legitimidad del procedimiento arbitral y el laudo resultante reside en el colectivo de los Estados dispuestos a reconocer un laudo bajo ciertas circunstancias⁷.

La idea de la existencia de un ordenamiento jurídico transnacional – por oposición a un ordenamiento jurídico nacional – fue realmente revolucionaria y, como constató el propio Profesor Gaillard, “encuentra cada vez mayor

⁵ Emmanuel Gaillard y Diego Fernández Arroyo, “Introducción,” en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, ed. Emmanuel Gaillard y Diego Fernández Arroyo (Directores) (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013): 5. Según explica el Profesor Gaillard, el concepto de “representación del arbitraje internacional” implica una visión o concepción del arbitraje internacional “que permita dar respuesta a la totalidad de las cuestiones que surgen en el cambio del arbitraje internacional – incluidas las más complejas, relativas a la legitimidad del procedimiento arbitral y la fuente que otorga validez al convenio arbitral y al eventual laudo”. Emmanuel Gaillard, “Las representaciones del arbitraje internacional,” en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, ed. Emmanuel Gaillard y Diego Fernández Arroyo (Directores) (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013): 13.

⁶ Emmanuel Gaillard, “Las representaciones del arbitraje internacional,” en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, ed. Emmanuel Gaillard y Diego Fernández Arroyo (Directores) (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013): 17-25; Emmanuel Gaillard, “Las Representaciones del Arbitraje Internacional,” en *Retos Contemporáneos del Arbitraje Internacional*, ed. Héctor Flores Senties (México: Tirant Lo Blanch, 2018): 29-31.

⁷ Para un análisis profundo del orden jurídico arbitral y sus consecuencias prácticas, véase Emmanuel Gaillard, *El orden jurídico arbitral* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2015); Emmanuel Gaillard, *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional* (México: Limusa, 2013); Emmanuel Gaillard, “Las representaciones del arbitraje internacional,” en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, ed. Emmanuel Gaillard y Diego Fernández Arroyo (Directores) (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013): 25-28. Véase también Emmanuel Gaillard, “Las Representaciones del Arbitraje Internacional,” en *Retos Contemporáneos del Arbitraje Internacional*, ed. Héctor Flores Senties (México: Tirant Lo Blanch, 2018): 31-35.

aceptación tanto en el contexto de la jurisprudencia arbitral y de la manera en que los árbitros asumen su rol de órgano del ordenamiento jurídico arbitral, como por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales que expresan su creciente aceptación de esta concepción en su jurisprudencia y legislación”⁸. Además, la concepción de un ordenamiento jurídico transnacional permeó las ideas del Profesor Gaillard sobre otros aspectos que afectan o impactan el arbitraje, incluyendo el fenómeno de la corrupción, un tema que le preocupaba y al que le dedicó varios artículos, y en el que nos concentraremos en el presente trabajo.

Como sabemos, el flagelo de la corrupción se extiende a los diferentes aspectos del comercio y las relaciones internacionales⁹. Además del altísimo costo a nivel social, la corrupción tiene un costo económico inmenso. Por ejemplo, según un estudio reciente, “el costo anual de la corrupción internacional asciende a billones de dólares 2.6 en forma de sobornos

y dinero, y constituye uno de los mayores impedimentos para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible [de las Naciones Unidas] para 2030, que incluyen la eliminación de la pobreza y el hambre, así como la mejora de la educación, el bienestar y la infraestructura”¹⁰. Igualmente, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (“PNUD”) pone en contexto los costos económicos de la corrupción:

Los costos de la corrupción son de proporciones épicas. En septiembre de 2018, en la primera reunión del Consejo de Seguridad de la ONU sobre corrupción, el Secretario General de la ONU, Antonio Guterres, citó el costo global de la corrupción en al menos US\$ 2,6 billones, o el 5% del PIB mundial. Según cifras de la Comisión Económica para América Latina, esto es más del doble de lo que se requiere para brindar un ingreso básico de emergencia a todas las personas en América Latina y el Caribe que viven en pobreza hoy en día (equivalente a 215 millones de personas o el 34,7% de la población de la región). Y deja suficientes re-

⁸ Emmanuel Gaillard, “Las representaciones del arbitraje internacional,” en *Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional*, ed. Emmanuel Gaillard y Diego Fernández Arroto (Directores) (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013): 21.

⁹ No existe una definición universal del término “corrupción”. Sin embargo, como señala la Dra. Yas Banifatemi, el término se refiere al “abuso deliberado de autoridad o de confianza para beneficiar un interés privado. Comúnmente incluye métodos tales como el ‘soborno’ (es decir, dar y ofrecer algo a alguien como recompensa por hacer algo), ‘malversación de fondos’ (es decir, tomar indebidamente el control de activos a los que uno tiene acceso) y ‘fraude’ (es decir, representaciones falsas mediante declaraciones o conducta para obtener una ventaja sustancial). La corrupción puede ocurrir en situaciones que involucren contratos ficticios, servicios que no se prestan por razones de negocios, representación de intereses ocultos o comisiones pagadas a empresas como medio para corromper a funcionarios”. Véase Yas Banifatemi, “The Impact of Corruption on ‘Gateway Issues’ of Arbitrability, Jurisdiction, Admissibility and Procedural Issues,” en *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, ed. Domitille Baizeau y Richard Kreindler (Dossiers, ICC Institute of World Business Law, 2015), para. 2.

¹⁰ Fernand Desfrancois y otros, “Corrupción y crecimiento económico en América Latina y el Caribe,” *Revista de Economía del Caribe*, Núm. 19, 2022.

servas anuales para acelerar el progreso hacia la Agenda 2030. El Banco Mundial calcula que se paga 1 billón de dólares en sobornos cada año, mientras que el PNUD estima que los fondos perdidos por corrupción son aproximadamente 10 veces la cantidad de asistencia oficial para el desarrollo¹¹.

El arbitraje comercial internacional, en tanto jurisdicción idónea para las disputas relativas al comercio internacional, no es ajeno a esta problemática¹². En efecto, prácticas corruptivas y corruptas afectan al arbitraje comercial, internacional y doméstico, a diferentes niveles y con diferentes efectos¹³.

Por un lado, existen casos en los que la corrupción se constató a nivel del tribunal arbitral, es decir, afectando directamente al procedimiento arbitral. Por ejemplo, en el marco del sonado caso *Lava Jato*, por sobornos pagados por empresas contratistas brasileñas a autoridades y políticos en Brasil y otros Estados latinoamericanos, incluyendo Perú, se sospecha que, en un número considerable de arbitrajes entre entidades del

grupo Odebrecht y entidades del Estado peruano, los tribunales arbitrales beneficiaban con laudos multimillonarios a las empresas asociadas a Odebrecht. Aproximadamente 40 árbitros, además de secretarios arbitrales y peritos (entre otros) han sido – o aún están siendo – investigados con relación a este esquema.

También en el arbitraje entre ONCOSERV Arequipa S.A.C., una entidad asociada al grupo criminal “Clan Orellana”, y el Gobierno Regional de Arequipa, la Corte Superior de Justicia de Lima resolvió anular el laudo porque los árbitros “actuaron bajo el manto de una red de corrupción y en interés propio, esto es, [con el fin de] beneficiarse con grandes sumas de dinero”¹⁴. En particular, dos de los árbitros, así como el Gerente de ONCOSERV, se encontraban en prisión preventiva por la comisión de los delitos de lavado de activos y asociación ilícita para delinquir en agravio del Gobierno Regional de Arequipa. El Presidente del Tribunal incluso habría confesado haber sido amenazado por el Clan Orellana para fallar a favor de ONCOSERV. En

¹¹ José Cruz-Osorio, “Corrupción: la otra pandemia mundial que debemos erradicar,” *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*, 9 de diciembre de 2020, disponible en: <https://www.undp.org/es/latin-america/blog/corrupti%C3%B3n-la-otra-pandemia-mundial-que-debemos-erradicar> (último acceso el 4 de enero de 2023).

¹² Emmanuel Gaillard, “La Corruption Saisie par les Arbitres du Commerce International,” *Revue de L'Arbitrage*, N° 3, (2017): 806.

¹³ Cabe aclarar que existen diferencias entre el arbitraje comercial y de inversión en cuanto al análisis y las consecuencias de alegaciones de corrupción. Al respecto, véase Yas Banifatemi, “The Impact of Corruption on ‘Gateway Issues’ of Arbitrability, Jurisdiction, Admissibility and Procedural Issues” en *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, ed. Domitille Baizeau y Richard Kreindler (Dossiers, ICC Institute of World Business Law, 2015), paras. 22-50. Dado el alcance limitado del presente trabajo, el mismo se concentra en el impacto de las alegaciones de corrupción en el arbitraje comercial internacional.

¹⁴ Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Civil, Subespecialidad Comercial, Expediente N° 00042-2015, Resolución Número Dieciocho, 20 de octubre de 2015, Considerando 20.

este contexto, la Corte Superior de Justicia de Lima sostuvo que “los dos árbitros del Tribunal Arbitral actuaron con la idea preconcebida de despojar al Gobierno Regional de Arequipa, de una considerable cantidad de dinero”¹⁵, vulnerando los derechos fundamentales del Gobierno Regional de Arequipa al debido proceso y a que su caso sea resuelto por un árbitro imparcial¹⁶.

Por otro lado, los tribunales arbitrales deben cada vez con más frecuencia fallar sobre las consecuencias patrimoniales de contratos afectados por corrupción, ya sea en el caso de contratos obtenidos por vías ilícitas (por ejemplo, concesiones otorgadas a partir del pago de sobornos) o de contratos de intermediación o agencia para la ejecución de actos corruptivos¹⁷. Por ejemplo, en uno de los primeros casos de arbitraje comercial conocidos en los que se analizó el efecto de la corrupción, el Caso de la Cámara de

Comercio Internacional (“CCI”) N° 1110, el juez sueco Gunnar Lagergren fue designado como árbitro único en una disputa iniciada por un ingeniero argentino con relación a un contrato en el que se había comprometido a facilitar, en beneficio de una empresa inglesa, la adjudicación de varios contratos para el suministro de equipos a una empresa pública argentina. Como contraprestación, recibiría una comisión del 10% del valor de los contratos concluidos que, según declaró un testigo, se utilizaría para sobornar a los funcionarios públicos encargados de adjudicar los contratos a la empresa inglesa¹⁸. Eventualmente, la empresa se negó a pagar las comisiones y el ingeniero inició el arbitraje CCI para reclamar dicho pago. El árbitro único se declaró incompetente porque entendió que el contrato violaba el orden público internacional y era contrario a las buenas costumbres:

¹⁵ Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Civil, Subespecialidad Comercial, Expediente N° 00042-2015, Resolución Número Dieciocho, 20 de octubre de 2015, Considerando 19.1.

¹⁶ No toda “conducta fraudulenta” por parte de un tribunal arbitral constituye corrupción. Por ejemplo, en el caso Sistema Metropolitano de la Solidaridad c. Reprogenetics S.A.C., la Corte Superior de Justicia de Lima resolvió anular un laudo porque el Presidente del Tribunal se encontraba fuera del Perú en la fecha de emisión del laudo. Además, la Corte sostuvo que no solamente el Presidente del Tribunal actuó de manera fraudulenta sino uno de los co-árbitros “pues ha permitido expedir un laudo también fraudulento”. En opinión de la Corte, “[d]ichos árbitros al actuar así fraudulentamente incurrir en una lamentable inmoralidad que los descalifica para seguir con la actuación arbitral. Se han apartado de los principios jurídicos, valores éticos, morales y sociales que exige la ley y la jurisprudencia constitucional”. Véase Corte Superior de Lima, Segunda Sala Civil, Subespecialidad Comercial, Expediente N° 68-2017, Resolución Número Doce, 22 de febrero de 2018, Considerando Tercero, Punto 3.1.

¹⁷ Emmanuel Gaillard, “Les Situations de Corruption Saisies par L’Arbitre International,” *Le Magazine des Affaires* (2016): 66.

¹⁸ En este sentido, el árbitro sostuvo que “Como es de esperar, los documentos redactados parecen ser legales y llevan la apariencia de documentos comerciales ordinarios. Sin embargo, a mi juicio, queda claramente establecido de la prueba diligenciada ante mí que el acuerdo entre las partes contemplaba el soborno de funcionarios argentinos con el fin de obtener el negocio deseado”. Véase Caso CCI N° 1110, Laudo de 1963, para. 17.

Habiendo sopesado toda la evidencia, estoy convencido de que un caso como este, que implica violaciones tan graves de las buenas costumbres y el orden público internacional, no puede ser respaldado por ningún tribunal, ya sea en Argentina o en Francia o en ningún otro país civilizado ni por ningún tribunal arbitral. Por lo tanto, no puede existir competencia en este caso. Ello implica que, al concluir que no tengo competencia, he buscado inspiración en los principios generales que impiden a los árbitros ejercer jurisdicción sobre controversias de esta naturaleza y no en normas nacionales sobre arbitrabilidad. Las partes que se alien en una empresa de esta naturaleza deben entender que, al hacerlo, han perdido el derecho a recurrir a la maquinaria de justicia (tribunales nacionales o tribunales arbitrales) para resolver sus controversias¹⁹.

En una columna publicada en el *New York Law Journal* en 1995, el Profesor Gaillard observó que la decisión del árbitro Lagergren había sido “ampliamente criticada y no es representativa de la posición actual sobre si las alegaciones de corrupción son arbitrables”²⁰. En parti-

cular, el Profesor Gaillard señaló que, en aplicación del principio de separabilidad de la cláusula arbitral, los tribunales arbitrales más recientemente han considerado que la cláusula arbitral es válida y efectiva a pesar de la invalidez del contrato afectado por corrupción²¹. Además, el Profesor Gaillard consideraba que la solución a la problemática de la corrupción en el arbitraje podría encontrarse en las normas de orden público internacional²².

Desde ese entonces, el Profesor Gaillard siguió reflexionando sobre la relación entre el arbitraje internacional y la corrupción. En la Sección II del presente artículo, expondremos las ideas y reflexiones del Profesor Gaillard con respecto a algunas respuestas transnacionales a la corrupción en el arbitraje.

En la Sección III, analizaremos algunos laudos en arbitrajes comerciales relativos a alegaciones de corrupción en controversias concernientes a partes lati-

¹⁹ Caso CCI N° 1110, Laudo de 1963, para. 23. El árbitro también se refirió al “principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas de que los contratos que violan severamente las buenas costumbres o el orden público internacional son inválidos o al menos no son ejecutables”. *Idem*, para. 16. Otros tribunales operando bajo las reglas CCI rechazaron los reclamos bajo contratos afectados por corrupción ya sea porque entendieron que el contrato afectado por corrupción era inválido bajo el derecho aplicable y/o que los contratos afectados por corrupción son contrarios al orden público internacional y, como tales, no ejecutables. Véase Yas Banifatemi, “The Impact of Corruption on ‘Gateway Issues’ of Arbitrability, Jurisdiction, Admissibility and Procedural Issues” en *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, ed. Domitille Baizeau y Richard Kreindler (Dossiers, ICC Institute of World Business Law, 2015), para. 33.

²⁰ Emmanuel Gaillard, “Issues of Corruption Before Tribunals,” *New York Law Journal*, (5 de octubre de 1995): 3.

²¹ Emmanuel Gaillard, “Issues of Corruption Before Tribunals,” *New York Law Journal*, (5 de octubre de 1995).

²² Emmanuel Gaillard, “Issues of Corruption Before Tribunals,” *New York Law Journal*, (5 de octubre de 1995): 3,7.

noamericanas o hechos acaecidos en Latinoamérica.

En la Sección IV, expondremos nuestras reflexiones finales acerca de la medida en que los tribunales arbitrales en los laudos seleccionados han aplicado las ideas y reflexiones del Profesor Gaillard sobre el rol de los tribunales arbitrales en la lucha contra la corrupción y las herramientas transnacionales a las que pueden recurrir los tribunales en dicha tarea.

II. Las respuestas transnacionales a la corrupción en el arbitraje internacional comercial

En su columna de 1995, el Profesor Gaillard llamaba la atención sobre el hecho de que “los árbitros en controversias relacionadas a contratos internacionales con gobiernos o entidades estatales se enfrentan, cada vez más frecuentemente, a alegaciones de que los contratos fueron obtenidos por medios de corrupción, tales como soborno o tráfico de influen-

cias”²³. Casi 15 años después (y luego de varios artículos analizando varias aristas del fenómeno de la corrupción en el arbitraje internacional)²⁴, el Profesor Gaillard volvió a notar que “los árbitros, tanto en arbitrajes comerciales y de inversión, se enfrentan cada vez con mayor frecuencia a asuntos de corrupción” y destacó el importantísimo rol de los árbitros internacionales en el desarrollo de respuestas a los casos de corrupción²⁵.

Por un lado, el Profesor Gaillard afirmó que, actualmente, no cabe duda de que los árbitros pueden – y deben – investigar y resolver las controversias que involucren asuntos de corrupción²⁶. En este mismo sentido, la Dra. Yas Banifatemi ha afirmado que actualmente, “no se discute la arbitrabilidad de las controversias relativas a corrupción. Los asuntos de corrupción son arbitrables y las controversias que implican corrupción son arbitrables”²⁷. Por ello, los asuntos de corrupción son generalmente tratados en

²³ Emmanuel Gaillard, “Issues of Corruption Before Tribunals,” *New York Law Journal*, (5 de octubre de 1995).

²⁴ Véase, por ejemplo, Emmanuel Gaillard, “Notes de Jurisprudence,” *Journal du Droit Internationale* (Clunet, 2017); Emmanuel Gaillard, “La Corruption Saisie par les Arbitres du Commerce International,” *Revue de L’Arbitrage*, No 3, (2017); Emmanuel Gaillard, “Les Situations de Corruption Saisies par L’Arbitre International,” *Le Magazine des Affaires* (2016); Emmanuel Gaillard, “Notes de Jurisprudence,” *Revue de L’Arbitrage* (2018); Emmanuel Gaillard, “Notes de Jurisprudence, Société Alstom Transport SA et autres c. Société Alexander Brothers Ltd.,” *Revue de L’Arbitrage*, No 3 (2019); Emmanuel Gaillard, “Notes de Jurisprudence,” *Revue de L’Arbitrage* (2019); Emmanuel Gaillard, “Notes de Jurisprudence,” *Journal du Droit Internationale* (Clunet, 2018).

²⁵ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019).

²⁶ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 3.

²⁷ Yas Banifatemi, “The Impact of Corruption on ‘Gateway Issues’ of Arbitrability, Jurisdiction, Admissibility and Procedural Issues” en *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, ed. Domitille Baizeau y Richard Kreindler (Dossiers, ICC Institute of World Business Law, 2015), para. 13.

la etapa de fondo – no en la etapa de jurisdicción – y se resuelven declarando el contrato nulo o anulable y rechazando los reclamos efectuados en virtud de dicho contrato.

Por otro lado, el Profesor Gaillard identificó tres principios generales – o normas transnacionales – que los tribunales arbitrales, “cuyo rol consiste en adjudicar controversias en el plano internacional”²⁸ aplican (o pueden aplicar) en casos que involucren alegaciones de corrupción:

Primero, es posible probar actos de corrupción mediante prueba indiciaria (también referida como “señales de alarma” o “red flags”). No es de sorprender que los acuerdos ilícitos relacionados con actos de corrupción se celebren a escondidas u ocultos bajo el manto de transacciones de apariencia lícita. Ello implica que, en la mayoría de los casos, sea muy difícil para las partes presentar prueba de la conducta ilícita alegada. Dada la dificultad para producir prueba sobre actos de corrupción, varios tribunales arbitrales – tanto en arbitrajes comerciales como de inversión – han reconocido que es posible recurrir a prueba indiciaria para determinar la existencia de corrupción²⁹.

En otras palabras, ante la ausencia de pruebas documentales o testimoniales que den constancia de la actividad ilícita, los tribunales han analizado los diferentes indicios de conducta ilícita, incluyendo la duración del contrato, la existencia de prueba sobre actividades e ingresos de fuentes lícitas, las formas de pago utilizadas, los montos pagados, así como cualquier otra circunstancia extraordinaria que dé lugar a sospechas sobre la legitimidad de la conducta de las partes de la transacción. Sobre este punto, el Profesor Gaillard concluye lo siguiente:

La jurisprudencia arbitral demuestra claramente la emergencia de un principio general, o norma transnacional, que los árbitros pueden aplicar al evaluar la prueba sobre corrupción u otras actividades ilícitas. Árbitros resolviendo controversias con respecto a contratos sujetos a una variedad de leyes aplicables, así como controversias bajo tratados de inversiones, han aplicado de forma consistente la metodología de ‘señales de alarma’ como respuesta de principio a las dificultades inherentes de probar corrupción y otras prácticas ilícitas. Esta práctica debe ser aplaudida por tratarse de una contribución adecuada a los poderes inherentes de investigación de los árbitros a la lucha global contra la corrupción³⁰.

²⁸ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 3.

²⁹ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 3-10.

³⁰ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 9-10. En todo caso, es claro que tiene que existir prueba suficiente que permita al tribunal concluir la existencia de actos de corrupción.

Según explica el Profesor Gaillard, esta metodología ha sido aplicada por tribunales arbitrales consistentemente tanto respecto de contratos “de intermediación” celebrados para encubrir actos corruptivos, como de contratos obtenidos mediante corrupción (en este último caso, con menor frecuencia)³¹.

Segundo, en algunas circunstancias, es posible apartarse de la norma de no restitución con relación a prestaciones cumplidas en virtud de un contrato afectado por corrupción. En general, los contratos cuyo objeto es una conducta corrupta son considerados nulos o anulables. Bajo la ley de la mayor parte de los países, la parte que cumplió una prestación bajo este tipo de contratos no tiene derecho a exigir la restitución de las prestaciones cumplidas. Esta regla ha sido aplicada por tribunales arbitrales que han rechazado, por ejemplo, reclamos de compensación con relación a contratos cuyo objeto consistía en sobornar funcionarios públicos³².

Los Principios UNIDROIT se apartan de la concepción tradicional, estableciendo que “[e]n el caso de haberse cumplido un contrato que viola una norma de carácter imperativo [...], podrá proceder la resti-

tución siempre que dicha restitución sea razonable atendiendo a las circunstancias”³³. En los comentarios a los Principios UNIDROIT, se explica claramente la diferencia entre la posición plasmada en los Principios y la concepción tradicional:

[A] diferencia de la concepción tradicional según la cual las partes – al menos cuando ambas eran conscientes o debían haber sido conscientes de la violación de la norma imperativa – deben quedar en la situación en la que se encontraban, es decir que no deberían tener el derecho a recuperar las prestaciones ejecutadas, en virtud de los Principios la restitución puede ser concebida bajo los Principios, dependiendo de lo que resulte más apropiado en el caso concreto: o bien permitir conservar la prestación recibida a quien recibió, o bien permitir reclamarla a quien la ha ejecutado³⁴.

Para determinar si es razonable la restitución, se tendrán en cuenta, entre otros, la finalidad de la norma violada, la categoría de personas que la norma busca proteger, la gravedad de la violación, si la violación era o debió ser cono-

³¹ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 5-6.

³² Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 10-12.

³³ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, “Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT),” (2010), Artículo 3.3.2(1).

³⁴ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, “Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT),” (2010), Comentario al Artículo 3.3.2(1).

cida y las expectativas razonables de las partes³⁵.

Según explica el Profesor Gaillard, en general, los Principios UNIDROIT solamente son aplicables en caso de que las partes hayan acordado de forma expresa que el contrato se regirá por dichos Principios. En caso de que las partes hayan acordado que el contrato se rija por “principios generales” o no exista acuerdo sobre la ley aplicable, los árbitros podrían verse en la disyuntiva entre aplicar los principios UNIDROIT como fuente de derecho transnacional o el principio de no restitución, vigente en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos. En esas circunstancias, concluye el Profesor Gaillard, “los árbitros pueden elegir la fuente de derecho comparativo más apropiada”, incluyendo los Principios UNIDROIT³⁶.

Tercero, en algunas circunstancias, los árbitros internacionales aplican – o de-

berían aplicar – normas transnacionales o de orden público internacional a casos relacionados con alegaciones de corrupción.

Como regla general, y de acuerdo con el principio de autonomía de las partes, los árbitros deben aplicar la ley rectora del contrato (o “*lex contractus*”) a las controversias que involucren asuntos de corrupción, incluyendo las leyes de policía (o “*lois de police*”) de la *lex contractus* adoptadas para combatir o condenar los actos de corrupción³⁷. Sin embargo, en caso de que el acuerdo de las partes sea contrario a normas fundamentales de orden público transnacional, como ser la prohibición de prácticas corruptivas³⁸, los árbitros deben “ir más allá de la ley elegida por las partes” y aplicar normas transnacionales o verdaderamente de orden público internacional³⁹. Estas normas de orden público transnacional “proporcionan a los árbitros soluciones concretas al problema complejo y deli-

³⁵ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, “Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT),” (2010), Artículos 3.3.2(2) y 3.3.1(3).

³⁶ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 12.

³⁷ Por ejemplo, leyes que prohíban el uso de intermediarios o agentes con relación a determinado tipo de contratos. Véase Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 18.

³⁸ Como explica el Profesor Gaillard, la corrupción es ampliamente condenada (incluso varias de las conductas que recaen bajo el rótulo “corrupción”, como ser el cohecho, son delitos tipificados en la mayoría de los países del mundo) y en los últimos años se han firmado una serie de convenciones para luchar contra la corrupción. Véase Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 14.

³⁹ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 13-18. Véase también Emmanuel Gaillard, “Issues of Corruption Before Tribunals,” *New York Law Journal*, (5 de octubre de 1995) (“precisamente dado el amplio alcance de disputas arbitrables, es generalmente aceptado que los árbitros deben ir más allá de la ley elegida por las partes en la medida en que sea contraria al orden público internacional. Sin embargo, dado que la autoridad de los árbitros se funda en la voluntad de las partes, un árbitro no puede dejar de aplicar la ley elegida por las partes si no se constata dicha discrepancia”).

cado de la corrupción en el arbitraje internacional”⁴⁰. Una de estas normas transnacionales, frecuentemente reconocida y aplicada por tribunales arbitrales, es que “no se le debería asignar efectos a un contrato o una inversión constituida mediante corrupción”⁴¹.

A continuación, analizamos una serie de laudos en arbitrajes comerciales relacionados a Latinoamérica a la luz de las respuestas transnacionales a la corrupción expuestas por el Profesor Gaillard, en particular: (i) la asunción por parte de los tribunales arbitrales de un rol activo en el combate contra la corrupción; (ii) la aplicación por parte de los tribunales de la metodología de “red flags” para determinar la existencia de corrupción; (iii) la viabilidad del apartamiento de la regla que dispone la no restitución de las prestaciones efectuadas bajo un contrato con objeto o causa ilícitos y (iv) la posibilidad de aplicar normas de orden público internacional cuando la *lex contractus* adoptada por las partes sea incompatible con el orden público internacional.

III. Arbitraje y corrupción en Latinoamérica: las posturas adoptadas por los tribunales arbitrales

En la presente sección, analizamos una selección de laudos en arbitrajes comerciales relativos a alegaciones de corrupción en controversias concernientes a partes latinoamericanas o hechos acaecidos en Latinoamérica, a la luz de la doctrina elaborada por el Profesor Gaillard. En particular, analizamos el laudo arbitral CCI No. 14.920 de 2009 (1), el laudo dictado en el caso Sr. José Salazar Salcedo c. Gobierno de Cusco (2), el laudo dictado en el caso Vantage c. Petrobras (3), el laudo dictado en el caso Ruta del Sol c. la Agencia Nacional de Infraestructura de Colombia (4) y el laudo dictado en el caso Rutas de Lima c. Municipalidad Metropolitana de Lima (5).

A. Laudo arbitral CCI No. 14.920 de 2009

El laudo de referencia fue dictado por un tribunal arbitral bajo las reglas de la CCI en una controversia entre una demandante y dos demandadas (una compañía de construcción y su empresa matriz), en relación con un subcontrato entre la de-

⁴⁰ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 18. Sobre el proceso de formación de normas transnacionales en arbitraje internacional, véase Emmanuel Gaillard, “Thirty Years of Lext Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules,” *ICSID Review*, No. 10(2) (1995).

⁴¹ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019): 14. Esta regla debe ser aplicada no solamente por árbitros internacionales sino también por jueces nacionales, que “deben asegurarse de no permitir que una parte se beneficie, mediante la ejecución de un laudo, del producto de actividades criminales”. Véase también Emmanuel Gaillard, “Commentaries to Belokon Decision,” *Journal du Droit International*, No. 4 (2017): 1366.

mandante y la compañía de construcción para la ejecución de tareas en el marco de un contrato de concesión entre una de las demandadas y un Estado latinoamericano⁴².

1. Breve resumen de los hechos y de las posturas de las partes

A raíz de cierta legislación aprobada en el contexto de una crisis económica que tuvo lugar en el Estado en cuestión, el contrato de concesión fue resuelto, y el subcontrato fue cedido al Estado. La demandante (subcontratista) inició un arbitraje contra la subcontratante y su matriz para solicitar daños y perjuicios con base en el régimen de indemnización del subcontrato, persiguiendo el resarcimiento total por daños y perjuicios por la rescisión del subcontrato, basada a su vez en la rescisión del contrato principal de concesión por culpa del Estado, y la aplicación de una penalidad por incumplimiento⁴³. Según se recoge en la porción del laudo disponible al público, como respaldo de dichas alegaciones, la demandante se refirió a la posibilidad de que el contrato fuera nulo por haber sido producto de un acto ilícito, como es el pago de sobornos, pero no solicitó ex-

presamente que se declarara la nulidad del contrato de concesión⁴⁴.

En el transcurso del procedimiento arbitral, las propias demandadas reconocieron que el contrato de concesión había sido obtenido mediante actos corruptos, incluyendo el pago de sobornos, lo cual fue tomado por el tribunal arbitral como prueba suficiente de la existencia de prácticas corruptivas⁴⁵.

2. Razonamiento del tribunal arbitral y conclusiones

El tribunal arbitral reconoció la existencia de un acuerdo unánime en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que el combate contra la corrupción es una cuestión de orden público internacional o transnacional⁴⁶. Asimismo, el tribunal reconoció la obligación de todo árbitro de “oponerse enérgicamente a la corrupción”, lo cual conlleva que el árbitro no pueda desconocer acusaciones de que la operación jurídica subyacente está afectada por prácticas corruptas, sino que “debe investigar, recabar alegaciones y pruebas, para poder corroborar o desechar las acusaciones y evaluar las implicaciones de las partes”⁴⁷.

⁴² Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), en *Special Supplement 2013: Tackling Corruption in Arbitration*, ed. Christian Albanesi, Emmanuel Jolivet y François Vincke (CCI, 2013). Vale notar que el laudo es confidencial y que las referencias a las partes y al Estado latinoamericano donde los hechos centrales a la disputa tuvieron lugar se encuentran anonimizados en el extracto publicado por la CCI.

⁴³ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 258.

⁴⁴ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), paras. 228, 257.

⁴⁵ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 261.

⁴⁶ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 224.

⁴⁷ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 225.

Por tanto, el tribunal asumió su deber de analizar las alegaciones de corrupción a fondo y emitir un pronunciamiento al respecto. En este sentido, en materia de jurisdicción, el tribunal se apartó de la lógica esgrimida por el laudo CCI No. 1110 del Juez Lagergren quien, recordamos, había entendido que no era competente para entender respecto de acusaciones en materia de corrupción.

Para realizar su análisis, el tribunal arbitral se remitió en primer lugar al derecho del Estado latinoamericano aplicable como *lex contractus*, a efectos de considerar las posibles consecuencias del reconocimiento de que el contrato de concesión había sido obtenido por corrupción sobre la indemnización que el demandante podía obtener bajo el subcontrato. En el caso, el derecho doméstico preveía dos posibles sanciones: la nulidad del contrato de concesión, en cuanto acto administrativo contrario a la ley, o su rescisión⁴⁸. En aplicación de estas normas, el tribunal entendió que, a falta de un pronunciamiento de nulidad emitido por el órgano competente mediante el procedimiento administrativo correspondiente, carecía de competencia para decretar la nulidad del contrato de concesión, el que se encontraba fuera del ámbito de la cláusula arbitral e involucraba al Estado latinoamericano, que no era parte del procedimiento arbitral⁴⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal arbitral analizó asimismo si estaba facultado para “asumir” la nulidad del contrato de concesión y otorgar compensación a la demandante bajo el subcontrato, aun careciendo de competencia para dejar el contrato de concesión sin efecto. Nuevamente, el tribunal razonó que carecía de facultades para ello, descartando los argumentos de la demandante formulados con base en el Código Civil aplicable⁵⁰. Por lo tanto, el tribunal concluyó que no tenía competencia para declarar la nulidad ni para asumir la nulidad del contrato de concesión y que, bajo este supuesto, debía partir de la base de que el contrato de concesión se mantenía vigente y rechazar la compensación por pérdida de “chance” solicitada por la demandante con base en el argumento de que fue inducida a error al firmar el subcontrato, partiéndose de una concesión obtenida de manera ilícita.

Reconociendo que este desenlace resultaba “injusto”, en el entendido de que debe “existir una vía para que un subcontratista *in bonis* se pueda resarcir frente a un contratista que le ha inducido a participar en una operación corrupta”, el tribunal arbitral consignó haber brindado a la subcontratista la oportunidad de “hacer valer sus derechos”, modificando sus pretensiones para solicitar expresamente que se declare la nulidad del con-

⁴⁸ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 223.

⁴⁹ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 235.

⁵⁰ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 245.

trato de concesión en virtud de la existencia de hechos corruptivos⁵¹. Sin embargo, la demandante expresó su voluntad de no modificar su pretensión original, dejando claro (a criterio del tribunal) que no pretendía plantear una reclamación basada en la nulidad del contrato de concesión⁵². Ante esta situación, invocando el principio de justicia rogada, el tribunal arbitral concluyó que no podía “conceder nada distinto a lo pedido por las partes, so pena de incurrir el laudo en nulidad”⁵³ y que, por lo tanto, no se encontraba facultado para emitir un pronunciamiento final sobre la validez del contrato de concesión.

El tribunal reconoció asimismo que este resultado final podía “parecer insatisfactorio”, sobre todo por cuanto implicaba dejar “sin sanción el comportamiento anti-jurídico [sic] de [las Demandadas]”⁵⁴ el que, recordamos, había sido expresamente reconocido por las demandadas. En el caso bajo análisis, el tribunal entendió que la decisión era “especialmente difícil” por cuanto “la Demandante tenía una variedad de acciones y argumentaciones a su disposición, todas ellas resultantes de la corrupción del Contrato Principal, como podría ser una acción por los daños y perjuicios causados por haber sido inducido a suscribir el Subcontrato de forma dolosa, por la “chance perdida, por daños morales... y

el principio *fraus omnia corrumpit*.”⁵⁵ Es decir: en el caso, e incluso ante la confesión de la contraparte de haber incurrido en prácticas corruptivas, el tribunal arbitral consideró que no se encontraba facultado bajo el derecho doméstico aplicable para resolver alegaciones de corrupción *ex officio*, sin que medie una solicitud expresa de una de las partes en ese sentido. Al respecto, cabe preguntarse si sería posible llegar a un resultado diverso aplicando la doctrina del Profesor Gaillard en cuanto a la necesidad una aproximación verdaderamente transnacional a la lucha contra la corrupción, que permita ir “más allá” de la *lex contractus* en los casos en que la misma sea contraria al orden público transnacional. En este sentido, el abordaje de la lucha contra la corrupción desde una óptica transnacional puede potencialmente brindar una vía jurídica para que los árbitros superen las limitaciones impuestas en ciertas oportunidades por el derecho doméstico, en pos de la protección del orden público internacional.

B. Caso Sr. José Salazar Salcedo c. Gobierno de Cusco

El laudo de referencia fue dictado en el marco de un arbitraje doméstico con sede en Cusco, Perú, respecto de las reclamaciones presentadas por el Sr. Joel José Salazar Salcedo contra el Gobierno

⁵¹ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 251.

⁵² Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 258.

⁵³ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 260.

⁵⁴ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 265.

⁵⁵ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos), para. 265.

Regional de Cusco. Las reclamaciones se efectuaron al amparo de un contrato de obras para la realización de tareas de mantenimiento periódico de tramos viales en Cusco, celebrado entre las partes el 18 de julio de 2008⁵⁶. El derecho peruano era aplicable; en particular, el Texto Único Ordenado de la Ley No. 26.850 de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento y las disposiciones del Código Civil aplicables de manera supletoria⁵⁷.

1. Breve resumen de los hechos y de las posturas de las partes

El procedimiento fue iniciado por el Sr. Salazar, quien formuló varias reclamaciones por supuestos incumplimientos del Gobierno de Cusco y solicitó en consecuencia la rescisión del contrato por incumplimiento, con la indemnización de daños y perjuicios correlativa⁵⁸.

Por su parte, el Gobierno de Cusco interpuso excepciones (representación insuficiente y caducidad)⁵⁹, contestó las alegaciones formuladas por el Sr. Salazar en su demanda⁶⁰ y formuló reconvenio-

nes basadas, *inter alia*, en que el Gobierno de Cusco había previamente notificado al Sr. Salazar la resolución del contrato de concesión, fundada en la supuesta constatación de varios incumplimientos por parte del Sr. Salazar⁶¹.

Luego de iniciado el arbitraje, compareció la compañía aseguradora Mapfre, solicitando que se le permitiera intervenir en el procedimiento en virtud de su involucramiento como garante de la concesión, habiendo otorgado tres fianzas en favor del Gobierno de Cusco y efectuado desembolsos bajo las mismas⁶². Mapfre fundó su solicitud en el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 1.071 (“Ley de Arbitraje”), que permitía la extensión del convenio arbitral a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje surja de su “participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato” o que “pretendan derivar de-

⁵⁶ Caso Arbitral No. 30-2012, Laudo de Derecho, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco (Cusco, Perú, 4 de agosto de 2015), paras. 1-2. Si bien el laudo refiere a una disputa doméstica, no internacional, el mismo resulta interesante en cuanto confirma la tendencia de que los tribunales arbitrales, tanto en disputas internacionales como domésticas, afirman su competencia para pronunciarse sobre alegaciones e corrupción.

⁵⁷ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 5.

⁵⁸ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, Sección III.2.

⁵⁹ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, Secciones IV.1 y IV.2.

⁶⁰ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, Sección IV.3.

⁶¹ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, paras. 138-139.

⁶² Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, paras. 167-172.

rechos o beneficios del contrato, según sus términos”⁶³.

En particular, Mapfre solicitó que se declarara la nulidad del Contrato y se condenara al Gobierno de Cusco a la devolución de las sumas previamente desembolsadas por Mapfre para la ejecución de las garantías, fundado en que varios funcionarios del Gobierno de Cusco involucrados con la celebración y ejecución del contrato de concesión habían sido procesados por delitos de colusión, corrupción y otros⁶⁴.

Entre ellos, la entonces asistente del vicepresidente del Gobierno Regional testificó que algunos funcionarios del Gobierno de Cusco y el demandante habían concertado el otorgamiento del contrato al demandante a pesar de que la obra en principio iba a ser adjudicada a otro oferente a cambio de ciertos beneficios económicos⁶⁵. El arreglo entre el demandante y los funcionarios había sido plasmado en un “Acuerdo de Gestión”, celebrado previo al otorgamiento oficial de la concesión, mediante el que se habían distribuido funciones respecto de la adjudicación y el cumplimiento del con-

trato de concesión por fuera del procedimiento competitivo correspondiente⁶⁶.

Según Mapfre, estos hechos permitían concluir que “la adjudicación del CONTRATO a favor del SEÑOR SALAZAR fue un acto ilícito, derivado de beneficios económicos personales con el dinero destinado a la ejecución del CONTRATO, por lo que la obra quedó inconclusa”⁶⁷. Por lo tanto, sostuvo que el contrato de concesión adolecía de vicios de nulidad por contravención del orden público y buenas costumbres, objeto imposible y fin ilícito⁶⁸, y solicitó al tribunal arbitral que declare su nulidad, así como la nulidad de las garantías y la devolución de los montos desembolsados⁶⁹.

2. Razonamiento del tribunal arbitral y conclusiones

En primer lugar, el tribunal resolvió denegar la solicitud de intervención de Mapfre, por cuanto el artículo 14 de la Ley de Arbitraje sobre el que Mapfre fundó su intervención no se encontraba vigente al momento en que el demandante y el Gobierno Regional de Cusco habían celebrado el contrato de concesión⁷⁰. Este razonamiento suscitó una evidente preocupación para el tribunal:

⁶³ Presidente de la República del Perú, Decreto Legislativo 1.071 (Ley de Arbitraje), 1 de septiembre de 2008, artículo 14.

⁶⁴ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para 176.

⁶⁵ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para 176.

⁶⁶ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 175.

⁶⁷ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 178 (énfasis en el original).

⁶⁸ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para 186.

⁶⁹ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 207.

⁷⁰ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 285.

recordamos que las alegaciones de corrupción habían sido planteadas en el procedimiento por Mapfre, pero no habían sido argüidas ni por el demandante, ni por el Gobierno de Cusco. Por lo tanto, el tribunal debía considerar si igualmente se encontraba facultado para pronunciarse al respecto.

Luego de un análisis de la ley aplicable, el tribunal arbitral consideró que se encontraba facultado para pronunciarse respecto de la nulidad del contrato de concesión *ex officio*, incluso si ninguna de las partes lo había solicitado expresamente, con base en los artículos 219 y 220 del Código Civil peruano. Conforme con dichas normas, los actos jurídicos que tengan objeto física o jurídicamente imposible o fin ilícito son nulos y los jueces (en el caso, los árbitros) se encuentran facultados a declarar dicha nulidad de oficio cuando la misma resulte manifiesta⁷¹. Asimismo, el tribunal destacó que el convenio arbitral en el contrato de concesión disponía que “todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del [...] contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante arbitraje de derecho”⁷².

Por lo tanto, el tribunal consideró que se encontraba facultado para declarar la nu-

lidad del contrato, incluso en defecto de una solicitud expresa de las partes en el arbitraje (el Sr. Salazar y el Gobierno de Cusco). En este sentido, y a diferencia de lo acaecido con el Laudo CCI 14.920 analizado supra, el tribunal notó que “la nulidad de oficio del acto jurídico constituye una excepción al principio procesal de congruencia entre el petitorio y el fallo, que encuentra respaldo en la voluntad de la ley de reconocer solo actos jurídicos emitidos conforme al ordenamiento jurídico”⁷³.

En consideración de lo anterior, el tribunal arbitral se avocó al análisis de las pruebas que entendía que demostraban de forma “manifiesta” la existencia de corrupción en la obtención del contrato de concesión, refiriendo para ello a los hallazgos de las cortes competentes en sede penal. Al respecto, el tribunal consideró que, si bien la sentencia penal tenía un propósito evidentemente diferente al del procedimiento arbitral, por cuanto pretendía determinar la responsabilidad individual de quienes resulten responsables y no la validez del contrato, el fallo condenatorio podía tomarse como prueba relevante (sin que existiera prejudicialidad)⁷⁴.

Entre los elementos de prueba disponibles, el tribunal destacó: (i) la presenta-

⁷¹ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, paras. 313-315.

⁷² Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 319 (énfasis en el original).

⁷³ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 320.

⁷⁴ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 331.

ción por parte del demandante de un documento falso para ganar el proceso de selección de oferentes⁷⁵ y (ii) la celebración del llamado “Acuerdo de Gestión” entre funcionarios del Gobierno de Cusco y el demandante⁷⁶. Respecto de este último, el tribunal arbitral halló particularmente dicente que el mismo se hubiera celebrado de forma previa a la firma del contrato de concesión, de lo que a su criterio se infiere que “las partes que suscribieron aquel acuerdo tenían la inusual seguridad de que el CONTRATO se firmaría con el SEÑOR SALAZAR”⁷⁷.

La conclusión del tribunal arbitral, con base en estos hechos, fue que el Acuerdo de Gestión reflejaba cómo el demandante y ciertos funcionarios del Gobierno de Cusco involucrados en la operación “se atribuían beneficios económicos del futuro contrato de obra a suscribirse con el GOBIERNO DE CUSCO, situación que refleja que la intención del SEÑOR SALAZAR no era la de ejecutar la obra, sino por el contrario, la de obtener dinero proveniente de la misma, es-

pecíficamente el 4% del valor del CONTRATO”⁷⁸.

Como resultado de lo anterior, el tribunal arbitral declaró la nulidad del contrato de concesión y desestimó las pretensiones de ambas partes⁷⁹. En este sentido, si bien el tribunal no realizó un análisis expreso de los remedios disponibles ante la situación, el fallo resulta compatible con la postura según la cual la restitución de las prestaciones resulta improcedente.

C. *Caso Vantage c. Petrobras*

El laudo fue dictado por un tribunal arbitral constituido bajo las reglas del Centro Internacional de Resolución de Disputas (“CIRD”), en una controversia relativa a un Contrato de Perforación de Pozo (“Drilling Services Agreement” o “DSA”, en inglés) entre la compañía estadounidense Vantage y compañías del grupo estatal petrolero brasileño Petrobras. El contrato fue suscripto inicialmente el 14 de febrero de 2009 y novado y enmendado posteriormente en tres oportunidades (2012, 2013 y 2014)⁸⁰. La sede del arbitraje era en los Estados

⁷⁵ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, paras. 323-325.

⁷⁶ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, paras. 326-336.

⁷⁷ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 328 (énfasis en el original).

⁷⁸ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, para. 329 (énfasis en el original).

⁷⁹ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco, pp. 80-81.

⁸⁰ Caso CIRD No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage Deepwater Company, Vantage Deepwater Drilling, Inc. v. Petrobras America Inc., Petrobras Venezuela Investments & Services, Bv, Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras Brazil), 29 de junio de 2018, paras. 19, 37.

Unidos de América⁸¹. Si bien el derecho inglés fue inicialmente elegido por las partes como aplicable, la cláusula relevante del DSA fue posteriormente modificada para disponer la aplicación del derecho marítimo federal de los Estados Unidos⁸².

1. Breve resumen de los hechos y de las posturas de las partes

Vantage reclamaba una indemnización por supuestos incumplimientos de Petrobras de sus obligaciones bajo el DSA, manifestando que Petrobras había rescindido el DSA “por conveniencia y como respuesta al deterioro de las condiciones del mercado”⁸³. Como resultado de dichos incumplimientos, Vantage reclamaba daños y perjuicios que ascendían a más de USD 560 millones, más intereses pre y post laudo⁸⁴.

Por su parte, además de controvertir las alegaciones de Vantage sobre el supuesto incumplimiento del DSA, Petrobras planteó una demanda reconvenzional solicitando la rescisión del contrato

por incumplimiento, alegando que Vantage había incurrido en prácticas corruptivas, incluyendo el pago de sobornos a funcionarios estatales y de Petrobras⁸⁵. En virtud de lo anterior, Petrobras argumentó que el DSA era nulo y anulable (“*void and voidable*”) bajo el derecho del Estado de Texas, por haber sido obtenido mediante corrupción⁸⁶. Por lo tanto, Petrobras solicitó que se desestimaran las reclamaciones de Vantage, y se condenara a Vantage al pago de USD 100 millones por concepto de daños y perjuicios⁸⁷. Según recoge el tribunal en su laudo, Petrobras basó sus alegaciones principalmente en una sentencia de la Justicia Federal Brasileña, dictada en el marco de la Operación *Lava Jato*⁸⁸, sosteniendo por otra parte que la carga de la prueba de la validez del DSA correspondía a la demandante⁸⁹.

En su contestación a las reconveniones de Petrobras, Vantage arguyó que el derecho aplicable a la nulidad del DSA era el derecho inglés, en la medida que las supuestas prácticas corruptivas habrían

⁸¹ Véase, por ejemplo, Caso CIRJ No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 292.

⁸² Caso CIRJ No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 37. Véase DSA, Cláusula 24.1 y Tercera Enmienda, Cláusula 24.1.

⁸³ Caso CIRJ No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 213.

⁸⁴ Caso CIRJ No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, paras. 214-215.

⁸⁵ Caso CIRJ No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 349.

⁸⁶ Caso CIRJ No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 272.

⁸⁷ Caso CIRJ No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 273.

⁸⁸ Caso CIRJ No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 276. Véase también Reuters Staff, “Brazil’s Petrobras pays \$700 million to Vantage Drilling after court decision,” *Reuters*, 21 June 2019, disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-petrobras-vantage-drilling-idUSKCN1TM2R5>.

⁸⁹ Caso CIRJ No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 275.

tenido lugar durante la vigencia de la cláusula que preveía la aplicación del derecho inglés a la disputa. Por lo tanto, Vantage afirmó que el DSA no era nulo, sino anulable (“*voidable*”) y que podía ser ratificado por las partes. En tal sentido, la postura de Vantage era que Petrobras había ratificado el DSA original al celebrar las enmiendas posteriores, por lo que estaba impedido, por consideraciones de estoppel, de invocar la nulidad del DSA en el arbitraje⁹⁰.

2. Razonamiento del tribunal arbitral y conclusiones

Luego de un análisis escueto, el tribunal arbitral desestimó las alegaciones de Petrobras respecto de la supuesta nulidad del DSA por corrupción, haciendo lugar a los argumentos de Vantage en el sentido de que la celebración de las enmiendas posteriores al DSA habían convalidado y saneado la supuesta nulidad del DSA. En este sentido, el tribunal entendió relevante que Petrobras había realizado una auditoría de corrupción en octubre de 2013, previo a la celebración de la Segunda Novación y la Tercera Enmienda. Según la interpretación del tribunal arbitral, ello demostraba que Petrobras estaba al tanto de las alegaciones

de corrupción y, sin embargo, había resuelto continuar con el acuerdo entre las partes⁹¹.

En consideración de lo anterior, el tribunal concluyó que Petrobras estaba impedido (“estopped”) de reclamar la nulidad o anulabilidad del DSA, tanto bajo derecho inglés como bajo el derecho marítimo federal de los Estados Unidos⁹².

Luego de haber desestimado las alegaciones de corrupción de las demandadas, el tribunal analizó las pretensiones por incumplimiento presentadas por Vantage. La mayoría del tribunal condenó a Petrobras al pago de USD 615.62 millones por concepto de daños y perjuicios por la rescisión anticipada del DSA⁹³, mientras que uno de los árbitros emitió un voto disidente (de un párrafo), en el que sostuvo que, además de disentir con las conclusiones de la mayoría sobre el fondo de la controversia, consideraba que el procedimiento arbitral había sido llevado adelante denegando a Petrobras “la justicia fundamental y las protecciones de debido proceso” correspondientes bajo el derecho aplicable de la sede arbitral⁹⁴.

En contraste con otros laudos en la materia, llama la atención que la mayoría del

⁹⁰ Caso CIRD No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 257.

⁹¹ Caso CIRD No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 288.

⁹² Caso CIRD No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, para. 289. Véase también, Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 35 (2019), fn. 3.

⁹³ Caso CIRD No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018, paras. 452-460.

⁹⁴ Caso CIRD No. 01-15-0004-8503, Voto Disidente del árbitro James Gaitis al laudo final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018.

tribunal en el laudo del caso *Vantage c. Petrobras* no hace referencia alguna a la importancia del combate contra la corrupción desde el punto de vista del orden público y, en particular, del orden público internacional. Más aún, considerando que el caso *Vantage c. Petrobras* guarda relación con uno de los mayores escándalos en materia de corrupción en la región, como es el caso de la Operación *Lava Jato*.

Cabe notar que el laudo fue recientemente confirmado por las cortes estadounidenses, tanto en primera instancia como por la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de los Estados Unidos. En primer lugar, Petrobras solicitó la anulación del laudo arbitral ante las cortes del Distrito Sur de Texas, alegando *inter alia*, la iniquidad del esquema corruptivo subyacente al DSA, así como la privación de sus garantías procesales y la posibilidad de presentar prueba de que el contrato había sido obtenido mediante corrupción⁹⁵. Luego de considerar los argumentos de Petrobras, mediante sentencia del 17 de marzo de 2019, la Corte de Primera Instancia del Distrito Sur de Texas desestimó la petición por considerar que carecía de facultades bajo la ley

aplicable de revisar el razonamiento y las conclusiones alcanzadas por el tribunal arbitral, en virtud de la política federal estadounidense en materia de deferencia al arbitraje y la naturaleza restrictiva de las causales de anulación bajo la *Federal Arbitration Act*⁹⁶. En palabras de la Corte:

Petrobras no ha satisfecho su carga de demostrar que la interpretación del contrato efectuada por el Tribunal viola una política pública explícita. El intento de Petrobras de relitigar el fondo de su disputa contractual y las alusiones genéricas al orden público contra el pago y la aceptación de sobornos para la formación de contratos no alcanza el alto estándar de demostrar que la ejecución de una decisión arbitral puntual en este caso violaría las nociones más básicas de moralidad y justicia⁹⁷.

En la apelación, Petrobras nuevamente argumentó que el laudo arbitral era contrario al orden público puesto que implicaba una condena a Petrobras basada en un contrato obtenido ilegalmente, mediante corrupción⁹⁸. Por tanto, Petrobras solicitó a la Corte de Apelaciones que revocara la decisión de primera instancia, para que se realizara un examen *de novo*

⁹⁵ Demanda Civil No. 4:18-CV-02246, Orden, *Vantage Deepwater Company et al c. Petrobras America et al*, Corte Distrital del Distrito Sur de Texas, División de Houston, 17 de mayo de 2019, paras. 12-13.

⁹⁶ Demanda Civil No. 4:18-CV-02246, Orden, *Vantage Deepwater Company et al c. Petrobras America et al*, Corte Distrital del Distrito Sur de Texas, División de Houston, 17 de mayo de 2019, paras. 11, 47 et seq.

⁹⁷ Demanda Civil No. 4:18-CV-02246, Orden, *Vantage Deepwater Company et al c. Petrobras America et al*, Corte Distrital del Distrito Sur de Texas, División de Houston, 17 de mayo de 2019, para. 57.

⁹⁸ Caso No. 19-20435, Apelación, *Vantage Deepwater Company et al c. Petrobras America et al*, Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, 16 de julio de 2020, para. 28.

de las conclusiones del tribunal arbitral⁹⁹.

La Corte de Apelaciones analizó las alegaciones de corrupción en mayor detalle, recogiendo el hecho de que de la investigación criminal realizada en Brasil surgía que, en el 2007, Vantage había pagado USD 30 millones de dólares en sobornos a tres individuos para conseguir el registro como contratista de servicios de perforación en Brasil¹⁰⁰. En el 2017, Vantage incluso había comunicado a las entidades reguladoras de los Estados Unidos que había descubierto evidencia de que su entonces CEO y un miembro del Directorio habían sido “al menos voluntariamente ciegos” al pago de dichos sobornos. Asimismo, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos había establecido que múltiples funcionarios de Petrobras habían recibido sobornos para asistir a Vantage en la obtención del DSA¹⁰¹.

Sin perjuicio de ello, la Corte de Apelaciones entendió que la Convención de Nueva York impedía el análisis *de novo* solicitado por Petrobras, quien preten-

día que las cortes estadounidenses se pronunciaran no sobre el laudo arbitral, sino sobre la regularidad del contrato subyacente¹⁰². En consecuencia, la Corte de Apelaciones rechazó el recurso planteado por Petrobras, confirmando en su lugar la sentencia de primera instancia de las Cortes de Texas¹⁰³.

D. Caso Ruta del Sol

El laudo fue dictado el 6 de agosto de 2019 por un tribunal arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, en el marco de un procedimiento arbitral doméstico entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura colombiana (“ANI”), en relación con la rescisión de un contrato de concesión para el desarrollo, construcción, operación y mantenimiento de la Sección II de la Autopista Ruta del Sol¹⁰⁴.

1. Breve resumen de los hechos y de las posturas de las partes

Nuevamente, los hechos se enmarcan en el escándalo por pagos corruptivos descubiertos en la *Operación Lava Jato*. La empresa Ruta del Sol, subsidiaria de la

⁹⁹ Caso No. 19-20435, Apelación, Vantage Deepwater Company *et al c.* Petrobras America *et al*, Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, 16 de julio de 2020, para. 29.

¹⁰⁰ Caso No. 19-20435, Apelación, Vantage Deepwater Company *et al c.* Petrobras America *et al*, Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, 16 de julio de 2020, para. 4.

¹⁰¹ Caso No. 19-20435, Apelación, Vantage Deepwater Company *et al c.* Petrobras America *et al*, Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, 16 de julio de 2020, para. 4.

¹⁰² Caso No. 19-20435, Apelación, Vantage Deepwater Company *et al c.* Petrobras America *et al*, Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, 16 de julio de 2020, para. 32.

¹⁰³ Caso No. 19-20435, Apelación, Vantage Deepwater Company *et al c.* Petrobras America *et al*, Corte de Apelaciones del Quinto Circuito, 16 de julio de 2020, para. 37.

¹⁰⁴ Procesos Acumulados Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. c. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, 6 de agosto de 2019, p. 174 et seq.

constructora Odebrecht, había celebrado en enero de 2010 un Contrato de Concesión con el antecesor de la ANI, el Instituto Nacional de Concesiones (“INCO”)¹⁰⁵.

En agosto de 2015, Ruta del Sol inició un arbitraje reclamando que la ANI había incumplido el Contrato de Concesión, solicitando asimismo que el tribunal arbitral declarara que dicho contrato era válido y vinculante entre las partes¹⁰⁶.

Luego de iniciado el procedimiento arbitral, en diciembre de 2016, Odebrecht reconoció, en el contexto de un *plea bargain* con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, haber pagado sobornos a numerosos funcionarios públicos en diversas jurisdicciones, incluyendo Colombia¹⁰⁷. En enero de 2017, el exviceministro de Transporte y representante del INCO colombiano confesó ante las cortes del país haber recibido USD 6,5 millones del grupo Odebrecht en relación con la adjudicación del proyecto Ruta del Sol¹⁰⁸. En consecuencia, la ANI presentó una demanda

reconvencional, en la que solicitó al tribunal arbitral que declarara la nulidad del Contrato de Concesión, y que limitara los pagos eventualmente adeudados por la ANI a aquellos correspondientes a las obras ya ejecutadas por la concesionaria¹⁰⁹.

2. Razonamiento del tribunal arbitral y conclusiones

El tribunal arbitral analizó las alegaciones de las partes relativas a la supuesta existencia de actos corruptivos por parte de Odebrecht en relación con el proyecto Ruta del Sol, a la luz del derecho colombiano aplicable a la disputa. Así, el tribunal concluyó que la evidencia de corrupción presentada en el caso era concluyente¹¹⁰. Entre otros elementos probatorios, el tribunal consideró relevantes el pacto de culpabilidad entre Odebrecht y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, y la sentencia de la justicia colombiana sobre la aceptación de pagos corruptivos por parte de un funcionario de la administración en relación con la concesión¹¹¹. Sobre los efec-

¹⁰⁵ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, p. 213–218.

¹⁰⁶ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, pp. 18–20, 25–27.

¹⁰⁷ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, pp. 236, 392–397.

¹⁰⁸ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, pp. 407–415.

¹⁰⁹ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, pp. 34–38.

¹¹⁰ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, pp. 491–493.

¹¹¹ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, Sección 5.1.

tos de la corrupción en el contrato, el Tribunal dijo lo siguiente:

Un contrato que sea fruto de actos de corrupción y de hechos punibles, es un contrato que adolece de objeto ilícito por la violación sistemática, directa, frontal y evidente de todas las normas legales de carácter imperativo y de orden público que consagra los principios orientadores de la actividad contractual del Estado¹¹².

Luego de considerar las normas aplicables a los contratos celebrados bajo la ley colombiana, el tribunal concluyó que el Contrato de Concesión era nulo en virtud de la existencia de dichos actos ilícitos¹¹³. Sin embargo, en línea con la doctrina mayoritaria, el tribunal consideró que ello no afectaba su jurisdicción, en aplicación del principio de separabilidad y autonomía de la cláusula arbitral¹¹⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal consideró que correspondía que la ANI compensara parcialmente a Rutas del Sol por la rescisión del contrato, bajo la ley colombiana. Ello, por cuanto la ley colombiana prevé la protección de los terceros de buena fe exenta de culpa, incluso en relación con contratos obtenidos mediante corrupción¹¹⁵. En función

de estas disposiciones, el Tribunal otorgó cierta compensación, considerando la relevancia del repago a los financieristas del proyecto¹¹⁶. En este aspecto, el laudo ilustra con suma claridad la forma en la que la *lex contractus* determina qué remedios están disponibles a un tribunal arbitral que declare la nulidad de un contrato por haberse obtenido o ejecutado mediante corrupción.

Cabe destacar asimismo que el laudo arbitral fue confirmado por el Consejo de Estado en septiembre de 2020, rechazando el recurso de anulación interpuesto por la Concesionaria y las entidades financieras con intereses en el proyecto. En la sentencia que desestimó el recurso, el Consejo de Estado expresamente rechazó las alegaciones de las recurrentes respecto de la improcedencia de que el tribunal arbitral declarara la nulidad absoluta del contrato incluso en ausencia de un requerimiento específico de las partes¹¹⁷.

E. Caso Rutas de Lima c. Municipalidad Metropolitana de Lima

El laudo fue dictado el 11 de mayo de 2020 por un tribunal arbitral *ad hoc* con

¹¹² Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, p. 382.

¹¹³ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, p. 495.

¹¹⁴ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, p. 75–76.

¹¹⁵ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, Secciones E y F.

¹¹⁶ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019, Sección F.

¹¹⁷ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Rad. N° 2019-00168-00, 10 de septiembre de 2020, p. 92.

sede en Washington, D.C., constituido bajo el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), en relación con un contrato de concesión para el diseño, construcción, mejoramiento, conservación, operación y explotación del Proyecto Vías Nuevas de Lima, suscrito entre Rutas de Lima (una sociedad peruana) y la Municipalidad Metropolitana de Lima. El derecho aplicable al fondo de la disputa era el derecho interno de la República del Perú¹¹⁸.

1. Breve resumen de los hechos y de las posturas de las partes

El Proyecto Vías Nuevas de Lima fue adjudicado a la demandante por la Municipalidad de Lima en septiembre de 2012, para la integración de 23 distritos de la ciudad de Lima mediante autopistas, celebrándose el contrato de concesión en enero de 2013, por un plazo de treinta años¹¹⁹. La concesionaria había participado en el proceso competitivo representando a un consorcio constituido por la Constructora Odebrecht¹²⁰.

El 13 de febrero de 2014, las partes suscribieron una Adenda de Bancabilidad, mediante la que se ampliaron las tareas a realizarse por Rutas de Lima, y se modificó el plazo para la realización de ciertas obras¹²¹. Mediante un Acta de Acuerdo celebrada el 30 de junio de 2016, las partes asimismo previeron los plazos para la implementación de una nueva unidad de peaje, a producirse el 21 de diciembre de 2016¹²².

Los reclamos formulados por la demandante en el arbitraje guardan relación principalmente con la decisión adoptada por la Municipalidad de Lima el 7 de febrero de 2017 en el sentido de anular dicha nueva unidad de peaje. Además, reclamaba compensación que a junio de 2019 ascendía a más de S/200 millones (más de USD 50 millones, a la fecha del presente artículo), más intereses, correspondientes a la recaudación de la tarifa de peaje correspondiente a cada mes, más intereses¹²³.

Posteriormente, en mayo de 2017, se hicieron públicas ciertas investigaciones de corrupción vinculadas a la Operación

¹¹⁸ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 13.

¹¹⁹ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 98.

¹²⁰ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 92.

¹²¹ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 104.

¹²² Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, paras. 112-114.

¹²³ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 166.

Lava Jato, señalando la posible existencia de pagos ilícitos que Odebrecht habría realizado con relación al Proyecto¹²⁴. Como resultado de lo anterior, el 24 de mayo de 2017, la Procuraduría Pública Ad Hoc interpuso una denuncia penal contra, entre otros, Rutas de Lima, solicitando el inicio de investigaciones preliminares por la presunta comisión del delito de colusión y cohecho, por presuntos pagos de sobornos por un total aproximado de USD 711 millones, en relación con el Proyecto Vías Nuevas de Lima¹²⁵.

En agosto de 2018, se publicó el Informe Final de la Comisión Investigadora Multipartidaria encargada de investigar los presuntos sobornos pagados por la empresa Odebrecht a funcionarios públicos peruanos en relación con el otorgamiento de concesiones, obras y proyectos el que reveló, entre otros hallazgos, la existencia de un registro en la “planilla paralela” de Odebrecht que evidenciaba el pago de un soborno por USD 420,000 a los pocos días de la firma de la Adenda de Bancabilidad, entre otras irregularidades¹²⁶. A la fecha del laudo

arbitral, las investigaciones de la justicia penal peruana correlativas se encontraban pendientes de resolución¹²⁷.

La Municipalidad de Lima presentó una reconvencción, planteando el deber del tribunal arbitral de declarar de oficio la nulidad del Contrato de Concesión y del Acta de Acuerdo de 30 de junio de 2016¹²⁸, alegando la existencia de prácticas corruptas tanto en la obtención del contrato de concesión, como en la obtención de una serie de ventajas indebidas durante la ejecución de dicho contrato¹²⁹.

2. Razonamiento del tribunal arbitral y conclusiones

En relación con las alegaciones de corrupción, el tribunal arbitral expresamente estableció que las mismas atañen tanto al orden público nacional del Estado peruano, así como al orden público internacional en el que “se ha condenado a la corrupción por atentar contra el có-

¹²⁴ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 153.

¹²⁵ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 154.

¹²⁶ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, paras. 157-158.

¹²⁷ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 164.

¹²⁸ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, paras. 171-172. *Véase también*, Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, paras. 391-392.

¹²⁹ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 388.

digo de conducta en las transacciones internacionales”¹³⁰.

Asimismo, a efectos de determinar la ley aplicable a la caracterización de eventuales actos ilícitos, el tribunal arbitral reconoció la relevancia tanto del derecho estadounidense (en tanto derecho de la sede arbitral) como de la ley peruana:

Estando la sede de este arbitraje en los Estados Unidos, el Tribunal estima que la ley estadounidense es relevante. Los hechos discutidos por las Partes, sin embargo, se relacionan estrechamente con el orden jurídico peruano, así que también la ley peruana sería relevante. El Tribunal, sin embargo, estima, como se ha dicho, que la corrupción es violatoria del orden público internacional, y que por lo tanto, la realización de pagos ilícitos a funcionarios públicos para obtener ventajas indebidas sería contraria al orden público de ambos ordenamientos jurídicos¹³¹.

Por otra parte, el tribunal consideró que tenía el deber de valorar *motu proprio* la existencia de hechos de corrupción que pudieran afectar el objeto del arbitraje, incluso aunque no hubiera mediado solicitud de parte al respecto, infiriendo las

consecuencias que correspondan¹³². En palabras del tribunal arbitral:

Este deber de valoración surge tanto de la naturaleza de orden público internacional de la prohibición de la corrupción como del principio general de *iura novit curia* regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil Peruano y de la nulidad manifiesta prevista en el artículo 220 del mismo Código. [...] Siendo la corrupción contraria al orden público internacional, y en menoscabo del interés público del Estado y de los ciudadanos del Perú, el Tribunal tiene muy claro que tiene el deber de declarar la nulidad del Contrato de Concesión si existen pruebas suficientes de que fue obtenido por medios corruptos¹³³.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal expresó su parecer de que, para proceder a anular un contrato, se requiere prueba no solo de la existencia de pagos ilícitos a funcionarios públicos, sino de que dichos pagos se relacionan con el contrato entre las partes¹³⁴.

En cuanto al estándar probatorio aplicable, el tribunal sostuvo que, en materia de corrupción internacional, no es posible la aplicación de un estándar de prueba elevado, dado que los actos de

¹³⁰ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 394.

¹³¹ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 395.

¹³² Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 396.

¹³³ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, paras. 397, 400.

¹³⁴ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 401.

corrupción están por naturaleza sujetos a simulación. En este sentido, el tribunal entendió que el estándar aplicable es uno de “preponderancia de la prueba”, siguiendo “el método internacionalmente reconocido de los *red flags*”. Sin embargo, el tribunal especificó que la aplicación del método de *red flags* no implicaba que no fuera necesario “que existan indicios suficientemente particularizados como para establecer razonablemente la existencia de pagos corruptos y su vinculación con el Contrato y el Acta Junio 2016”¹³⁵. Como se explicó, ello está plenamente en línea con la doctrina del Profesor Gaillard.

Seguidamente, el tribunal resumió los hechos que consideraba indiciarios de la existencia de prácticas corruptivas relacionadas con la concesión objeto del arbitraje, comenzando con el solo hecho de que Odebrecht hubiera sido el dueño del consorcio y siguiera beneficiándose de una participación del 25% en el proyecto, a la luz del contexto general de las investigaciones en el marco del *Lava Jato*¹³⁶. Sin embargo, luego de un análisis pormenorizado de los hechos, el tribunal no encontró indicios suficientes de la existencia de corrupción en el proceso

de adjudicación del contrato de concesión ni en su ejecución¹³⁷. En este sentido, si bien el tribunal consideró que la consignación de un pago relacionado con Rutas de Lima en las planillas paralelas de Odebrecht podía ser indiciario del pago de sobornos, no se había acreditado que dicho pago hubiera estado relacionado con el contrato de concesión, con la Adenda de Bancabilidad, ni con el Acta Junio 2016¹³⁸. En consecuencia, el tribunal arbitral concluyó:

En conclusión, el Tribunal Arbitral estima que si bien existen algunas indicaciones que podrían llevar a sospechar la posible existencia de hechos de corrupción con respecto a la Concesión y su ejecución, no existen indicios suficientes para concluir la existencia de estos pagos corruptos y su vinculación con el Contrato, ni el hecho que los mismos permitieron a Rutas de Lima obtener ventajas indebidas en el contexto de este y en menoscabo de los derechos de la administración. El Tribunal Arbitral estima pues que, a la luz de la evidencia aportada y de la información pública disponible a la fecha de dictar el presente laudo, no existen elementos suficientes para declarar la nulidad total o parcial del Contrato o del Acta Junio 2016 sobre la base de que éstos podían estar afectados por corrupción¹³⁹.

¹³⁵ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 403.

¹³⁶ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 405.

¹³⁷ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 432.

¹³⁸ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 458-459.

¹³⁹ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 501.

Por lo tanto, el tribunal arbitral resolvió no declarar la nulidad del Contrato o del Acta de junio de 2016 y, procediendo a evaluar los argumentos de fondo de la demandante, finalmente acogió parcialmente sus solicitudes, condenando a la Municipalidad de Lima al pago de compensación¹⁴⁰.

IV. Conclusión

Como hemos visto, bajo el paradigma del orden jurídico arbitral transnacional, se entiende que los árbitros están llamados a impartir justicia en nombre de la comunidad internacional. Por ello, es fundamental que los árbitros asuman su rol en la lucha global contra la corrupción y resuelvan este tipo de controversias de conformidad con las normas y respuestas transnacionales (emergentes) para combatir la corrupción.

En el caso particular de Latinoamérica, y sobre la base de los casos analizados, podemos concluir que los tribunales arbitrales han asumido jurisdicción sobre controversias que involucran asuntos de corrupción. En este sentido, los tribunales se han apartado de la lógica esgrimida por el laudo CCI No. 1110 del Juez Lagergren quien, recordamos, había entendido que no era competente para entender respecto de acusaciones en mate-

ria de corrupción. Por otro lado, esto es completamente en línea con las observaciones del Profesor Gaillard sobre la aplicabilidad del principio de separabilidad de la cláusula arbitral y del rol activo que deben jugar los árbitros en la lucha contra la corrupción.

Además, los tribunales arbitrales se han referido a las normas de orden público internacional y principios transnacionales comentados por el Profesor Gaillard para combatir la corrupción, de forma más o menos consistente:

Primero, los tribunales arbitrales han sido contestes en entender que no se requiere prueba directa y concluyente de la existencia de corrupción para poder determinar su existencia a efectos de una disputa contractual (sin perjuicio de que, en efecto, en algunos casos la prueba haya sido concluyente en virtud de la admisión de una de las partes)¹⁴¹. Sin perjuicio de ello, los laudos muestran grados variables de (i) análisis de la prueba: mientras que algunos tribunales han realizado análisis extensos y pormenorizados de los elementos probatorios aportados por las partes¹⁴², otros tribunales no ingresan en mayor detalle (o al menos, dicho estudio no está consagrado en los

¹⁴⁰ Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020, para. 758.

¹⁴¹ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos); Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019.

¹⁴² Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020; Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019.

laudos correspondientes)¹⁴³; y (ii) deferencia a las sentencias judiciales en sede criminal: si bien algunos laudos otorgan a dichas sentencias un fuerte peso probatorio¹⁴⁴, para otros tribunales la relevancia de estas sentencias ha sido menor¹⁴⁵.

Segundo, en general, los laudos han seguido la práctica más extendida en relación con los remedios disponibles a los tribunales arbitrales para determinar las consecuencias de la nulidad de un contrato por corrupción, denegando las solicitudes de indemnización y restitución de ambas partes involucradas en la transacción corrupta¹⁴⁶. Asimismo, los laudos reseñados también confirman lo sostenido por el Profesor Gaillard en cuanto a que los remedios disponibles a los tribunales arbitral estarán determinados en última instancia por la ley aplicable: en este sentido, al menos un tribunal condenó a una de las partes al pago parcial de la compensación solicitada por la contraparte, basándose en la protección de los derechos de buena fe bajo la ley aplicable¹⁴⁷.

Tercero, algunos laudos arbitrales recaídos en arbitrajes comerciales internacionales han abordado la temática de la lucha contra la corrupción desde una óp-

tica transnacional, apelando al concepto de orden público internacional¹⁴⁸. Sin embargo, como se comentó supra, en al menos una oportunidad quedó de manifiesto que los tribunales arbitrales pueden estar restringidos por las leyes domésticas a la hora de ejercer su función en el combate contra la corrupción; en particular, en cuanto a su facultad para analizar y pronunciarse sobre posibles prácticas corruptas *ex officio*, es decir incluso en la ausencia de una solicitud formal de al menos una de las partes.

Como adelantado, cabe preguntarse si la doctrina transnacional del Profesor Gaillard, particularmente en cuanto a la aplicación por parte de tribunales arbitrales internacionales de principios transnacionales incluso en caso de conflicto con la ley aplicable, podría brindar herramientas para que los tribunales arbitrales puedan aplicar (o desaplicar) las normas domésticas de una forma consistente con el orden público internacional¹⁴⁹. En al menos un laudo dictado por un tribunal internacional, el concepto de la corrupción como parte del orden público internacional no fue analizado¹⁵⁰.

Naturalmente, los tribunales domésticos se ven más limitados a la hora de recurrir

¹⁴³ Caso CIRD No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018.

¹⁴⁴ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco.

¹⁴⁵ Caso CIRD No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018.

¹⁴⁶ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco.

¹⁴⁷ Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019.

¹⁴⁸ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos); Arbitraje Ad Hoc, Laudo Final, Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 11 de mayo de 2020.

¹⁴⁹ Caso CCI No. 14.920, Laudo Final de 2009 (extractos).

¹⁵⁰ Caso CIRD No. 01-15-0004-8503, Laudo Final, Vantage c. Petrobras, 29 de junio de 2018.

a normas transnacionales, puesto que están más constreñidos por el derecho local y en particular las *lois de police* aplicables. Sin embargo, se destaca que el análisis realizado por los tribunales domésticos bajo las leyes locales aplicables en cada caso ha sido conteste en condenar fuertemente las prácticas corruptivas y sancionar los actos resultantes con nulidad¹⁵¹.

En conclusión, del análisis efectuado constatamos que, con grados variables, la jurisprudencia arbitral con puntos de conexión con Latinoamérica se encuentra en línea con las prácticas más extendidas en materia del tratamiento de alegaciones de corrupción por parte de tribunales arbitrales. Sin perjuicio de ello, existe aún camino por recorrer en materia de la mayor difusión y aplicación de la doctrina del Profesor Gaillard en materia de combate transnacional contra la corrupción, la cual puede ser una herramienta útil a manos de tribunales arbitrales internacionales para el ejercicio del rol activo que les corresponde en la lucha contra la corrupción en el comercio internacional. Esperamos que el presente artículo sea una humilde contribución en este sentido.

¹⁵¹ Caso Arbitral No. 30-2012, Sr. Joel José Salazar Salcedo c. Gobierno Regional de Cusco; Procesos Nos. 4190 y 4209 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo Arbitral, Ruta del Sol c. ANI, 6 de agosto de 2019.