

La corrupción en las inversiones internacionales. Análisis de los efectos jurídicos de la corrupción en el arbitraje de inversiones ante el CIADI

Corruption in international investments. Analysis of the legal effects of corruption in ICSID arbitration

LAURA ARAGONÉS MOLINA

*Investigadora Doctora del Instituto Universitario de Investigación en Estudios
Latinoamericanos (IELAT) de la Universidad de Alcalá*

Recibido: 16.01.2023 / Aceptado: 24.01.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7534

Resumen: La corrupción ha dejado de ser un problema local para adquirir una dimensión transnacional. La intensificación de las relaciones económicas internacionales y la eliminación de barreras para el comercio y la inversión contribuyen al desarrollo económico y social de los Estados, pero este desarrollo se ve mermado cuando median prácticas corruptas en los procesos de formalización de las inversiones internacionales. No es extraño, por tanto, que surjan conflictos entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión en algún momento de la vida de la inversión y estos acuden al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) como el foro más adecuado para resolver sus controversias. En este trabajo, analizamos la práctica del CIADI en los casos en los que alguna de las partes ha alegado actos de corrupción, con dos objetivos esenciales; un objetivo particular que consiste en analizar los efectos jurídicos que estas alegaciones pueden producir en el proceso según quién formula la alegación y las dificultades jurídico-procesales que surgen en estos casos; y un objetivo general que trasciende al caso particular, que es averiguar si el arbitraje internacional puede constituir una herramienta jurídica efectiva para disuadir a inversores y Estados de incurrir en prácticas corruptas.

Palabras clave: Corrupción, arbitraje de inversiones, manos limpias, CIADI, orden público transnacional.

Abstract: Corruption is no longer a local problem but has taken on a transnational dimension. The intensification of international economic relations and the removal of barriers to trade and investment contribute to the economic and social development of states, but this development is undermined when corrupt practices are involved in the processes of formalising international investments. It is not surprising, therefore, that conflicts arise between the foreign investor and the host state at some point in the life of the investment and that they turn to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) as the most appropriate forum for resolving their disputes. In this paper, we analyse ICSID's practice in cases in which one of the parties has alleged acts of corruption, with two essential objectives; a particular objective that consists of analysing the legal effects that these allegations can produce in the proceedings depending on who makes the allegation as well as the procedural difficulties that arise in these cases; and a general objective that transcends the particular case, which is to find out whether international arbitration can constitute an effective legal tool to dissuade investors and states from engaging in corrupt practices.

Keywords: Corruption, investment arbitration, clean hands, ICSID, public international policy.

Sumario: I. Introducción. II. La dimensión transnacional de la corrupción y sus consecuencias en las relaciones económicas internacionales. 1. La regulación de la corrupción por la normativa internacional: la existencia de un consenso entre los Estados en torno a la corrupción. 2. La relación entre la corrupción y las inversiones internacionales. III. Las alegaciones de corrupción en la inversión en los arbitrajes ante el CIADI. 1. La vertiente procesal de la corrupción: la imposibilidad de acudir ante el CIADI. 2. La doble vertiente sustantiva de la corrupción: la responsabilidad internacional del Estado o la imposibilidad del inversor de invocar los derechos que le otorga el tratado de inversión. A) La corrupción como un incumplimiento de la obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión. B) La corrupción como una práctica contraria al orden público *transnacional*. C) La corrupción como una manifestación de la doctrina de las manos limpias. IV. Problemas jurídicos observados en la práctica del CIADI que dificultan la admisibilidad de las alegaciones de corrupción. 1. La dificultad de la prueba de los actos de corrupción. 2. La aportación de los medios de prueba en el momento procesal oportuno. A) El descubrimiento de nuevas pruebas de corrupción durante el proceso de origen y su planteamiento fuera del momento procesal oportuno. B) El descubrimiento de nuevas pruebas de corrupción concluido el proceso de origen. V. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. Las alegaciones de corrupción en los procesos de formalización de las inversiones internacionales están siendo cada vez más frecuentes en el arbitraje de inversiones. Estas alegaciones las han presentado tanto los inversores para proteger sus inversiones frente a posibles abusos por parte de los Estados receptores de la inversión, como los Estados demandados a modo de estrategia procesal defensiva, es decir, como objeción a la jurisdicción del CIADI ante demandas de inversores que pueden haber incurrido en prácticas corruptas.

2. En este trabajo analizamos, en primer lugar, con qué objetivo se han formulado estas alegaciones de corrupción por los inversores o por los Estados, y los diferentes efectos jurídicos que producen en el arbitraje, tanto desde el punto de vista sustantivo, como procesal, para averiguar, en segundo lugar, el grado de eficacia de este mecanismo de solución de controversias internacionales para combatir la corrupción. En particular, reflexionamos sobre cómo las decisiones arbitrales internacionales pueden contribuir a disuadir estas prácticas que distorsionan la competencia entre empresas, dificultan el pleno desarrollo económico y social de los Estados y pervierten todo sistema de administración de justicia nacional e internacional.

3. Puesto que las controversias relativas a inversiones internacionales se pueden dilucidar en diferentes foros, debemos circunscribir nuestro análisis a un foro determinado para que este sea abarcable y así nos centramos en el CIADI, pues su grado de institucionalidad y el amplio uso que se ha hecho de este foro donde, de hecho, se han dilucidado la mayoría de controversias internacionales en materia de inversiones, lo convierte en una fuente rica y fiable de interpretación de las normas internacionales reguladoras de las inversiones extranjeras. Dada la variedad y complejidad de los asuntos conexos que derivan del fenómeno de la corrupción y de las inversiones internacionales, advertimos que no pretendemos agotar este tema en el presente estudio, sino presentar las principales líneas jurisprudenciales sobre los efectos jurídicos de la corrupción en los arbitrajes sustanciados ante el CIADI con el objetivo de allanar el camino hacia posteriores estudios en los que abordaremos estas cuestiones.

4. Asimismo, debemos también señalar que en este estudio nos centramos en arbitrajes en los que se han alegado actos de corrupción y no otras conductas ilícitas, como el fraude o la falsedad documental, que son frecuentes en el arbitraje de inversiones, pero dada la trascendencia del fenómeno de la corrupción actualmente, consideramos necesario centrarnos en esta práctica. Ello no obsta, sin embargo, para que hagamos alusión a determinados precedentes arbitrales en los que se ha alegado fraude o falsedad documental, por la conexión entre estas prácticas y la corrupción como posibles conductas incorrectas que tienen unos efectos jurídicos en la responsabilidad del Estado y en la legitimidad del inversor para reclamar por los daños sufridos a su inversión.

5. En cuanto a la estructura de este trabajo, en el apartado II, contextualizamos el objeto de este estudio, reflexionando sobre el alcance transnacional que ha adquirido la corrupción y su impacto en la promoción y protección de las inversiones internacionales. En el apartado III, se analiza y sistematizan algunas decisiones arbitrales que constituyen precedentes relevantes en cuanto al tratamiento y efectos jurídicos de las alegaciones de corrupción desde el punto de vista sustantivo del DI de las inversiones, así como su tratamiento y efectos desde el punto de vista procesal en el arbitraje del CIADI. En el apartado IV, nos centramos en los principales problemas que plantean las alegaciones de corrupción en el arbitraje de inversión que dificultan su admisibilidad, con el objetivo de identificar determinadas estrategias procesales que contribuyan a una mayor eficacia del proceso. Por último, el apartado V recoge algunas consideraciones finales sobre el objetivo último y más amplio de este trabajo que es valorar la efectividad del arreglo arbitral en el CIADI para combatir la corrupción.

II. La dimensión transnacional de la corrupción y sus consecuencias en las relaciones económicas internacionales

1. La regulación de la corrupción por la normativa internacional: la existencia de un consenso entre los Estados en torno a la noción básica de corrupción y la necesidad de combatirla

6. Los ordenamientos jurídicos nacionales generalmente tipifican como delito determinadas prácticas que pueden encontrar cabida en el amplio paraguas de la «corrupción», tales como la prevaricación, la malversación, el tráfico de influencias o el cohecho. Sin embargo, la corrupción no es un fenómeno local o regional, sino que ha alcanzado una dimensión transnacional que requiere, en consecuencia, la cooperación de los Estados para combatirla.

7. Por ello, existen actualmente numerosos tratados internacionales, de alcance universal y regional, encaminados a incentivar la adopción de medidas legislativas y de otra índole por parte de los Estados, como la tipificación de determinadas conductas como delito en sus ordenamientos internos, o para reforzar las políticas y medidas legislativas y administrativas ya vigentes, con el fin de prevenir y castigar estos comportamientos injustos.

8. Con alcance universal, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹, que cuenta con 189 Estados Parte² que constituyen la amplia mayoría de Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), exige a los Estados que adopten medidas preventivas y que tipifiquen las formas de corrupción más frecuentes tanto en el sector público como en el privado, además de exigir a los Estados que devuelvan los bienes procedentes de la corrupción al Estado de donde fueron robados.

9. Con alcance regional, podemos destacar la Convención interamericana contra la corrupción³, el Convenio penal sobre la corrupción, aprobado en el seno del Consejo de Europa⁴; la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción⁵; y en el ámbito de la Unión Europea, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea⁶. Pero también en el seno de otras

¹ Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, *United Nations Treaty Series*, vol. 2349 (p. 41).

² Esta cifra corresponde a fecha 18 de noviembre de 2021. Consúltase *United Nations Office on Drugs and Crime*: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/uncac.html>

³ Convención Interamericana contra la Corrupción (B-58), aprobada por la Organización de los Estados Americanos, en Caracas, el 29 de marzo de 1996.

⁴ Convenio penal sobre la corrupción (Convenio núm. 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo, el 27 de enero de 1999.

⁵ Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana, el 12 de julio de 2003.

⁶ Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades

organizaciones internacionales se llevan a cabo acciones para desalentar las prácticas corruptas, como las iniciativas e instrumentos diseñados por el Banco Mundial⁷ o la Organización Mundial del Comercio⁸.

10. Atendiendo a estas normas internacionales, podemos acotar el término «corrupción» a determinadas actividades sobre las que existe un consenso entre los Estados que las han ratificado. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción requiere a los Estados que adopten las medidas legislativas y de otra índole necesarias para tipificar como delito: el soborno (arts. 15 y 16), la malversación o peculado (art. 17), la apropiación indebida (art. 17), el tráfico de influencias (art. 18), el abuso de funciones (art. 19) y el enriquecimiento ilícito (art. 20), figuras también previstas para el sector privado, y, con posterioridad a estos actos, el blanqueo del producto del delito (art. 23), el encubrimiento (art. 24) o la obstrucción a la justicia (art. 25).

11. El soborno de funcionarios públicos es una conducta que a menudo ha salido a la luz en relación con las inversiones internacionales manifestándose de dos formas, bien el inversor ha *ofrecido* a la autoridad pública competente en el Estado huésped una ventaja o beneficio económico a cambio de obtener los permisos, licencias o concesiones necesarios para establecer o mantener su actividad empresarial en dicho Estado (lo que algunos tratados internacionales han denominado «corrupción activa»), o bien la autoridad pública competente ha *solicitado* del inversor un beneficio económico como condición para establecer o mantener su negocio en su territorio («corrupción pasiva»)⁹.

12. Estas conductas, que encontramos en los casos analizados en este estudio, encuentran cabida en la definición de «soborno» o «cohecho» en algunas de las normas internacionales citadas anteriormente, por ello es importante conocer su definición. Por su ámbito de aplicación universal, cabe referirse a la definición contenida en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que contempla el «soborno de funcionario público extranjero» (art. 16), previendo ese componente *transnacional* que aquí interesa¹⁰, y contempla tanto la promesa u ofrecimiento como la solicitud o aceptación de un beneficio indebido. En concreto, establece que:

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.

Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas, el 26 de mayo de 1997. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* C-195, 25 de junio de 1997.

⁷ Véase en la web del Banco Mundial: <https://www.bancomundial.org/es/news/factsheet/2020/02/19/anticorruption-factsheet>

⁸ Véase en la web de la Organización Mundial del Comercio: https://www.wto.org/spanish/news_s/spno_s/spno21_s.htm

⁹ Convenio penal sobre la corrupción (Convenio núm. 173 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo, el 27 de enero de 1999. En este convenio se diferencia entre corrupción activa y corrupción pasiva (arts. 2 y 3). Mientras la corrupción activa implica «proponer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a uno de sus agentes públicos, para sí mismo o para algún otro, con el fin de que realice o se abstenga de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones»; la corrupción pasiva consiste en que «uno de sus agentes públicos solicite o reciba, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida para sí mismo o para algún otro, o de que acepte la oferta o promesa de esa ventaja, con el fin de realizar o de abstenerse de realizar un acto en el ejercicio de sus funciones».

¹⁰ La Convención Interamericana contra la Corrupción (B-58), también prevé en su art. VIII el soborno transnacional: «Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial».

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales.

13. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) puso el foco de la corrupción sobre las transacciones económicas internacionales, es decir, tanto las transacciones comerciales como las inversiones, e impulsó la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, de la que son parte 44 Estados de todo el mundo (los 37 miembros de la OCDE más Argentina, Brasil, Bulgaria, Costa Rica, Perú, Rusia y Sudáfrica). Esta Convención tiene la particularidad de que se centra en el «oferente», es decir, en la persona que *ofrece* un beneficio al funcionario público¹¹, a diferencia de otras normas y otros instrumentos en las que se hace hincapié en la conducta del agente público que *solicita* o *recibe* la ventaja o beneficio. Esta Convención define el «cohecho», en su art. 1.1., en términos prácticamente idénticos al «soborno» conforme a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en los siguientes términos: «...que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales».

14. Interesa señalar que la normativa procesal del CIADI prevé expresamente la corrupción de alguno de los árbitros que conformen el Tribunal como causa de anulación de un laudo (art. 52.1. c) del Convenio CIADI). En efecto, la corrupción puede alcanzar al órgano jurisdiccional competente para resolver una controversia, de la misma manera que puede suceder respecto al poder judicial en los sistemas internos. No obstante, esta causa de anulación no es en absoluto frecuente¹², lo que constituye un buen síntoma de la legitimidad de este mecanismo de solución de controversias.

15. No obstante, no hay que descuidar otros riesgos existentes para la buena administración de justicia. Así, en el arbitraje de inversión se pueden dar conflictos de intereses entre los árbitros y alguna de las partes litigantes, por actividades privadas que hayan realizado previamente a su función como árbitro, de manera que quede afectada su capacidad para desempeñar su función con la independencia e imparcialidad propia del derecho al debido proceso. De ahí la existencia del mecanismo de recusación de los árbitros que prevé la normativa CIADI (art. 57 del Convenio CIADI). Asimismo, el Proyecto de código de conducta para decisores que participen en los procesos de solución de controversias internacionales relativas a inversiones, en el que están trabajando la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el CIADI, prevé la obligación de los miembros del órgano arbitral de revelar circunstancias que puedan provocar un conflicto de interés (art. 10)¹³. Además, las nuevas Reglas de Arbitraje del CIADI en vigor desde el 1 de julio de 2022 regulan expresamente la notificación de la financiación por parte de terceros de un procedimiento (Regla 14).

¹¹ Sobre el trabajo de la OCDE en la lucha contra la corrupción véase: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/> Esta Convención define el delito de cohecho, en su art. 1.1. como: «...que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales».

¹² CIADI, *Documento actualizado de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI*, de 5 de mayo de 2016, p. 68, párr. 97.

¹³ Secretariado CIADI y CNUDMI, A/CN.9/WG.III/WP.216, *Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)*. Proyecto de código de conducta, 5 de julio de 2022.

16. Estas disposiciones, que promueven la transparencia en el arbitraje de inversiones, contribuyen a prevenir o desalentar conductas que puedan calificarse como corruptas en un momento dado. De hecho, medidas similares están contempladas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, dedicadas al código de conducta de los funcionarios públicos, que prevén la necesidad de que revelen circunstancias que puedan causar un conflicto de interés (art. 8.5)¹⁴, medida que también se prevé respecto al sector privado (art. 12.2. b)¹⁵.

17. A la luz del ámbito de aplicación de estos tratados y del amplio número de Estados que los han ratificado pertenecientes a diferentes regiones y con sistemas jurídicos distintos, difícilmente se puede negar que exista un consenso de la sociedad internacional sobre los graves perjuicios que provoca la corrupción, entre ellos, para garantizar la competencia leal en el mercado, promover el pleno desarrollo económico y social de los Estados y el respeto de los derechos humanos y asegurar la buena administración de justicia, así como sobre la necesidad de erradicarla¹⁶.

18. La aplicación de estas normas por los Estados contribuye a crear entornos estables y seguros que inviten a las empresas transnacionales a invertir. Aunque cualquier negocio implica un riesgo, sería contrario a la lógica que los inversores no buscaran entornos que garantizaran seguridad a su inversión. La ratificación de estas normas internacionales por los Estados es un indicador de su compromiso con la protección de la inversión extranjera, factor que los inversores tendrán en cuenta a la hora de invertir en un determinado país, aunque en ocasiones, como veremos, sigan produciéndose irregularidades que provocan conflictos entre inversor y Estado y que se dilucidan ante foros internacionales, como el CIADI; y es aquí donde analizamos en qué medida el arbitraje internacional puede proteger los intereses legítimos de las partes (tanto del Estado huésped como del inversor extranjero) frente a prácticas corruptas, con independencia de las medidas judiciales que se puedan emprender en el seno de los Estados involucrados (del Estado huésped o del Estado del que sea nacional el inversor) conforme a su normativa interna y a la normativa internacional que hayan ratificado.

2. La relación entre la corrupción y las inversiones internacionales

19. La intensificación de las relaciones económicas internacionales, aunque ha contribuido al desarrollo económico y social de los Estados, también ha generado un contexto propicio para expandir la corrupción más allá de las fronteras estatales. Las grandes corporaciones en sectores como el petróleo, el gas o la minería buscan invertir en otros Estados donde poder acceder a fuentes más abundantes de recursos naturales o cuya legislación les imponga menos trabas para el desarrollo de su negocio.

20. Algunos de los Estados con mayores fuentes de recursos naturales se encuentran en vías de desarrollo o son Estados con democracias frágiles y problemas de gobernanza sistémicos. El problema reside en que, como afirma el Banco Mundial, «la corrupción se da en todo el mundo, pero su incidencia suele ser mayor en países con instituciones débiles y que a menudo se ven afectados por la fragilidad y los conflictos»¹⁷. Además, si las consecuencias de la corrupción son negativas para cualquier Estado,

¹⁴ Art. 8.5. «Cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos».

¹⁵ Art. 12.2. b) «Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado».

¹⁶ Así lo han corroborado algunos órganos arbitrales: *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo de 4 de octubre de 2013, párrs. 290-291.

¹⁷ Banco Mundial, *Datos básicos: la lucha contra la corrupción*, 9 de febrero de 2020, ver <https://www.bancomundial.org/es/news/factsheet/2020/02/19/anticorruption-fact-sheet>

pues la corrupción distorsiona la competencia y los precios, impide el desarrollo económico sostenible de los Estados y las empresas y desincentiva la inversión, entre otros efectos, para los Estados en vías de desarrollo los perjuicios se incrementan. En este sentido, la OCDE afirma que «la corrupción en la adjudicación de contratos tiene costos sociales, políticos, ambientales y económicos, que ningún país puede ignorar»¹⁸. Además, «existen serias consecuencias cuando los servidores públicos toman sobornos al adjudicar contratos a negocios extranjeros para servicios públicos como caminos, agua o electricidad»¹⁹, pero señala que «un cohecho de un millón de dólares puede escalar a una pérdida de cien millones de dólares en un país asolado por la pobreza, porque los proyectos arruinados e inadecuada inversión socavan los planes de desarrollo»²⁰.

21. Según el «Índice de Percepción de la Corrupción en el sector público» del año 2021 elaborado por la ONG *Transparencia Internacional*, se observa que los Estados con mayor nivel de corrupción están situados en el África subsahariana, en Oriente Medio y Norte de África y en Europa del Este y Asia Central²¹. Algunos de estos Estados cuentan con democracias muy frágiles o con regímenes autoritarios²². En ciertos casos, son Estados que han estado o están sumidos en guerras civiles que les han conducido a la condición de Estados fracasados (Somalia, Yemen o República Democrática del Congo)²³. Asimismo, otros Estados que se encuentran a la cola en niveles de corrupción, situados en otras regiones del planeta, comparten alguna de estas características (Venezuela o Corea del Norte).

22. Por lo tanto, no debe extrañar que en estos contextos de inestabilidad política y precariedad económica surjan conflictos entre los gobiernos de los Estados receptores de la inversión y las empresas inversoras extranjeras en algún momento de la vida de la inversión. El CIADI ofrece un foro adecuado para dilucidar este tipo de controversias en materia de inversiones internacionales. En el año 2021, el CIADI conoció un récord de casos desde el primero que se planteó en 1972, con un total de 66 nuevos casos registrados en virtud del Convenio del CIADI y del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI a fecha 31 de diciembre de 2021²⁴.

23. Si atendemos a la distribución geográfica de todos los casos registrados a 30 de junio de 2022²⁵, observamos que la mayoría de las demandas de inversores se han planteado contra Estados situados, en primer lugar, en Europa Oriental y Asia Central, en segundo lugar, en América del Sur y,

¹⁸ OCDE, *La Convención Anticohecho de la OCDE y el Grupo de Trabajo sobre Cohecho*, p. 1. Véase todo el trabajo de la OCDE en esta materia en <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/>

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

²¹ Atendiendo a la nota media obtenida por región. *International Transparency, Corruption Perception Index 2021*, disponible en <https://www.transparency.org/es/news/cpi-2021-highlights-insights>

²² Según el «Índice de Democracia Global de 2021», elaborado por *The Economist Intelligence Unit*, la puntuación más baja en niveles de democracia corresponde (de menor a mayor puntuación) a Afganistán, Myanmar, Corea del Norte, República Democrática del Congo y República Centroafricana. Véase https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2021/#mktoForm_anchor

²³ La doctrina señala que no existe una definición consensuada de Estado débil o fracasado en el Derecho Internacional; una posible definición de Estado fracasado sería: «se entiende por Estado fracasado, frente al estándar del Estado sostenible, aquél que no ejerce un control efectivo y que ha perdido el monopolio del uso legítimo de la fuerza sobre parte de su territorio, porque se desafía o suplanta su autoridad por medios violentos». Además, se señala otro elemento necesario: «el Estado fracasado no proporciona a su población los servicios públicos básicos, en particular no garantiza el imperio de la ley (*the rule of law*) ni la seguridad, la sanidad y educación públicas y las infraestructuras mínimas»; en cambio, un «Estado débil» sería: «un Estado débil, frente al estándar del Estado sostenible, es aquel que padece un proceso de deterioro político y socioeconómico que merma la gobernabilidad y le impide proporcionar un estándar mínimo de servicios públicos básicos». C. JIMÉNEZ PIERNAS, «Estados débiles y Estados fracasados», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV/2, 2013, 11-49, pp. 19 y 21. Para conocer el grado de «fragilidad o debilidad» de los Estados en 2021, consúltese el índice de Estados débiles (*Fragile States Index*), elaborado por la organización *Fund for Peace*. En 2021, encabezaban el ranking Yemen, Somalia, Siria, Sudán del Sur y República Democrática del Congo, en <https://fragilestatesindex.org/excel/>

²⁴ CIADI, *Carga de Casos del CIADI-Estadísticas*, edición 2022-1, p. 8.

²⁵ Nos basamos en el documento más reciente publicado sobre la *Carga de Casos del CIADI-Estadísticas*, edición 2022-2, que contabiliza los casos hasta el 30 de junio de 2022.

en tercer lugar, en el África subsahariana²⁶. Como hemos indicado anteriormente, en estas regiones, se encuentran algunos de los Estados con mayor nivel de corrupción del mundo, por lo tanto, entendemos que existe una relación de causalidad entre el nivel de corrupción y el número elevado de arbitrajes en los que se encuentran involucrados estos Estados y en cuyo marco alguna de las partes ha alegado la comisión de prácticas corruptas en la inversión.

III. Las alegaciones de corrupción en la inversión en los arbitrajes ante el CIADI

24. La corrupción en la inversión internacional puede producir diferentes efectos jurídicos en los procesos arbitrales internacionales según quien formule esta alegación. Debe tenerse en cuenta, como premisa básica, que el CIADI no es una jurisdicción penal en la que se exige responsabilidad individual al inversor o al agente público involucrados en una práctica corrupta constitutiva de un delito, sino un mecanismo de solución de controversias internacionales en materia de inversiones y, por tanto, su función principal es velar por la protección de la inversión y, en su caso, ordenar una reparación por los daños causados al inversor. Por lo tanto, en este estudio, nos centramos en las alegaciones de corrupción como estrategia procesal en litigios sustanciados ante el CIADI y las consecuencias jurídicas que producen en caso de ser estimadas.

25. Por un lado, estas alegaciones pueden tener una consecuencia sobre la protección sustantiva que los tratados y otras normas de DI brindan a las partes; por otro, estas alegaciones tienen consecuencias procesales sobre la protección que ofrecen los órganos jurisdiccionales internacionales competentes para aplicar dichas normas.

1. La vertiente procesal de la corrupción: la imposibilidad de acudir ante el CIADI

26. El primer efecto que puede producir la comisión de un acto de corrupción en la inversión recae sobre la jurisdicción del CIADI para conocer de un determinado asunto. Los APPRI y otros tratados que fomentan las inversiones internacionales de carácter multilateral suelen contener cláusulas compromisorias, donde las partes acuerdan el foro competente para resolver las potenciales controversias que surjan sobre la inversión realizada.

27. Conforme a la naturaleza de la justicia internacional, el recurso al arbitraje internacional es facultativo y consensual, por tanto, es necesario el consentimiento de las partes para poder someter una controversia a este medio jurisdiccional (competencia *ratione voluntatis*). En concreto, para poder acudir al CIADI se deben cumplir tanto los requisitos objetivos previstos en el Convenio CIADI (art. 25), como norma procesal aplicable al procedimiento complementada por los reglamentos del CIADI; como las condiciones previstas en la norma sustantiva reguladora de la inversión (el APPRI o tratado multilateral de inversiones)²⁷.

²⁶ CIADI, *Carga de Casos del CIADI-Estadísticas*, edición 2022-2, p. 12.

²⁷ La ausencia de consentimiento válido se puede alegar como objeción a la jurisdicción del Centro y a la competencia del órgano arbitral. En *Fábrica de Vidrios Los Andes C.A. & Owens Illinois de Venezuela, C.A. c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/12/21), Laudo de 13 de noviembre de 2017, el Tribunal estimó esta objeción a la jurisdicción *ratione voluntatis* planteada por Venezuela, ya que Venezuela había denunciado el Convenio CIADI, por lo que la cláusula arbitral contenida en el APPRI celebrado entre Venezuela y los Países Bajos (firmado el 22-10-1991), que era la base de la jurisdicción del CIADI en este caso, quedaba sin efecto. El órgano arbitral declaró: «*The Tribunal thus rejects the Claimants' contention that Venezuela's consent to ICSID arbitration in Article 9(1) of the BIT is impervious to Venezuela's actions taken in respect of its obligations under the ICSID Convention. ICSID arbitration is only available if the conditions for access to ICSID arbitration in the investment treaty and the ICSID Convention have been satisfied. That is a proposition that is universally accepted in the jurisprudence and is accepted by the parties in the present case. It is a proposition that follows inexorably from the fact that the BIT and the ICSID Convention are two separate legal instruments in international law. The fact that each Contracting Party to the BIT gave its "unconditional consent" to ICSID arbitration in Article 9(4) is not the end of the inquiry because the Contracting Parties to the BIT cannot in that instrument alter the status or scope of their rights and obligations as Contracting States to the ICSID Convention as a multilateral*

28. Así, ha sido habitual que los Estados hayan alegado que la inversión se había formalizado gracias a un acto calificado como soborno o cohecho como objeción a la jurisdicción del Centro frente a demandas presentadas por los inversores. En caso de que el órgano arbitral acepte esta alegación, no procedería examinar el fondo del asunto, pues se declararía incompetente para conocer de la demanda.

29. Esta excepción preliminar ha encontrado su fundamento en el «concepto de inversión» que a menudo prevén los APPRI, en los que se establece expresamente que la inversión debe realizarse «conforme al derecho del Estado receptor» (cláusulas de legalidad de la inversión)²⁸, lo que afectaría a la competencia *ratione materiae* del órgano arbitral, pero además interpretado en relación con el *consentimiento* de las partes para someter la controversia al CIADI, afectando a la competencia *ratione voluntatis*.

30. El razonamiento que subyace a la inadmisión de una demanda por esta causa es bien sencillo. En los casos examinados, se ha incluido la condición de que la inversión se realice conforme a las leyes internas del Estado receptor²⁹ en la propia definición de inversión establecida en el APPRI aplicable a la controversia, por lo que si la inversión se hubiere realizado contraviniendo dichas normas, no puede considerarse propiamente una inversión en los términos del APPRI y, por tanto, el inversor no puede beneficiarse de la protección que le atribuye el tratado de inversión, incluyendo la posibilidad de acudir al órgano de solución de controversias que prevea el tratado³⁰. Respecto al vicio del consentimiento, se interpreta que el Estado no ha prestado su consentimiento a someter de la controversia al órgano decisor, pues solo accedió a ello en el caso de inversiones lícitamente formalizadas.

31. Los Estados, como sujetos soberanos, pueden limitar el ámbito de aplicación del tratado de inversión a determinadas controversias, por ejemplo, exigiendo que la inversión se realice conforme a la legislación del Estado huésped. Así lo confirmó el órgano arbitral en *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador*:

Los Estados utilizan múltiples mecanismos con el objeto de limitar la aplicación de los acuerdos de protección recíproca de inversiones que suscriben. Uno de los más comúnmente empleados se refiere a la denominada “cláusula de conformidad con las leyes del Estado receptor”³¹.

*instrument. (...) The basic point is that the conditions for resorting to ICSID arbitration are set out in two separate and wholly independent international legal instruments and both must be satisfied for the Tribunal to have jurisdiction in this case», párrs. 261-262. Interesa también señalar la aclaración del órgano arbitral para determinar su competencia, en *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párr. 173: «Por lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje afirma que para la formación del consentimiento al que se refiere el Artículo 25 del Convenio CIADI no basta con que se acredite que el Estado huésped de una inversión ha celebrado un acuerdo de protección recíproca a la inversión. Es necesario, además, que la controversia de que se trate se encuentre comprendida dentro de los alcances del consentimiento otorgado por las partes signatarias de dicho acuerdo». Además, el Tribunal señaló que, para determinar cuál era el alcance del consentimiento que otorgaron las partes y, por ende, qué controversias consintieron en someter a la jurisdicción del CIADI, se guiaba por tres principios establecidos por la práctica arbitral: a) La ausencia de presunciones a favor o en contra de la jurisdicción; b) La identificación de la voluntad de los Estados Contratantes; y c) La interpretación según el principio de buena fe. Ver párr. 175 del mismo caso.*

²⁸ Art. 1 del APPRI celebrado entre Alemania y Filipinas (firmado el 18-04-1997): «The term “investment” shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State, and more particularly, though not exclusively: (...)». Su art. 2 reza: «Each Contracting State shall promote as far as possible investments in its territory by investors of the other Contracting State and admit such investments in accordance with its Constitution, laws and regulations as referred to in Article 1 paragraph 1. Such investments shall be accorded fair and equitable treatment».

²⁹ Incluso aunque no estuviese previsto expresamente en el tratado de inversión, se podría invocar la doctrina de las manos limpias o el orden público transnacional, como en *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* (Caso CIADI N° ARB/03/24), Laudo de 27 de agosto de 2008, párr. 138. En este apartado abordamos exclusivamente los argumentos basados en una cláusula expresa de legalidad prevista en los APPRI u otros tratados de inversión, como una estrategia procesal más para combatir la corrupción en las inversiones extranjeras.

³⁰ En *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párrs. 187-188, el órgano arbitral indicó que el requisito de la legalidad de la inversión podía estar incluido también en los artículos que regulaban el ámbito de protección del APPRI de que se trate, en lugar de en la cláusula que contiene la definición de inversión; o incluso en el capítulo relativo a la «Promoción y Admisión».

³¹ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párr. 185.

32. En *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán*, el Estado planteó una objeción a la jurisdicción basada en la ilegalidad de la inversión conforme a las leyes de Uzbekistán, pues la empresa había conseguido la aprobación de su inversión por medio de sobornos y otras conductas ilícitas³². El APPRI entre Israel y Uzbekistán (firmado el 04-07-1994) aplicable a la inversión, contemplaba en la definición de «inversión» la condición de que la inversión se debía realizar conforme a las leyes del Estado huésped (art. 1.1. del APPRI)³³, incluyendo las leyes que prohibían la corrupción³⁴.

33. El órgano arbitral concluyó que los pagos realizados a tres funcionarios públicos eran sobornos que constituían infracciones de las leyes nacionales y, por ello, esta inversión no se había realizado conforme a las leyes uzbekas (art. 1.1 del APPRI). En consecuencia, puesto que el consentimiento dado por el Estado para el arbitraje (art. 8.1 del APPRI) se limitaba a inversiones lícitas, en ausencia de consentimiento válido, el **órgano arbitral carecía de competencia *ratione voluntatis*** para conocer del asunto (art. 25.1 Convenio CIADI)³⁵. Por ello, no procedió a pronunciarse sobre las cuestiones de fondo relativas a la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento del APPRI.

34. Puesto que el órgano arbitral llegó a su conclusión sobre la base de una falta de consentimiento válido de acuerdo con el APPRI y el Convenio CIADI, conviene destacar que el órgano arbitral identificó en el art. 25.1 del Convenio CIADI los cuatro requisitos objetivos para determinar la jurisdicción del Centro y descartó que el cumplimiento de las leyes del Estado huésped o la buena fe para formalizar la inversión fueran elementos objetivos de la definición de inversión a efectos de determinar la jurisdicción del Centro conforme al art. 25.1 de Convenio CIADI, manifestando su expresa oposición a otros precedentes arbitrales³⁶. Ahora bien, también señaló que las partes en un APPRI podían limitar su protección al cumplimiento de su normativa nacional³⁷ y dependiendo de la letra del tratado, este límite podía excluir la controversia de la jurisdicción del CIADI, despojando a la inversión de la protección procesal que preveía el tratado, o constituir una defensa frente al fondo del asunto, es decir, desproveer a la inversión de la protección sustantiva del APPRI, enfoques que mantenemos en este estudio³⁸.

35. Así, el órgano arbitral primero constató que los pagos realizados por la empresa a los tres consultores supuestamente contratados para prestar unos servicios que no pudo demostrar constituían sobornos contrarios a la ley uzbeka y al requisito de legalidad de la inversión del art. 1.1. del APPRI; y, segundo, concluyó que el art. 8.1 del APPRI limitaba el sometimiento al CIADI de controversias relativas a «inversiones», entendiendo la inversión en los términos del art. 1.1 del APPRI, es decir, una inversión lícita. Por lo tanto, el consentimiento del Estado estaba viciado y, por ende, no cumplía el requisito del consentimiento exigido en el art. 25.1 del Convenio CIADI³⁹.

³² *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo de 4 de octubre de 2013, párrs. 110 y 129.

³³ Art. 1.1. del APPRI: «The term “investments” shall comprise any kind of assets, implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made, including, but not limited to: (...)».

³⁴ *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo de 4 de octubre de 2013, párr. 165: «It is not contested that the provisions of Uzbek law prohibiting corruption fall within the subject-matter scope of the legality requirement contained in Article 1(1) of the Treaty. The Tribunal agrees with this view».

³⁵ *Ibid.*, párrs. 372-374. El demandante también alegó incumplimientos de ciertas normas internas sobre inversiones extranjeras, pero el órgano arbitral no encontró en ellas base para la jurisdicción de CIADI.

³⁶ *Ibid.*, párr. 127.

³⁷ En el mismo sentido, *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párr. 190.

³⁸ *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo de 4 de octubre de 2013, párr. 127: «(...) In the Tribunal’s view, the Contracting Parties to an investment treaty may limit the protections of the treaty to investments made in accordance with the laws and regulations of the host State. Depending on the wording of the investment treaty, this limitation may be a bar to jurisdiction, i.e. to the procedural protections under the BIT, or a defense on the merits, i.e. to the application of the substantive treaty guarantees. Similarly, a breach of the general prohibition of abuse of right, which is a manifestation of the principle of good faith, may give rise to an objection to jurisdiction or to a defense on the merits. This does not mean that these elements are part of the objective definition of the term “investment” contained in Article 25(1) of the ICSID Convention».

³⁹ *Ibid.*, párr. 373: «Uzbekistan’s consent to ICSID arbitration, as expressed in Article 8(1) of the BIT, is restricted to disputes “concerning an investment.” Article 1(1) of the BIT defines investments to mean only investments implemented in

36. No obstante, a pesar de que el inversor no pudo obtener la protección del CIADI por haber incurrido en un acto ilícito, el órgano arbitral tuvo en cuenta la participación del Estado, implícita a todo acto de corrupción, en la imposición de las costas y gastos del Centro. Así, a pesar de que el Estado había vencido en sus pretensiones, decidió distribuir las costas y gastos a partes iguales, como una medida para «sancionar» también al Estado por su conducta:

More important, the Tribunal's determination is linked to the ground for denial of jurisdiction. The Tribunal found that the rights of the investor against the host State, including the right of access to arbitration, could not be protected because the investment was tainted by illegal activities, specifically corruption. The law is clear – and rightly so – that in such a situation the investor is deprived of protection and, consequently, the host State avoids any potential liability. That does not mean, however, that the State has not participated in creating the situation that leads to the dismissal of the claims. Because of this participation, which is implicit in the very nature of corruption, it appears fair that the Parties share in the costs⁴⁰.

37. Interesa destacar un matiz importante planteado en este caso por la empresa demandante en cuanto a la formalización de la inversión, del que puede depender la interpretación de la cláusula de legalidad por el órgano arbitral y el pronunciamiento sobre su jurisdicción.

38. La empresa alegó que el tribunal tenía jurisdicción para conocer del asunto, pues el requisito de legalidad del APPRI debía interpretarse en el sentido de que el CIADI no tenía jurisdicción cuando la ilicitud se producía en el momento de formalizar o establecer la inversión, no cuando la ilicitud se cometía durante la operatividad o la gestión de la inversión⁴¹. Por el contrario, el Estado defendió que la falta de jurisdicción se extendía al momento en que se *implementaba* la inversión, entendiéndose por tal, cuando la inversión *se realiza y se opera* contraviniendo la ley uzbeka⁴².

39. En efecto, el art. 1.1. del APPRI utiliza el término «*implemented*» («*The term “investments” shall comprise any kind of assets, implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made, ...*»). El órgano arbitral interpretó este concepto en su contexto, llegando a la conclusión de que el APPRI exigía el cumplimiento de la legalidad en el momento en que se realiza la inversión, sin indicar si la inversión debe ser gestionada posteriormente de forma lícita⁴³.

40. Esta interpretación genera cierta incertidumbre, pues conforme a ella, cabe inferir que las cláusulas de legalidad contenidas en los APPRI quedarían circunscritas al cumplimiento de la legalidad en el momento inicial de la inversión, pero no se exigiría una vez que el negocio se encuentre operativo, al menos a los efectos de plantear una controversia ante el CIADI y decidir sobre la jurisdicción del Centro en la fase preliminar del proceso. Como fruto de la voluntad de los Estados, estos pueden disponer condiciones más estrictas o específicas en las cláusulas del APPRI para limitar su ámbito de aplicación, pero resulta habitual la fórmula anterior, en la que se emplea el verbo «*made*» **en relación con la inversión, como se observa**, entre otros, en *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, sustanciado al calor del APPRI celebrado entre Alemania y Ghana (firmado el 24-02-1995).

compliance with local law. Accordingly, the present dispute does not come within the reach of Article 8(1) and is not covered by Uzbekistan's consent. This means that this dispute does not meet the consent requirement set in Article 25(1) of the ICSID Convention. Accordingly, failing consent by the host state under the BIT and the ICSID Convention, this Tribunal lacks jurisdiction over this dispute».

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 422.

⁴¹ *Ibid.*, párr. 107.

⁴² *Ibid.*, párr. 110.

⁴³ *Ibid.*, párr. 193: «*In summary, on the basis of its reading of Article 1(1) taken in its context, the Tribunal concludes that the term “assets implemented” refers to the time when the investment was made. In other words, the Treaty requires that the investment must be legal when it is initially established. Article 1 simply does not address whether or not the investment must be operated lawfully after it is in place».*

41. Esto puede reducir las expectativas de que los negocios internacionales se desarrollen de manera transparente y limpia y no den lugar a prácticas de corrupción en el Estado huésped una vez instalada la empresa extranjera, como sucedió, por ejemplo, en *World Duty Free Company Limited c. Kenia*, en el que la controversia con el Gobierno keniano surgió durante la vida de la inversión, en concreto, a la hora de prorrogar la licencia concedida inicialmente para operar. No obstante, en casos en los que la conducta ilícita se produce durante la vida de la inversión, se podría tratar como una cuestión de fondo, para decidir si hubo violación por el Estado de las obligaciones sustantivas del APPRI, por ejemplo, de la obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión, como explicaremos posteriormente, y tenerse en cuenta a la hora de determinar la reparación que merece el inversor⁴⁴. De hecho, en *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, el órgano arbitral señaló:

The Tribunal considers that a distinction has to be drawn between (1) legality as at the initiation of the investment (“made”) and (2) legality during the performance of the investment. Article 10 legislates for the scope of application of the BIT, but conditions this only by reference to legality at the initiation of the investment. Hence, only this issue bears upon this Tribunal’s jurisdiction. Legality in the subsequent life or performance of the investment is not addressed in Article 10. It follows that this does not bear upon the scope of application of the BIT (and hence this Tribunal’s jurisdiction) – albeit that it may well be relevant in the context of the substantive merits of a claim brought under the BIT. Thus, on the wording of this BIT, the legality of the creation of the investment is a jurisdictional issue; the legality of the investor’s conduct during the life of the investment is a merits issue. (...)»⁴⁵.

42. Así, en este caso, el Tribunal aclaró que si la conducta fraudulenta se cometió en el momento en que se realizó la inversión, era una cuestión de jurisdicción y si se perpetró durante el desarrollo de la inversión, debía tenerse en cuenta en la fase de fondo:

In order to ascertain jurisdiction, the only question here is whether Hamester perpetrated a fraud, and thereby procured the signing of the JVA (as was the case, for example, in Inceysa v. El Salvador, where the contract was procured through fraudulent misrepresentation). If the JVA was obtained on the basis of fraud, it is an illegal investment that does not benefit from the protection of the ICSID/BIT mechanism. However, the question whether fraudulent behaviour has been committed during the performance of the joint-venture is a different issue that has to be taken into account when judging the merits of the dispute»⁴⁶.

43. Posteriormente, en *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán*⁴⁷, el APPRI celebrado entre Australia y Pakistán (firmado el 07-02-1998), aplicable a la controversia, contenía una cláusula de legalidad que sometía la formalización de la inversión a la conformidad con la normativa interna del Estado (art. 1.1.a) del APPRI): «“investment” means every kind of asset, owned or controlled by investors of one Party and admitted by the other Party subject to its law and investment policies applicable from time to time...». Asimismo, el preámbulo del APPRI reforzaba esta condición al declarar que: «...investments of investors of one Party in the territory of the other Party would be made within the framework of the laws of that other Party»⁴⁸.

44. La empresa alegó la denegación injustificada de una licencia para la exploración y explotación de minerales en una zona del territorio pakistaní, llamada Reko Diq, en el Distrito de Balochistan, rica en oro y cobre, en favor de otro proyecto del Gobierno de Balochistan que supuestamente se

⁴⁴ Sobre esta posibilidad, cuando la conducta incorrecta del inversor se produce tras el establecimiento de la inversión, véase F. PASCUAL-VIVES, *La legitimación activa del individuo en el arbitraje de inversión*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2019, párrs. 130-134.

⁴⁵ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana* (Caso CIADI N° ARB/07/24), Laudo de 18 de junio de 2010, párr. 127.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 129.

⁴⁷ En *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), Laudo de 12 de julio de 2019.

⁴⁸ Sobre la utilidad del preámbulo de los APPRI para interpretar sus disposiciones, afirmaba el órgano arbitral en *Desert Line Projects LLC c. Yemen* (CIADI N° ARB/05/17), Laudo de 6 de febrero de 2008, párr. 100: «The preamble of the BIT (which under the customary-law rules codified in the Vienna Convention of the Law of Treaties may legitimately be taken into account in construing the terms of the BIT)...».

aprovechó del estudio de viabilidad realizado previamente por *Tethyan Copper Company Pty Limited (TCC)*⁴⁹. La autoridad competente rechazó la solicitud de la licencia por estar incompleta⁵⁰, decisión que fue recurrida por la empresa en vía administrativa, pero sin resultado positivo. Por ello, *TCC* presentó una demanda en 2011 en el CIADI contra Pakistán por incumplimiento del APPRI, en particular, por no brindar un trato justo y equitativo a su inversión, haber sido expropiada sin la debida compensación y por falta de protección y seguridad plenas a su inversión. Por su parte, Pakistán presentó una demanda reconvenzional con carácter subsidiario, es decir, solo en caso de que el Tribunal confirmara su jurisdicción y la admisibilidad de las reclamaciones del inversor. La demanda reconvenzional se fundamentaba en la supuesta violación de su ley interna por parte de la empresa al realizar su inversión, por tanto, no cumplía el requisito de admisibilidad de la inversión conforme al art. 1.1. del APPRI que contiene la definición de «inversión» y la condición del cumplimiento de la legalidad. El Tribunal desestimó esta alegación, pues el art. 1.1. del APPRI no imponía *per se* una obligación jurídica al inversor:

*As per its lead-in, Article 1(1)(a) defines the term “investment” for the purposes of the Treaty, but such definition in itself does not give rise to an obligation of either the Contracting Parties or the investor. An investment that violates the host States laws and investment policies and thus does not fulfill the admission requirement is not an “investment” for the purposes of the Treaty and is thus not subject to the standards of protection under the Treaty. Therefore, the non-fulfillment can be invoked by the host State as a defense against claims of the investor based on a violation of any standard of protection; however, it cannot give rise to a liability of the investor for a loss of opportunity as Respondent claims*⁵¹.

45. Sin embargo, durante el proceso, bifurcado en una primera fase de jurisdicción y responsabilidad y una segunda fase sobre la cuantificación de los daños, Pakistán descubrió nuevas pruebas de una supuesta corrupción que presentó tras la audiencia sobre jurisdicción y fondo y que el órgano arbitral examinó y resolvió en una decisión independiente sobre la admisibilidad de las reclamaciones del inversor⁵², lo que demuestra que la relevancia y gravedad de este tipo de alegaciones son tenidas en cuenta por los órganos arbitrales y, a pesar de presentarse en un momento muy tardío del procedimiento (cuando el Tribunal ya estaba redactando un borrador de su Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad) justifican su examen⁵³. Pakistán alegó los actos de corrupción cometidos por la empresa para realizar su inversión a modo de sobornos a agentes públicos con tres objetivos: primero, como objeción a la jurisdicción del CIADI; segundo, como objeción a la admisibilidad de las reclamaciones del inversor; y, tercero, en caso de que el Tribunal decidiera que tenía jurisdicción y eran admisibles, como cuestión de fondo, pues el inversor no podía prevalerse de la protección sustantiva del APPRI. En relación con la jurisdicción, se basó en dos argumentos jurídicos que coinciden con la decisión del órgano arbitral en *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán*; primero, la inversión no cumplía con el requisito de legalidad del art. 1.1. del APPRI⁵⁴ en el momento en que se realizó; y, segundo, subsidiariamente, en caso de que el órgano arbitral entendiera que la inversión se realizó conforme a la legalidad, no existía un consentimiento válido por parte de Pakistán conforme al art. 25.1 del Convenio CIADI y a la cláusula de arbitraje del art. 13.3. del APPRI aplicable.

46. La argumentación de Pakistán pone manifiesto la interpretación de la cláusula de legalidad que coincide con la realizada en *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán*, conforme a la cual, la inversión debe cumplir con la legalidad en el momento en que se realiza, no durante su operatividad a efectos de la jurisdicción del CIADI. En este caso, el órgano arbitral no dio por probadas las alegaciones de corrupción, por lo que confirmó que tenía jurisdicción para resolver la controversia y las reclamaciones eran

⁴⁹ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Jurisdiction and Liability*, 10 de noviembre de 2017, párr. 556 en relación con párrs. 540-547.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 513.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 1445.

⁵² *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Respondent's Application to Dismiss the Claims (with Reasons)*, de 10 de noviembre de 2017.

⁵³ *Ibid.*, párr. 233. Véase *infra* sobre la presentación tardía de estas nuevas pruebas el apdo. IV.2.A.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 192.

admisibles y se pronunció sobre el fondo del asunto declarando la responsabilidad de Pakistán por incumplimiento del APPRI⁵⁵. Interesa apuntar que el órgano arbitral habría tenido en cuenta la corrupción en la fase de cuantificación de daños de haber sido probada, como expresó en su Decisión⁵⁶.

47. Por otra parte, es importante señalar que el requisito de que la inversión se realice de conformidad con la legislación del Estado huésped no siempre se encuentra en la definición de «inversión» en los APPRI, sino en otras disposiciones. En *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador*, el órgano arbitral tuvo que recurrir a los trabajos preparatorios del APPRI celebrado entre El Salvador y España (antes citado) y a otras cláusulas contenidas en él (art. 2 «Promoción y Admisión» y art. 3 «Protección») para determinar que el consentimiento de El Salvador estaba limitado a las inversiones realizadas conforme a su legislación⁵⁷. En todo caso, el procedimiento seguido por el órgano arbitral para determinar que la controversia se encuentra amparada dentro del alcance del consentimiento prestado por el El Salvador en el APPRI es el mismo *mutatis mutandis*. Tras examinar estas disposiciones y los trabajos preparatorios del APPRI, el Tribunal concluyó que solo las inversiones lícitas podían verse protegidas por el APPRI y eran competencia del CIADI⁵⁸.

48. Asimismo, interesa destacar que, según este órgano arbitral, la inclusión de estas cláusulas de legalidad responde al reconocimiento y respeto de cierto orden público transnacional, como explicaremos posteriormente⁵⁹, pues como señaló este órgano arbitral:

(...) la inclusión de la cláusula “conforme a la legislación” en diversos artículos del APPRI es una clara manifestación del citado orden público internacional, que demuestra la clara y contundente intención de los Estados signatarios de excluir de su protección a las inversiones realizadas en contravención al derecho interno de cada uno de ellos⁶⁰.

49. Conviene finalizar mencionando que también puede haber tratados que contengan cláusulas que específicamente excluyan de la jurisdicción del CIADI o de otro foro de solución de controversias aquellas controversias que deriven de una inversión obtenida mediante prácticas corruptas⁶¹. Estas cláusulas son menos habituales, pero facilitan la labor del órgano decisor, pues no es necesario recurrir a una elaborada interpretación de otras disposiciones de la norma al ser esta más clara y precisa en cuanto a esta circunstancia, para llegar a la conclusión de que el Tribunal no es competente para conocer del asunto.

⁵⁵ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Jurisdiction and Liability*, 10 de noviembre de 2017, párrs. 684-687.

⁵⁶ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Respondent's Application to Dismiss the Claims (with Reasons)*, de 10 de noviembre de 2017, párr. 1499: «Respondent has not established any of its individual allegations of corruption that would be attributable to Claimant and that could have become relevant as potential contributory fault in the quantum phase that is now to follow».

⁵⁷ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párr. 206.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 203. En la misma línea, *Desert Line Projects LLC c. Yemen* (CIADI N° ARB/05/17), Laudo de 6 de febrero de 2008, párr. 104: «In State practice in the BIT area, the phrase “according to its laws and regulations” is quite familiar. Moreover, it has been well traversed by arbitral precedents, notably *Inceysa (Inceysa v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, 2 August 2006)* and *Fraport (Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, 16 August 2007)* which make clear that such references are intended to ensure the legality of the investment by excluding investments made in breach of fundamental principles of the host State's law, e.g. by fraudulent misrepresentations or the dissimulation of true ownership. No such illegality has been alleged, let alone proved, in this case».

⁵⁹ El fundamento basado en cierto orden público transnacional será abordado *infra* en el apdo. III.2.B. No obstante, ante la ambigüedad y divergencias en la definición de esta noción utilizada por los órganos arbitrales, entendemos que el concepto más adecuado a la idea de la existencia de unos valores y principios universales que rigen la conducta de los Estados en las relaciones entre ellos, en particular, en su forma de hacer negocios, es «orden público transnacional», en lugar de «orden público internacional» y, por tanto, será el concepto que utilizaremos a lo largo de este trabajo.

⁶⁰ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párr. 246.

⁶¹ Por ejemplo, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea, de 30 de octubre de 2016 (firmado, pero no en vigor), en su art. 8.18.3: «Para mayor seguridad, el inversor no podrá presentar una demanda con arreglo a la presente sección si la inversión se ha realizado mediante una declaración dolosa, ocultación, corrupción, o un comportamiento que equivalga a un recurso temerario».

2. La doble vertiente sustantiva de la corrupción: la responsabilidad internacional del Estado o la imposibilidad del inversor de invocar los derechos que le otorga el tratado de inversión

50. El segundo efecto que puede producir la alegación de corrupción en la inversión repercute en la responsabilidad del Estado huésped por incumplimiento de las obligaciones jurídicas sustantivas contraídas en los tratados de inversión, bilaterales o multilaterales, que ha celebrado con el Estado del que es nacional la empresa demandante. Conforme al DI consuetudinario sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, los hechos cometidos por órganos del Estado o personas que sin serlo tienen atribuidas funciones del poder público comprometen al Estado⁶², por lo tanto, la implicación de un agente público en un acto de corrupción podría considerarse un hecho ilícito atribuible al Estado⁶³.

51. En los arbitrajes de inversión, por un lado, los inversores demandantes pueden alegar actos de corrupción por parte de los agentes públicos del Estado huésped en los que no hayan participado directamente, pero se hayan visto perjudicados en su inversión, por ejemplo, porque la autoridad competente haya beneficiado a otro inversor al mediar un soborno u otro acto ilícito. En este supuesto, el Estado podría incurrir en el incumplimiento de la cláusula prevista generalmente en los APPRI y otras normas convencionales que contiene la obligación del Estado huésped de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión. Por otro lado, el inversor puede estar involucrado en el acto corrupto y aun así alegar esta circunstancia en el proceso ante el incumplimiento por el Estado huésped de alguna obligación jurídica contenida en el tratado aplicable a la inversión con el objetivo de reclamar una reparación. En este segundo supuesto, las consecuencias jurídicas para el inversor serían distintas, pues no podría prevalerse de la protección sustantiva del tratado de inversión.

A) La corrupción como un incumplimiento de la obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión

52. Una de las obligaciones principales recogidas en los APPRI y otros tratados que fomentan las inversiones internacionales es la obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión. Son numerosos los arbitrajes con fundamento en el incumplimiento de esta obligación que, sin embargo, no aparece definida en los tratados⁶⁴.

53. Los tribunales arbitrales han identificado varios componentes que conforman el contenido sustantivo del estándar de trato justo y equitativo como son la transparencia⁶⁵, la estabilidad y protección

⁶² Arts. 4 y 5 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

⁶³ Así, se infiere de la decisión del órgano arbitral en *EDF (Services) Limited c. Rumanía* (Caso CIADI N° ARB/05/13), Laudo de 8 de octubre de 2009, párr. 232: «*The burden of proof lies with the Claimant as the party alleging solicitation of a bribe. clear and convincing evidence should have been produced by the Claimant showing not only that a bribe had been requested from Mr. Weil, but also that such request had been made not in the personal interest of the person soliciting the bribe, but on behalf and for the account of the Government authorities in Romania, so as to make the State liable in that respect. (...)*». En otros casos, el Estado ha utilizado este argumento para defender su falta de responsabilidad en el acto de corrupción, en *World Duty Free Company Limited c. Kenya* (Caso CIADI N° ARB/00/7), Laudo de 4 de octubre de 2006, párr. 82: «*Kenya further contends that the claims submitted to the Tribunal “relate exclusively to a dispute between two individuals, Nasir Ibrahim Ali and Kamlesh Pattni, over ownership of World Duty Free”; this dispute was first brought before the Kenyan Courts and “no evidence has been presented to taint the ownership proceedings in Kenya with illegality”. “Moreover, even if Mr. Ali were able to establish that the appointment of a receiver” by the Kenyan Court “was corruptly procured by Mr. Pattni, he has certainly presented no evidence to substantiate his allegation that, in doing so, Mr. Pattni was acting as an “agent” of the Government of Kenya”. On this ground also, there has been no breach of contract by Kenya.*

⁶⁴ Sobre la interpretación de esta cláusula, véase A. PASTOR PALOMAR, «Protección de inversiones con conceptos indeterminados: el trato justo y equitativo en los APPRI celebrados por España», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVIII/1 (2006), pp. 271-287.

⁶⁵ *Emilio Agustín Maffezini c. España* (CIADI N° ARB/97/7), Laudo de 13 de noviembre de 2000, párr. 83.

de las legítimas expectativas del inversor⁶⁶; la buena fe⁶⁷ o la libertad de coerción y amenazas por el Estado huésped⁶⁸.

54. En este sentido, interpretamos que la inversión obtenida mediante un pago ilícito contraviene varios de los componentes del trato justo y equitativo, pues supone un acto contrario a la transparencia, estabilidad y protección de las legítimas expectativas del inversor; implica en muchos casos coerción y amenazas hacia el inversor para que acceda al pago de la suma exigida, lo que constituye, además, una falta manifiesta de buena fe por parte del Estado requirente.

55. Así, en *EDF c. Rumanía*, la empresa *EDF* invirtió en el desarrollo de espacios comerciales en diferentes aeropuertos de Rumanía, así como la prestación de servicios de *duty-free* a bordo mediante su participación en dos *joint-ventures* con dos empresas propiedad del Gobierno de este país. Según la empresa demandante, cuando su negocio demostró ser rentable, el Estado lo expropió injustificadamente. Este acto constituía una violación de diversas obligaciones previstas en el APPRI celebrado entre Reino Unido y Rumanía (firmado el 13-07-1995), entre ellas, la obligación de ofrecer un trato justo y equitativo a su inversión⁶⁹.

56. En el contexto de esta obligación, *EDF* adujo que se le denegó la extensión de su contrato para seguir prestando sus servicios en el Aeropuerto de Otopeni porque el Presidente y Director Ejecutivo de la empresa se negó a pagar la suma de 2,5 millones de dólares estadounidenses exigida por altos funcionarios del Primer Ministro Nastase⁷⁰. El órgano arbitral confirmó **que** el soborno constituía una violación del estándar de trato justo y equitativo, además de contravenir el «orden público internacional». Asimismo, la acción discrecional del Estado basada en un acto corrupto constituía también el incumplimiento de la transparencia y las legítimas expectativas del inversor:

The Tribunal shares the Claimant's view that a request for a bribe by a State agency is a violation of the fair and equitable treatment obligation owed to the Claimant pursuant to the BIT, as well as a violation of international public policy, and that "exercising a State's discretion on the basis of corruption is a [...] fundamental breach of transparency and legitimate expectations". The heart of Claimant's case is that the contractual arrangements at the Otopeni airport were not extended beyond their ten-years term because Mr. Weil refused to pay a USD 2.5 million bribe to secure the extension, that the request for a bribe was obvious bad faith by Respondent in negotiating an extension, and was clearly impossible to reconcile with the legitimate and reasonable expectation of Claimant⁷¹.

57. Finalmente, el órgano arbitral concluyó que, en este caso, el demandante no había satisfecho la carga de la prueba que le correspondía sobre el supuesto soborno exigido por los funcionarios del Gobierno rumano, por lo que no encontró, sobre esta base, un incumplimiento de la violación de brindar un trato justo y equitativo a su inversión.

⁶⁶ *EDF (Services) Limited c. Rumanía* (Caso CIADI N° ARB/05/13), Laudo de 8 de octubre de 2009, párr. 216. Asimismo, el órgano arbitral señaló más elementos en *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. España* (Caso CIADI N° ARB/13/30), Decisión sobre responsabilidad y sobre los principios de cuantificación de daños, párr. 260: «El Tribunal está convencido de que no asiste en nada citar la larga letanía de la jurisprudencia en la que los tribunales de inversión han intentado definir el estándar del TJE. Basta con afirmar que no cabe duda de que (i) la transparencia, (ii) la protección y la seguridad constantes, (iii) la no limitación, incluida (iv) la no discriminación y (v) la proporcionalidad y la razonabilidad, son elementos del TJE - y ciertamente así en virtud del TCE. Por lo tanto, en cualquier caso, sea que estos requisitos se incluyan de manera general en el TJE o no, deben ser cumplidos por el Demandado, ya que algunas de sus partes expresan las obligaciones del tratado en virtud del TCE. De manera similar, y si bien no se menciona expresamente en el Artículo 10(1), el Tribunal opina que el respeto a las expectativas legítimas del inversor está implícito en esta disposición y forma parte del estándar de TJE».

⁶⁷ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/00/2), Laudo de 29 de mayo de 2003, párrs. 153-154.

⁶⁸ *Desert Line Projects LLC c. Yemen* (CIADI N° ARB/05/17), Laudo de 6 de febrero de 2008, párrs. 192-194.

⁶⁹ *EDF (Services) Limited c. Rumanía* (Caso CIADI N° ARB/05/13), Laudo de 8 de octubre de 2009, párrs. 103-105.

⁷⁰ *Ibid.*, párrs. 69-72.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 221 [se omite nota al pie].

58. Como advertimos anteriormente, la corrupción perturba la competencia leal en el mercado, pues implica un acto arbitrario que conduce a un trato injusto y diferenciado de la inversión de quien ha cumplido con el procedimiento legalmente establecido en el Estado huésped para solicitar los permisos necesarios con el fin de ejercer su actividad. En caso de conocer que se ha producido un acto de esta índole, la empresa perjudicada puede acudir al CIADI alegando el incumplimiento de esta obligación como una forma no solo de proteger sus intereses, sino para defender el interés general de contar con un entorno estable y seguro donde invertir.

59. En *RSM Production Corporation y otros c. Granada*⁷², la demandante, la empresa *RSM Production Company* y sus tres únicos accionistas (en adelante, *RSM*), alegaron que el Senador G. Bowen, antiguo ministro de Energía y Viceprimer ministro de Granada, había aceptado sobornos y había otorgado una licencia para la exploración de hidrocarburos *offshore* a la empresa rusa *Global Petroleum Group Ltd.*, siendo este el motivo, supuestamente, por el que Granada denegó la licencia a *RSM*. La denegación de esta licencia vulneraba, según *RSM*, varias obligaciones contenidas en el APPRI celebrado entre Granada y Estados Unidos (firmado el 02-05-1986), entre ellas, la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a su inversión.

60. El origen de la controversia se encuentra en un acuerdo celebrado por escrito entre Granada y la empresa *RSM* para proceder a la exploración de petróleo y gas, celebrado el 4 de julio de 1996 (en adelante, el Acuerdo de 1996). Conforme a este Acuerdo, *RSM* debía solicitar la concesión de la licencia para esta actividad en el plazo de 90 días desde la fecha efectiva del Acuerdo. La empresa solicitó la licencia en abril de 2004 y poco después Granada se la denegó por estar fuera de plazo. Por este motivo, *RSM* decidió incoar un procedimiento arbitral contra Granada ante el CIADI que terminó mediante laudo de 13 de marzo de 2009 que desestimaba las reclamaciones de la empresa por entender que, en efecto, el plazo había expirado y, por tanto, Granada había dado por terminado el Acuerdo lícitamente⁷³.

61. Así, el caso que en este punto interesa (cuyo laudo se emitió en 2010) constituye un segundo procedimiento iniciado por *RSM* con un fundamento jurídico distinto, según la empresa, pues invocaba una norma jurídica diferente a la invocada en el caso de 2009, es decir, mientras que en 2009 las reclamaciones de la empresa se fundamentaron en el incumplimiento del Acuerdo de 1996, en este caso de 2010 invocó una violación del citado APPRI. Al mismo tiempo, *RSM* había incoado un procedimiento de anulación contra el laudo de 2009 que todavía se encontraba pendiente.

62. En el primer caso de 2009 las demandantes no plantearon formalmente las alegaciones sobre corrupción en la concesión de la licencia litigiosa porque, según ellas, la mayoría de las pruebas pertinentes las habían descubierto una vez iniciado el procedimiento, en la fecha de la audiencia celebrada en junio de 2007 o con posterioridad⁷⁴. Sin embargo, el órgano arbitral entendió que las demandantes contaban con suficientes pruebas de los actos de corrupción, puesto que incluso un año después del inicio del primer procedimiento, habían denunciado ante los tribunales internos de Nueva York la corrupción supuestamente cometida por el Senador Bowen⁷⁵.

63. Por su parte, el Estado planteó en su defensa una objeción a la jurisdicción del CIADI alegando falta de mérito jurídico de la reclamación (Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI)⁷⁶,

⁷² *RSM Production Corporation y otros c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/10/6), Laudo de 10 de diciembre de 2010.

⁷³ *RSM Production Corporation c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/05/14), Laudo de 13 de marzo de 2009, párr. 503.

⁷⁴ *RSM Production Corporation y otros c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/10/6), Laudo de 10 de diciembre de 2010, párr. 5.1.3, nota al pie núm. 28.

⁷⁵ *Ibid.*, párrs. 7.1.18, 7.1.24., 7.1.28.

⁷⁶ Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006: «Salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares, una parte podrá, a más tardar 30 días después de la constitución del Tribunal, y en cualquier caso antes de la primera sesión del Tribunal, oponer una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación. La parte deberá especificar, tan precisamente como sea posible, el fundamento de su excepción. El Tribunal,

pues las cuestiones que planteaba *RSM* ya habían sido litigadas y resueltas por medio del laudo de 2009, por lo que conforme a los principios generales de estoppel y cosa juzgada un órgano arbitral no podía pronunciarse de nuevo sobre el mismo asunto⁷⁷.

64. El órgano arbitral finalmente desestimó la demanda de *RSM* acogiendo la objeción a la jurisdicción por falta de mérito jurídico, pues las cuestiones suscitadas por *RSM* ya habían sido dilucidadas en el primer procedimiento y las supuestas nuevas pruebas sobre corrupción se podían haber planteado durante aquel procedimiento, por lo tanto, reiteró las conclusiones sobre el fondo a las que llegó el Tribunal en el primer procedimiento.

65. Partiendo de estas conclusiones, el órgano arbitral aclaró, en cambio, cómo podría haber influido el supuesto soborno en el incumplimiento de la obligación de brindar un trato justo y equitativo. El primer Tribunal concluyó que el contrato entre Granada y *RSM* se había dado por terminado lícitamente, pues la empresa no cumplió los plazos establecidos. Este segundo Tribunal entendió que el trato justo y equitativo era un estándar objetivo, no subjetivo, por tanto, no era necesario probar la mala fe o la intencionalidad del Estado en las medidas adoptadas. Granada se acogió a sus derechos derivados del contrato (los plazos) para terminar el Acuerdo con *RSM* y ofrecérselo a la empresa competidora *Global Petroleum*. Por ello, el órgano arbitral afirmó que, aun habiendo mediado un soborno entre Granada y *Global Petroleum*, no pudo violar la obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión de *RSM*, puesto que se amparó en sus derechos contractuales y no indujo en ningún sentido a *RSM* a no cumplir con el requisito temporal para presentar la solicitud:

In these circumstances, even if Grenada was motivated, by bribes, to offer its off-shore exploration rights to Global Petroleum, its reliance on its contractual rights to terminate the Agreement cannot be said to infringe the fair and equitable standard when Grenada had done nothing to induce RSM's failure to file its application within the time limits the parties had agreed⁷⁸.

66. Así, es esencial destacar la afirmación del órgano arbitral de que los sobornos, en caso de resultar probados, no constituyen por sí mismos un incumplimiento del APPRI (refiriéndose no solo al supuesto incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo, sino también a la expropiación sin la debida compensación), sino que se debe probar que el Estado ha realizado determinadas acciones encaminadas a una licitación indebida que permitan observar un incumplimiento de las obligaciones del tratado internacional:

If proven, Claimants corruption allegations, would certainly show that certain Grenadian government officials had acted unlawfully under Grenadian and international law (the acceptance of a bribe being unlawful under both), but such unlawful behaviour, by itself, does not amount to a Treaty violation.

For Claimants to succeed on a claim for the violation of Treaty Articles II or III, they must allege that Grenada took active steps to do as it was improperly bidden (something more than simply relying on its contractual rights), which steps could amount to a breach of the Treaty. However, no such allegations are made⁷⁹.

después de dar a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción, deberá, en su primera sesión o prontamente después, notificar a las partes su decisión sobre la excepción. La decisión del Tribunal será sin perjuicio del derecho de una parte a oponer una excepción conforme al párrafo (1) u oponer, en el curso del procedimiento, defensas de que una reclamación carece de mérito jurídico». Se advierte que el 1 de julio de 2022 entró en vigor una enmienda a los Reglamentos y Reglas del CIADI, entre ellos, a las Reglas de Arbitraje del CIADI y conforme al nuevo texto vigente, la falta manifiesta de mérito jurídico se regula con más detalle en una disposición expresa (Regla 41) y separada de otras excepciones preliminares (Regla 43), con un objetivo esencial que responde a la economía procesal y es resolver con mayor celeridad aquellas demandas frívolas e infundadas desde un principio y mejorar la eficiencia del procedimiento.

⁷⁷ *RSM Production Corporation y otros c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/10/6), Laudo de 10 de diciembre de 2010, párrs. 7.1.1-7.1.2. y 7.1.9-7.1.11.

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 7.2.25.

⁷⁹ *Ibid.*, párrs. 7.2.6 y 7.2.7.

67. En suma, en los dos casos planteados el inversor ha alegado el acto de corrupción como una violación de la obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión. Ambos casos han sido desestimados por cuestiones procesales; el primero, por no satisfacer el demandante la carga de la prueba de la corrupción; y el segundo, por entender que la misma cuestión ya había quedado resuelta en un procedimiento anterior. Sin embargo, de ambos casos se infiere que cuando la corrupción influye en la formalización de la inversión, es decir, si el Estado adopta medidas que perturban las condiciones legalmente previstas para realizar la inversión con el fin de favorecer a otro inversor, puede llegar a constituir un incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo que el inversor perjudicado puede alegar ante un órgano arbitral.

B) La corrupción como una práctica contraria al orden público *transnacional*

68. En segundo lugar, existen casos en los que los órganos arbitrales han entendido que la corrupción constituye una violación de cierto «orden público transnacional». No obstante, tanto el contenido de esta noción como su naturaleza jurídica en el sistema jurídico internacional son controvertidos, pues a pesar de que los órganos arbitrales han invocado cada vez con mayor frecuencia esta noción con el objetivo de fundamentar su decisión de desestimar reclamaciones basadas en inversiones obtenidas mediante conductas ilícitas (no solo corrupción, sino otro tipo de conductas fraudulentas), no aclaran, en cambio, su naturaleza jurídica.

69. En *EDF (Services) Limited c. Rumanía*, estudiado anteriormente, el órgano arbitral afirmó que la corrupción no solo era una violación de la obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión, sino además una práctica contraria al orden público transnacional:

The Tribunal shares the Claimant's view that a request for a bribe by a State agency is a violation of the fair and equitable treatment obligation owed to the Claimant pursuant to the BIT, as well as a violation of international public policy, and that "exercising a State's discretion on the basis of corruption is a [...] fundamental breach of transparency and legitimate expectations" ⁸⁰.

70. Posteriormente, en *Churchill Mining Plc y Planet Mining Pty Ltd, c. Indonesia*, Indonesia no alegó corrupción, sino fraude y falsedad documental sobre las licencias de explotación minera y otras aprobaciones conexas que constituían la base de la inversión de las demandantes y solicitó al Tribunal que desestimara todas las reclamaciones de las Demandantes. El órgano arbitral advirtió que ni el Convenio CIADI ni los APPRI contenían disposiciones que regularan las conductas ilícitas en la inversión, más allá de ciertos requisitos de admisibilidad de la inversión en el momento de realizarse que afectan a la jurisdicción, como hemos explicado, y, por ello, debía recurrir a los principios generales del derecho para pronunciarse sobre las consecuencias jurídicas de la falsificación de documentos⁸¹. Tras analizar una extensa práctica arbitral en la que reiteradamente se afirmaba, con diferentes fundamentos, que los tribunales arbitrales no debían proteger una inversión realizada por medio de fraude u otras conductas ilícitas, destacó el principio general de buena fe y el abuso del proceso que deriva de la buena fe⁸², reconocidos generalmente en el DI como principios generales del derecho⁸³, y se refirió a la corrupción como

⁸⁰ *EDF (Services) Limited c. Rumanía* (Caso CIADI N° ARB/05/13), Laudo de 8 de octubre de 2009, párr. 221.

⁸¹ *Churchill Mining Plc and Planet Mining Pty Ltd, antes ARB/12/14 c. Indonesia* (Caso CIADI N° ARB/12/14 and 12/40), Laudo de 6 de diciembre de 2016, párr. 488.

⁸² *Ibid.*, párr. 491: «As the quotation of *Hamester* just illustrated, international tribunals have found fraudulent behavior to breach the principle of good faith, to constitute an abuse of right or, under certain circumstances, an abuse of process. Various tribunals have underlined the fundamental nature and the longstanding recognition of the principle of good faith as a matter of domestic and international law, including investment law».

⁸³ Véase R. KOLB, «General Principles of Procedural Law», en A. ZIMMERMANN, C.J., TAMS, K. OELLERS-FRAHM, C. TOMUSCHAT, (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3ª ed. (e-book), Oxford University Press, Oxford, 2019, párrs. 48-51.

un ejemplo de conducta fraudulenta grave contraria al orden público transnacional, pero sin definir esta noción o revelar su naturaleza jurídica:

Moreover, particularly serious cases of fraudulent conduct, such as corruption, have been held to be contrary to international or transnational public policy. The common law doctrine of unclean hands barring claims based on illegal conduct has also found expression at the international level, although its status and exact contours are subject to debate and have been approached differently by international tribunals⁸⁴.

71. Asimismo, señaló que las consecuencias jurídicas de una conducta ilícita en la inversión pueden afectar tanto a la jurisdicción, como al fondo del asunto: «*A review of international cases shows that fraudulent conduct can affect the jurisdiction of the tribunal, or the admissibility of (all or some) claims, or the merits of a dispute*»⁸⁵. El órgano arbitral trató esta cuestión como una cuestión de admisibilidad, por lo que no se pronunciaría sobre las violaciones del APPRI y, finalmente, concluyó que las reclamaciones basadas en fraude o falsificación ignorados deliberadamente por el demandante son inadmisibles por una cuestión de orden público internacional, utilizando como criterios para determinar el alcance de las consecuencias jurídicas de estos actos la gravedad de la conducta ilícita (el fraude) y la falta de debida diligencia del inversor⁸⁶:

The Tribunal agrees with the Respondent that claims arising from rights based on fraud or forgery which a claimant deliberately or unreasonably ignored are inadmissible as a matter of international public policy. For the reasons set out below, the Tribunal disagrees with the Claimants' contention that they conducted "extensive" and "exhaustive" due diligence in verifying the authenticity of the disputed mining licenses, both when the licenses were purportedly issued and when forgery allegations were first brought to their attention⁸⁷.

72. En este caso, por tanto, observamos que el orden público transnacional no es propiamente el fundamento jurídico en que se basa la inadmisibilidad de las reclamaciones de los inversores, sino dos principios generales del derecho que, como tales, son fuentes de DI (art. 38.1. c) del Estatuto de la CIJ) a saber, el principio general de buena fe y la prohibición de abuso del proceso⁸⁸. Dichos principios impiden que reclamaciones tintadas de fraude y otras conductas ilícitas se beneficien de la protección de los tratados de inversión y del amparo de los órganos jurisdiccionales.

73. En cuanto a la definición de orden público transnacional, que puede contribuir a comprender la aplicación de esta noción por los órganos arbitrales internacionales, en *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador*, en el que el órgano arbitral rechazó la reclamación por falta de jurisdicción como consecuencia de la conducta ilícita del demandante, como explicamos anteriormente. Este Tribunal ofrece una definición muy abierta y ambigua que pone de manifiesto la confusión en torno al contenido y naturaleza jurídica de esta noción en el DI de las inversiones y que se refleja, incluso, en la utilización misma de la expresión «orden público internacional»⁸⁹, en lugar de «orden público transnacional»:

⁸⁴ *Churchill Mining Plc and Planet Mining Pty Ltd, antes ARB/12/14 c. Indonesia* (Caso CIADI N° ARB/12/14 and 12/40), Laudo de 6 de diciembre de 2016, párr. 493.

⁸⁵ *Ibid.*, párr. 494.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 509.

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 508.

⁸⁸ Así se infiere, también de la conclusión del Tribunal: «*Notwithstanding, the seriousness, sophistication and scope of the scheme are such that the fraud taints the entirety of the Claimants' investment in the EKCP. As a result, the general principle of good faith and the prohibition of abuse of process entail that the claims before this Tribunal cannot benefit from investment protection under the Treaties and are, consequently, deemed inadmissible*». *Ibid.*, párr. 528.

⁸⁹ En DI público la noción de orden público internacional responde a una serie de normas que protegen no ya los intereses de los Estados individualmente considerados, sino intereses colectivos esenciales de la comunidad internacional en su conjunto. Estas son normas conocidas como Derecho imperativo o *ius cogens*, entre ellas, la prohibición de la esclavitud, el genocidio o el *apartheid*, entre otras. Por ello, no consideramos adecuado utilizar en este contexto el uso de la noción «orden público internacional». Véase respecto a esta noción, C. JIMÉNEZ PIERNAS, «Fundamento y concepto del Derecho internacional público»,

El orden público internacional está constituido por el conjunto de principios fundamentales que constituyen la esencia misma del Estado, y tiene como función esencial la de preservar los valores del ordenamiento jurídico internacional contra actuaciones contrarias a él⁹⁰.

74. Pero quizás el precedente más relevante en torno a esta noción sea *World Duty Free Company Limited c. Kenia*, en el que el **órgano arbitral** recurrió a esta noción para determinar los efectos jurídicos de un contrato perfeccionado mediante un soborno. Por ello, conviene abordarlo con mayor detalle.

75. En síntesis, la empresa, con sede en la Isla de Man (Reino Unido), firmó un acuerdo en 1989 (en adelante, el Acuerdo de 1989) con la Autoridad Aeroportuaria de Kenia, actuando en nombre del Gobierno de Kenia, para la construcción, mantenimiento y gestión de los complejos *duty-free* en los aeropuertos internacionales de Nairobi y Mombasa, por un periodo de 10 años a partir del 1 de julio de 1990 bajo las condiciones del Acuerdo de 1989. La empresa tenía derecho a renovar la licencia por otros 10 años sujeta únicamente a la renegociación del alquiler a pagar. La empresa debía pagar al Gobierno keniano la suma de un millón de dólares estadounidenses al año por la licencia para ambos complejos.

76. En este caso, *World Duty Free Ltd.* reconoció haber pagado una supuesta «donación personal» al entonces Presidente de Kenia, Daniel Arap Moi, que ascendía a 2 millones de dólares estadounidenses para poder continuar con sus negocios con el Gobierno keniano en marzo de 1989, si bien la empresa alegó que creía que este pago era lícito conforme a las costumbres del lugar⁹¹.

77. La demanda planteada por la empresa se basaba en el incumplimiento por parte del Estado del Acuerdo de 1989 a través de diferentes acciones. La empresa afirmaba que pudo operar sin obstrucciones hasta 1992, cuando el Presidente Moi le solicitó que ayudara a dos de sus emisarios a obtener fondos secretos del extranjero para financiar su campaña electoral para la reelección. Uno de sus emisarios ideó un fraude masivo a través de una empresa para obtener fondos ilícitos para la campaña electoral e involucró a *World Duty Free*. La empresa afirmó que inicialmente tuvo conocimiento de su supuesta implicación en el fraude a través de los medios y que, a pesar de las amenazas de representantes gubernamentales, negó esta participación ante los medios, Interpol y la policía de Kenia. Asimismo, adujo que la Fiscalía keniana no emprendió acciones contra el emisario que ideó el fraude (el Sr. Pattni) hasta que, en 1994, gracias a presiones del Fondo Monetario Internacional, el emisario y otras personas involucradas fueron detenidos. Según el demandante, con el fin de garantizar la destrucción de pruebas esenciales para cualquier enjuiciamiento exitoso del fraude, el Gobierno de Kenia instigó la toma del control de las acciones y los activos de la empresa. Mediante Orden de 24 de febrero de 1998, el Tribunal Superior de Kenia, a petición del Sr. Pattni, le declaró propietario efectivo de la empresa desde 1992 y la puso bajo administración judicial. Según el demandante, esta orden fue ilegal, pues no se le notificó, se basó en documentos falsificados y era manifiestamente errónea. En suma, la demandante relató varios actos que pueden calificarse como denegación de justicia ante los tribunales nacionales y que condujeron a la expropiación ilícita de su inversión y, por ello, reclamaba una compensación, bien en forma de restitución o bien como indemnización económica.

78. Por su parte, Kenia adujo que, puesto que el contrato se formalizó por medio de un soborno, siendo este hecho un delito tanto conforme al derecho keniano, como al derecho inglés y al orden público internacional, el Acuerdo de 1989 carecía de validez y no era ejecutable, por tanto, las reclamaciones de la empresa no eran admisibles⁹².

en J.M. BENEYTO y C. JIMÉNEZ PIERNAS (dirs.), *Concepto y Fuentes del Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 217-272, pp. 228-230.

⁹⁰ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párr. 245 [se omiten notas al pie].

⁹¹ *World Duty Free Company Limited c. Kenia* (Caso CIADI N° ARB/00/7), Laudo de 4 de octubre de 2006, párrs. 66, 110 y 133.

⁹² *Ibid.*, párr. 105.

79. Por lo tanto, el órgano arbitral debía pronunciarse sobre dos cuestiones; primera, si efectivamente se habían pagado sobornos al Presidente de Kenia; y, segunda, si el Acuerdo de 1989 se había perfeccionado gracias al supuesto soborno. Si así fuera, el órgano arbitral debía valorar las consecuencias de este acto de corrupción sobre la validez y aplicación del Acuerdo.

80. En primer lugar, el órgano arbitral confirmó que los pagos realizados por el gerente de *World Duty Free Ltd.* al Presidente de Kenia constituyeron un soborno con miras a obtener la aprobación de su inversión y la conclusión del Acuerdo de 1989⁹³. En segundo lugar, respecto a las consecuencias sobre la validez del Acuerdo, el órgano arbitral apeló al orden público transnacional puntualizando un sentido particular de este concepto, distinto al que habitualmente se utiliza en relación con el reconocimiento y la ejecución de los laudos y sentencias extranjeros (Convenio de Nueva York de 1958⁹⁴) y con un sentido más allá de la dimensión interna de cada Estado.

81. A este respecto, el órgano arbitral vuelve de nuevo a plantear el problema de la definición de orden público, donde se aprecia de nuevo el carácter abierto y problemático de este concepto. Así, señaló que numerosos ordenamientos jurídicos y tribunales nacionales aluden a un «orden público internacional» (transnacional en nuestra opinión) en un sentido restringido en relación con el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros y que a este concepto restringido lo suelen denominar «orden público internacional» («*ordre public international*»). Sin embargo, advirtió que, aunque esta denominación sugiere que se trata de algún modo de un principio supranacional, en realidad no es más que el orden público nacional aplicado a laudos extranjeros y su contenido y aplicación siguen siendo subjetivos para cada Estado⁹⁵. Asimismo, señaló otra definición frecuentemente utilizada: «*An international consensus as to universal standards and accepted norms of conduct that must be applied in all fora*»⁹⁶, al que algunos tribunales y una parte de la doctrina denomina también *transnational public policy* o *truly international public policy*⁹⁷. Precisamente, lo que pone en evidencia el Tribunal en esta definición es la falta de consenso sobre el propio contenido y concepto del orden público transnacional.

82. El Tribunal destacó que algunos tribunales nacionales han aludido a un concepto de orden público *universal*⁹⁸, lo que se puede denominar como un «orden público *transnacional*»⁹⁹. Es en este concepto en el que debemos detenernos, por resultar su existencia más controvertida, pues como señaló el órgano arbitral, los tribunales arbitrales deben ser cautelosos y comprobar la existencia objetiva de una determinada norma jurídica basada en ese presunto orden público transnacional a través de un análisis de derecho comparado y de los laudos arbitrales¹⁰⁰.

83. Esta aproximación responde al fundamento de la validez de las normas de DI general, pues para constatar su existencia y concretar su vigencia y contenido en un determinado momento histórico es necesario el estudio de la práctica internacional, es decir, se requiere comprobar si existe consenso entre los Estados en relación con una determinada práctica y los efectos jurídicos que quieren atribuirle, así como observar la interpretación realizada por los tribunales internacionales, pues se puede considerar que la jurisprudencia internacional traspasa actualmente la función de «medio auxiliar para la determi-

⁹³ *Ibid.*, párr. 136.

⁹⁴ Art. V.2 b) del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958: «También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país».

⁹⁵ *World Duty Free Company Limited c. Kenya* (Caso CIADI N° ARB/00/7), Laudo de 4 de octubre de 2006, párr. 138.

⁹⁶ *Ibid.*, párr. 139.

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 139.

⁹⁸ *Ibid.*, párr. 140.

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 147.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 141. Sobre este punto, cabe especular si la participación como miembro del órgano arbitral de un Juez de la Corte Internacional de Justicia (Gilbert Guillaume) pudo influir en este enfoque de DI general aplicado al sector normativo especializado del DI de las inversiones.

nación de las reglas de derecho» que le atribuye el art. 38.1 d) del Estatuto de la CIJ, ya que como afirma el Prof. Pastor Ridruejo, refiriéndose a la práctica de la Corte Internacional de Justicia, a la que acuden en ocasiones los órganos arbitrales del CIADI para fundamentar sus decisiones: «(...) el Tribunal se atiene a la consideración de su jurisprudencia como auténtica fuente del Derecho, ya que no tiene el menor inconveniente en aplicar ciertas reglas por él construidas y que invoca no a título de principios generales del Derecho, costumbre o convenciones, sino como su propia jurisprudencia»¹⁰¹.

84. Así, tras comprobar que la corrupción activa y/o pasiva se encontraba sancionada en la mayoría de las leyes penales nacionales y en convenciones internacionales, algunas de las cuales mencionadas en este estudio¹⁰², y en otros medios de prueba de la práctica internacional, como la práctica de las organizaciones internacionales, por ejemplo, la ONU, así como de la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales, concluyó que la corrupción era una práctica contraria al orden público transnacional:

*In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal*¹⁰³.

85. Es destacable en este caso el hecho de que el propio Presidente del Gobierno de Kenia estuviera implicado en el acto de corrupción, pues él exigió el pago de una suma de dinero por conceder el contrato a la empresa, por lo que no es extraño que el demandante entendiera injusto que sufriera casi en exclusiva las consecuencias jurídicas derivadas de este acto contrario al orden público transnacional¹⁰⁴. Ahora bien, el órgano arbitral entendió que no procedía aplicar la regla general de que quien vence paga («*cost follow the event*»), sino que habiendo prevalecido el argumento del orden público transnacional y de los sistemas keniano e inglés para dar la razón al Estado demandado, no había realmente un vencedor, pues «*the answer, as regards public policy, is that the law protects not the litigating parties but the public; or in this case, the mass of tax-payers and other citizens making up one of the poorest countries in the world*»¹⁰⁵. Por tanto, cada parte debía sufragar sus propias costas y gastos¹⁰⁶.

86. Así, a la luz de la práctica arbitral se deduce que el orden público transnacional, diferenciado del orden público de los Estados, representaría un conjunto de valores sobre los que existe una conciencia de la comunidad internacional de Estados en su conjunto que sería necesario preservar. Los tribunales arbitrales parecen haber construido una *jurisprudence contante* en torno a esta noción, aún pendiente de definición, y consideran la corrupción como una práctica que contraviene estos valores e intereses, cuya consecuencia sería la imposibilidad de que el demandante se beneficiara de la protección sustantiva y procesal del tratado de inversión.

87. Ahora bien, la naturaleza jurídica del orden público transnacional como fuente de derecho autónoma respecto a otras fuentes, como los principios generales del derecho o las normas convencionales, sigue siendo una cuestión controvertida.

¹⁰¹ J.A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 22ª ed., Madrid, Tecnos, 2018, p. 85.

¹⁰² Véase *supra* apartado II.1.

¹⁰³ *World Duty Free Company Limited c. Kenia* (Caso CIADI N° ARB/00/7), Laudo de 4 de octubre de 2006, párr. 157; en el mismo sentido, *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo de 4 de octubre de 2013, párr. 292.

¹⁰⁴ *World Duty Free Company Limited c. Kenya* (Caso CIADI N° ARB/00/7), Laudo de 4 de octubre de 2006, párr. 180. Resulta de interés, sobre la responsabilidad internacional del Estado a raíz de este caso y otros posteriores, el trabajo de P. LLAMAZON, «State Responsibility for Corruption: The Attribution Asymmetry in International Investment Arbitration», *Transnational Dispute Management*, vol. 10 (3), mayo 2013, 82 pp. En www.transnational-dispute-management.com

¹⁰⁵ *World Duty Free Company Limited c. Kenya* (Caso CIADI N° ARB/00/7), Laudo de 4 de octubre de 2006, párr. 181.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párrs. 190-191.

88. Existen diferentes opiniones al respecto entre la doctrina; algún autor apunta a que el fundamento de esta obligación se puede encontrar al margen de las fuentes formales del DI, situándolo en la práctica de los órganos arbitrales de inversiones¹⁰⁷. Así, Marcoux señala que «(...) *the normative pull toward the obligation for foreign investors to comply with transnational public policy in international investment arbitration can be more properly understood as the result of an international practice that is reproduced and reinforced by tribunals themselves*»¹⁰⁸.

89. Este enfoque tendría sentido en la medida que apuntábamos anteriormente, esto es, en el papel fundamental que la jurisprudencia o, en este caso, la práctica arbitral, juega en el desarrollo del DI de las inversiones que excedería la mera función de medio auxiliar, para convertirse, hasta cierto punto, en fuente de Derecho y que se reflejaría en la utilización de precedentes para fundamentar sus decisiones, como en *World Duty Free Company Limited c. Kenya* y *Churchill Mining Plc y Planet Mining Pty Ltd, c. Indonesia*, aunque consideramos todavía prematuro asegurar la existencia de una práctica arbitral suficiente y homogénea.

90. No obstante, no pretendemos dar una respuesta a tan enjundiosa cuestión en este trabajo, pero valga señalar que los órganos arbitrales han recurrido a la noción de orden público transnacional para rechazar reclamaciones basadas en una inversión ilícita, pero también han invocado algunos principios generales del derecho, como el principio de buena fe, así como las cláusulas contenidas en los tratados de inversión, como en *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador*, en su interpretación de la definición de «inversión». Por lo tanto, conviene seguir indagando en la naturaleza jurídica de esta noción y en las obligaciones que genera, en especial, para los inversores como actores privados, a diferencia de los Estados.

C) La corrupción como una manifestación de la doctrina de las manos limpias

91. La doctrina de las manos limpias o «*clean hands doctrine*» se encuentra bien arraigada en el ordenamiento internacional, tanto en relación con la protección diplomática y la discrecionalidad del Estado de otorgarla o no al particular, persona física o jurídica que ha manifestado una conducta incorrecta; como en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado, donde se tiene en cuenta la conducta del Estado lesionado o persona víctima de un perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de un Estado a la hora de determinar la reparación adecuada. Así lo recoge el Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado (art. 39):

Para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación¹⁰⁹.

92. Conforme a esta doctrina, quien comete un acto ilícito no puede beneficiarse del mismo. De manera más precisa, el Diccionario del Español Jurídico la define como una «expresión tomada de la lengua inglesa (*clean hands*) que indica una circunstancia modificativa de la responsabilidad internacional del Estado y se aplica para determinar la reparación del perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito si se prueba que la conducta del perjudicado ha contribuido al perjuicio resultante por acción u omisión, intencional o negligente»¹¹⁰.

¹⁰⁷ Véase un análisis interesante que justifica este enfoque en J-M. MARCOUX, «Transnational Public Policy as an International Practice in Investment Arbitration», *Journal of international dispute settlement*, vol. 10 (3), 2019, 496-515.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 512.

¹⁰⁹ Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

¹¹⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)* [en línea]. <https://dpej.rae.es/> [consultado el 14-01-2023]. En el mismo sentido, C. JIMÉNEZ PIERNAS, *La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional*

93. En el contexto de las inversiones, se traduciría en que la conducta ilícita del *inversor* modificaría la relación de responsabilidad que se genera cuando el Estado huésped incumple sus obligaciones internacionales en virtud del tratado que protege la inversión. Esta «modificación» de la responsabilidad del Estado se puede manifestar en la fase de fondo, a la hora de determinar la reparación que merece el inversor, una vez constatada la comisión del hecho internacionalmente ilícito por parte del Estado, o en la fase preliminar sobre competencia y jurisdicción, como ya hemos apuntado a lo largo de este trabajo.

94. La doctrina de las manos limpias abarcaría diferentes acciones contrarias al ordenamiento jurídico de los Estados, entre otras, el fraude o la falsedad documental¹¹¹. No obstante, existe controversia sobre su naturaleza jurídica¹¹². La práctica arbitral internacional arroja algunos precedentes que ponen de manifiesto las consecuencias de incurrir en diferentes tipos de prácticas contrarias al derecho interno o al DI aplicables al caso, aun cuando el órgano arbitral no mencione propiamente «la doctrina de las manos limpias»¹¹³, pero sí determinadas máximas que vienen a plasmar el contenido dogmático de esa doctrina¹¹⁴.

95. *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* constituye un precedente significativo respecto a la aplicación de esta doctrina en el arbitraje de inversión. La empresa chipriota *Plama Consortium Limited* (en adelante, *PCL*) alegó que las autoridades legislativas y judiciales búlgaras, así como otras autoridades públicas habían adoptado medidas que perjudicaron seriamente a la empresa *Nova Plama*, en la que *PCL* poseía el 75% de las acciones, declarándose finalmente en quiebra y procediendo a su consiguiente liquidación¹¹⁵. Estas medidas u omisiones del Estado búlgaro suponían, según la empresa, una violación del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE)¹¹⁶. Por su parte, el Estado adujo que la inversión realizada por *PCL* en *Nova Plama* se había realizado contraviniendo el Derecho búlgaro y, por ende, era nula *ab initio*, ya que había ocultado al Estado quién era el verdadero inversor, siendo esta información esencial para obtener la autorización de la Agencia de Privatización búlgara en aras de adquirir las acciones de *Nova Plama*. Por consiguiente, la inversión realizada por estos medios no podía considerarse una «in-

del Estado, Universidad de Alicante, Alicante, 1988, p. 50.

¹¹¹ En dos casos recientes, España invocó sin éxito en dos procedimientos de anulación la doctrina de las manos limpias por supuestos actos de fraude y falsificación de documentos cometidos por las empresas demandantes, en particular, las empresas demandantes habrían realizado declaraciones falsas sobre la capacidad instalada de su inversión para beneficiarse de un sistema de subvenciones al que no tendrían derecho, habiendo actuado de mala fe, de forma fraudulenta o ilícita: *NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. España* (Caso CIADI N° ARB/14/11), Decisión sobre anulación, de 18 de marzo de 2022; *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. España* (Caso CIADI N° ARB/14/12), Decisión sobre anulación, de 10 de junio de 2022. Sobre un análisis de estos casos véase F. PASCUAL-VIVES, F. y L. ARAGONÉS MOLINA, «La doctrina de las manos limpias como causa de anulación del laudo: ¿un último recurso para España? (*InfraRed c. España y NextEra c. España*)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 44 (2022), pp. 34-39.

¹¹² Así lo han cuestionado algunos inversores en los arbitrajes, *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Respondent's Application to Dismiss the Claims (with Reasons)*, de 10 de noviembre de 2017, párr. 204: «Claimant further submits that despite Respondent's attempts to rely on the World Duty Free and the Churchill Mining cases, there is no general principle of "unclean hands" in international law that would render Claimant's claims inadmissible and the Tribunal cannot decline to exercise its mandate on the ground of transnational public policy». La doctrina pone de manifiesto el debate existente, véase P. DUMBERRY, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2020, párrs. 4.104-4.110; A. TANZI, «The relevance of the Foreign Investor's Good Faith», en Gattini, A., Tanzi, A. y Filippo, F., *General Principles of Law and Internations Investment Arbitration*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2018, 193-220, p. 207.

¹¹³ En algunos casos, no obstante, el órgano arbitral menciona las manos limpias en relación con supuestos actos de fraude: *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG c. Ghana* (Caso CIADI N° ARB/07/24), Laudo de 18 de junio de 2010, párr. 317.

¹¹⁴ Por ejemplo, la máxima *nemo ex propria turpitudine commodum capere potest*. Véase R. KOLB, «General Principles of Procedural Law», en A. ZIMMERMANN, C.J. TAMS, K. OELLERS-FRAHM, C. TOMUSCHAT (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3ª ed. (e-book), Oxford, Oxford University Press, 2019, párrs. 55-57. En el ámbito del DI de las inversiones, Dumberry, señala las máximas *ex delicto non oritur actio* y *ex turpi causa non oritur*, P. DUMBERRY, *op. cit.*, párr. 4.103.

¹¹⁵ *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* (Caso CIADI N° ARB/03/24), Laudo de 27 de agosto de 2008, párr. 72.

¹¹⁶ Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994. Este Tratado está sometido actualmente a un proceso de modernización que todavía no ha finalizado. Ver <https://www.energychartertreaty.org/modernisation-of-the-treaty/>

versión» en los términos del art. 1.6. del TCE, despojando al CIADI de jurisdicción para conocer del asunto conforme al art. 26 del TCE, que prevé distintos foros para resolver las controversias entre las partes en el TCE, o subsidiariamente, en caso de que el órgano arbitral considerara que tenía jurisdicción, era causa de inadmisibilidad de la demanda¹¹⁷, pues solo las inversiones realizadas conforme al DI y a la ley búlgara pueden prevalerse de la protección sustantiva del APPRI, en este caso, en los arts. 10 y 13 del TCE.

96. Las cuestiones relativas a la «propiedad» y «control» de la empresa, así como las alegaciones de falsedad y ocultación deliberada del auténtico propietario de la empresa no se examinaron en la fase preliminar sobre jurisdicción, como se ha considerado en otros casos examinados en el apartado anterior en virtud de una cláusula de legalidad en el tratado de inversión, sino que el órgano arbitral entendió que no afectaban a su jurisdicción y decidió considerarlo en la fase de fondo¹¹⁸. El tribunal se pronunció a favor de Bulgaria, afirmando que la inversión no solo se realizó en contravención del Derecho búlgaro, sino de las normas y principios del DI y, por tanto: «*the Tribunal is of the view that this behavior is contrary to other provisions of Bulgarian law and to international law and that it, therefore, precludes the application of the protections of the ECT*»¹¹⁹.

97. Interesa averiguar cuáles son estas normas y principios del DI que se infringían en este caso, pues, como señaló el órgano arbitral, el TCE no contiene una cláusula expresa de legalidad, es decir, una disposición expresa que indique que la inversión debe realizarse conforme a la normativa del Estado huésped, a diferencia de un buen número de APPRI. A pesar de ello, el órgano arbitral señaló que: «*This does not mean, however, that the protections provided for by the ECT cover all kinds of investments, including those contrary to domestic or international law*»¹²⁰. Acudiendo a los trabajos preparatorios del TCE y otros instrumentos que constituyen medios complementarios de interpretación de los tratados (art. 32 del CVDT)¹²¹, el órgano arbitral afirmó que el TCE debía interpretarse de manera consistente con el imperio de la ley¹²², por tanto, sería incongruente aceptar proteger una inversión que fuera contraria a la legalidad nacional o internacional. Además, la cláusula sobre los mecanismos de solución de controversias que prevé el TCE (art. 26) establece que el tribunal constituido para resolver la controversia debe decidir conforme al TCE, pero también de acuerdo con las normas y principios del DI¹²³.

98. Así, tras examinar la práctica arbitral en materia de inversiones internacionales, el órgano arbitral identificó varios principios que sustentaran su conclusión, a saber, el principio de buena fe, reconocido como un principio general del DI, así como un principio estructural del DI contemporáneo¹²⁴; el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* o nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o dolo, que se considera expresión de la doctrina de las manos limpias¹²⁵; y la controvertida noción de orden público transnacional, ya examinada anteriormente¹²⁶.

¹¹⁷ *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* (Caso CIADI N° ARB/03/24), Laudo de 27 de agosto de 2008, párr. 96.

¹¹⁸ *Ibid.*, párr. 97.

¹¹⁹ *Ibid.*, párr. 135.

¹²⁰ *Ibid.*, párr. 138.

¹²¹ Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. En adelante, CVDT. En *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, para averiguar cuál era la voluntad de los Estados partes en el APPRI celebrado entre El Salvador y España, el órgano arbitral aludió implícitamente a medios complementarios de interpretación de los tratados previstos en el CVDT: «Es importante señalar que para la determinación de la voluntad de las partes, se pueden seguir todos los métodos reconocidos por la práctica internacional, siendo de particular importancia los intercambios de notas entre los Estados Contratantes, así como los diversos proyectos de tratados previos al definitivo», párr. 178.

¹²² *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* (Caso CIADI N° ARB/03/24), Laudo de 27 de agosto de 2008, párr. 139.

¹²³ *Ibid.*, párr. 140.

¹²⁴ Art. 2.2. de la Carta de la ONU; Res. 2625 de la Asamblea General de la ONU, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la carta de las naciones unidas; y el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹²⁵ P. DUMBERRY, *op. cit.*, párr. 4.124.

¹²⁶ *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* (Caso CIADI N° ARB/03/24), Laudo de 27 de agosto de 2008, párrs. 141-142.

99. El órgano arbitral acogió estos principios y los aplicó en su decisión, concluyendo que:

(...) *the Tribunal has decided that the investment was obtained by deceitful conduct that is in violation of Bulgarian law. The Tribunal is of the view that granting the ECT's protections to Claimant's investment would be contrary to the principle nemo auditur propriam turpitudinem allegans invoked above. It would also be contrary to the basic notion of international public policy – that a contract obtained by wrongful means (fraudulent misrepresentation) should not be enforced by a tribunal*¹²⁷.

100. Además, apreció mala fe en la conducta del demandante, ya que obtuvo la autorización del Estado búlgaro para realizar su inversión ocultando deliberadamente información relevante para su aprobación y considerando que el principio buena fe abarca, entre otras obligaciones, proveer al Estado huésped de toda información relevante sobre la inversión y el inversor¹²⁸. Esta conducta reprochable del demandante se tuvo en cuenta, además, en la decisión sobre la imposición de las costas y gastos del proceso. *PCL* tuvo que asumir los gastos de representación de Bulgaria que ascendieron a 7 millones de dólares estadounidenses, además de los gastos del Centro y honorarios de los árbitros¹²⁹.

101. Por consiguiente, este órgano arbitral resolvió la controversia aplicando una serie de principios generales del DI ante la ausencia de una disposición expresa en el TCE que estableciera la condición de que la inversión se realizara conforme al derecho del Estado huésped, entre ellos el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, lo que implica a nuestro juicio la aplicación de la doctrina de las manos limpias¹³⁰.

102. Asimismo, observamos la aplicación de estos principios en otros casos en los que el órgano arbitral debía determinar si la inversión objeto de la controversia fue realizada o no de conformidad con la legislación del Estado huésped. En *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador*, varias disposiciones del APPRI contenían este requisito, por lo que el órgano arbitral debía comprobar si la inversión cumplía o no con lo establecido por la legislación nacional. Conforme a la Constitución Política de El Salvador, el APPRI, como tratado internacional, formaba parte del derecho interno vigente, por tanto, el Tribunal aclaró que constituía la primera y especial legislación que este Tribunal debía analizar para determinar si la inversión de *Inceysa* se realizó de conformidad con el ordenamiento jurídico interno¹³¹. Por lo tanto, para determinar si dicha inversión gozaba de esa protección, era necesario analizar si fue realizada cumpliendo con los requisitos del APPRI¹³². Por otra parte, el art. XI del APPRI, que contempla el arbitraje como el mecanismo de solución de posibles controversias que surjan entre las partes, prevé que, además del Acuerdo y del derecho nacional, el Tribunal debe aplicar las reglas y principios de DI generalmente admitidos y, con mayor razón, cuando este APPRI no contenía reglas sustantivas que permitieran determinar que la inversión se realizó conforme a la legislación de El Salvador.

103. Para determinar cuáles eran estas normas y principios de DI generalmente admitidos, el Tribunal tomó como referencia el art. 38 del Estatuto de la CIJ que contiene las fuentes del DI, entre las que se encuentran los principios generales del derecho como fuente autónoma respecto a los tratados y a la costumbre internacional.

104. El órgano arbitral invocó el principio de buena fe, que se manifiesta en el ámbito contractual como: «...la ausencia de engaños y artificios durante el proceso de negociación y otorgamiento de los actos que dieron origen a la inversión, así como la lealtad, la verdad y el ánimo de mantener el

¹²⁷ *Ibid.*, párr. 143.

¹²⁸ *Ibid.*, párr. 144.

¹²⁹ *Ibid.*, párrs. 321-323.

¹³⁰ En el mismo sentido, en relación con este caso, P. DUMBERRY, *op. cit.*, párr. 4.127.

¹³¹ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párr. 220.

¹³² *Ibid.*, párr. 221.

equilibrio en las prestaciones recíprocas de las partes»¹³³. Asimismo, destacó que en las relaciones jurídicas impera la confianza entre las partes, confianza que se funda en la buena fe con que las partes deben actuar cuando formalizan la relación jurídica¹³⁴. El Tribunal concluyó que las diversas acciones llevadas a cabo por el inversor, basadas en documentación y declaraciones falsas para ganar la licitación, contravenían el principio de buena fe desde el momento en que hizo su inversión y, por ende, no la realizó de conformidad con la legislación salvadoreña¹³⁵. Por ello, el Tribunal carecía de competencia para conocer de la reclamación de la empresa, pues la inversión no gozaba de la protección del APPRI¹³⁶.

105. El Tribunal también se basó en el principio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, aplicado por el órgano arbitral en el caso anteriormente citado, invocando varias máximas relacionadas con este principio, y señaló:

Aplicando el principio primeramente señalado al caso en estudio, se puede afirmar que un inversor extranjero no puede pretender beneficiarse de una inversión realizada mediante uno o varios actos ilegales y, consecuentemente, gozar de la protección que le confiere el Estado receptor, como es, el acceso al arbitraje internacional para la solución de sus controversias, pues es evidente que su actuación tuvo un origen doloso y, como lo sostiene la máxima jurídica, nadie puede beneficiarse de su propio dolo¹³⁷.

106. Asimismo, el Tribunal alegó que, en virtud del principio de prohibición del enriquecimiento ilícito, el inversor tampoco podía enriquecerse de un contrato perfeccionado mediante un engaño¹³⁸. Por último, también destacó que la inclusión de la cláusula «conforme a la legislación» en diversos artículos del APPRI era una clara manifestación del orden público internacional, que demostraba la clara y contundente intención de los Estados signatarios de excluir de su protección a las inversiones realizadas en contravención a sus respectivos ordenamientos internos¹³⁹.

107. Por último, también se aplicó la doctrina de las manos limpias en *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, en el que el órgano arbitral, apoyándose en *Phoenix Action Ltd c. República Checa*¹⁴⁰, declaró:

*An investment will not be protected if it has been created in violation of national or international principles of good faith; by way of corruption, fraud, or deceitful conduct; or if its creation itself constitutes a misuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention. It will also not be protected if it is made in violation of the host State's law (as elaborated, e.g. by the tribunal in Phoenix)*¹⁴¹.

108. Y, a continuación, afirmó que: «*These are general principles that exist independently of specific language to this effect in the Treaty*»¹⁴². Por lo tanto, inferimos que existe una obligación implí-

¹³³ *Ibid.*, párr. 231.

¹³⁴ *Ibid.*, párrs. 232-233. La doctrina destaca el papel de la buena fe en el ámbito del DI de las inversiones, según Tanzi, citando el caso estudiado: «Good faith also pervades the sub-system of international legal protection of foreign investments, and the practice of investment arbitration. (...)» A. TANZI, *loc. cit.*, p. 194.

¹³⁵ Estas acciones comprendían la presentación de información financiera falsa por *Inceysa* como parte de la oferta que hizo para participar en la licitación; la realización de manifestaciones falsas, durante el proceso de licitación, en relación con la experiencia y capacidad para cumplir con los términos del contrato, especialmente, respecto a su socio estratégico; la falsedad de documentos sobre la capacidad del administrador único de *Inceysa* para demostrar su idoneidad para realizar las funciones una vez ganada la licitación; y la ocultación de la vinculación entre *Inceysa* y la empresa *ICASUR*, estando prohibida en las bases de la licitación la participación de entidades o personas relacionadas o asociadas para evitar un monopolio.

¹³⁶ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párr. 239.

¹³⁷ *Ibid.*, párr. 242.

¹³⁸ *Ibid.*, párr. 255. Sobre el enriquecimiento ilícito como principio general del derecho en el arbitraje de inversiones, véase C. BINDER, «Unjust Enrichment as a General Principle of Law in Investment Arbitration», en A. GATTINI, A. TANZI, Y F. FONTANELLI, *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2018, pp. 269-289.

¹³⁹ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (CIADI Caso N° ARB/03/26), Laudo de 2 de agosto de 2006, párr. 246.

¹⁴⁰ *Phoenix Action Ltd c. República Checa* (Caso CIADI N° ARB/06/5), Laudo de 15 de abril de 2009.

¹⁴¹ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana* (Caso CIADI N° ARB/07/24), Laudo de 18 de junio de 2010, párr. 123.

¹⁴² *Ibid.*, párr. 124.

cita para el inversor de realizar su inversión respetando la normativa nacional e internacional, es decir, aunque tal obligación no esté prevista expresamente en el tratado de inversión, de lo contrario, su demanda será rechazada por el órgano arbitral.

109. Este Tribunal mencionó ciertos actos ilícitos concretos, como la corrupción. En particular, en los casos donde se ha alegado actos de corrupción, las partes han invocado expresamente la doctrina de las manos limpias. En *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán*, el Estado invocó esta doctrina como argumento subsidiario para apoyar su objeción de falta de jurisdicción del CIADI por haberse formalizado la inversión mediante corrupción por la empresa demandante:

*Alternatively, the claims should be dismissed because they are inadmissible on account of the Claimant's unlawful conduct. Under the "clean hands" doctrine, the Claimant should not be allowed to pursue its claims because it has engaged in significant misconduct directly related to its investment;*¹⁴³.

110. En *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán*, Pakistán también alegó, como argumento subsidiario, que:

*In the event that the Tribunal finds that it does have jurisdiction, Respondent maintains that the corruption in relation to the inception or performance of Claimant's investment nonetheless renders the claims inadmissible based on transnational public policy or the application of the "unclean hands" doctrine*¹⁴⁴.

111. En ninguno de los dos casos citados los órganos arbitrales se pronunciaron sobre la aplicabilidad o la naturaleza jurídica de las manos limpias, pues basaron su decisión en otros fundamentos jurídicos, como ya hemos expuesto. Sin embargo, a la luz de la práctica arbitral examinada, cabe interpretar que la corrupción, siendo una práctica tipificada como delito en la mayoría de los ordenamientos internos, reúne las características necesarias para poder invocar la falta de manos limpias ante un órgano jurisdiccional internacional, como un fundamento jurídico independiente de la posible violación de determinadas cláusulas contenidas en los APPRI que prevean expresamente el cumplimiento de la legislación del Estado huésped. La doctrina de las manos limpias en casos de corrupción jugaría como circunstancia modificativa de la responsabilidad del Estado en la medida en que el inversor perjudicado por el incumplimiento del tratado de inversión por el Estado huésped no podría reclamar una reparación ante el CIADI. No obstante, estos casos presentan la particularidad de que el Estado huésped también está involucrado en el acto ilícito, por lo que su conducta debería también tenerse en cuenta a los efectos de determinar la reparación que merece el inversor.

IV. Problemas jurídicos observados en la práctica del CIADI que dificultan la admisibilidad de las alegaciones de corrupción

112. Hemos observado en los casos anteriores que las alegaciones de corrupción en la inversión no son infrecuentes y que esta práctica es contraria tanto a la obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión, al principio de buena fe y orden público transnacional, como a la doctrina de las manos limpias. Sin embargo, encontramos importantes dificultades para la admisión de estas alegaciones y que estas demandas prosperen sobre esta base con independencia de quien las formule. Una dificultad general ha sido la imprecisión de las cláusulas de los APPRI o la falta de cláusulas específicas que excluyan de su protección a las inversiones realizadas por medio de actos de corrupción, lo que deja en manos del órgano arbitral la interpretación de la norma, pudiendo dar lugar a diferentes opiniones jurídicas y conclusiones distintas sobre los fundamentos jurídicos que puedan apoyar la protección o no

¹⁴³ *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo de 4 de octubre de 2013, párr. 110.

¹⁴⁴ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Respondent's Application to Dismiss the Claims (with Reasons)*, de 10 de noviembre de 2017, párr. 194; también *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Jurisdiction and Liability*, 10 de noviembre de 2017, párrs. 671 y 674.

de una determinada inversión. Al margen de esta apreciación general de carácter subjetivo, analizamos a continuación otros impedimentos jurídicos de carácter objetivo.

1. La dificultad de la prueba de los actos de corrupción

113. En primer lugar, la normativa de CIADI deja una considerable discrecionalidad a los árbitros en materia probatoria. Como afirmó el órgano arbitral en *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán*:

*At the outset, the Tribunal notes that, as pointed out by Respondent, neither the ICSID Convention nor the ICSID Arbitration Rules provide for guidance as to the standard or burden of proof to be applied but rather provide the Tribunal with considerable discretion to determine matters of evidence. As also noted by Respondent, there is further no uniform approach in international investment treaty arbitration to determining the standard of proof in connection with allegations of corruption*¹⁴⁵.

114. El órgano arbitral destacó, además, la falta de uniformidad en la práctica arbitral sobre el estándar de prueba aplicable en casos de corrupción¹⁴⁶.

115. Se ha visto que en *EDF (Services) Limited c. Rumanía* el problema estuvo en la falta de prueba «clara y convincente» sobre el soborno exigido por los funcionarios del Gobierno de Rumanía al Director ejecutivo de *EDF*.

*In any case, however, corruption must be proven and is notoriously difficult to prove since, typically, there is little or no physical evidence. The seriousness of the accusation of corruption in the present case, considering that it involves officials at the highest level of the Romanian Government at the time, demands clear and convincing evidence. There is general consensus among international tribunals and commentators regarding the need for a high standard of proof of corruption*¹⁴⁷.

116. El Tribunal puso de manifiesto la dificultad notable de probar la solicitud de un pago ilícito ante la ausencia de medios de prueba físicos o materiales, como podría ser un documento que lo constata. Asimismo, estableció un estándar de prueba elevado basado en «*clear and convincing evidence*», motivado por la gravedad de las acusaciones contra altos cargos del Gobierno rumano.

117. Dos factores, por tanto, influyen en que las alegaciones de corrupción prosperen; por un lado, la dificultad de obtener prueba directa del acto corrupto y que afecta a la satisfacción de la carga de la prueba; y, por otro, el elevado estándar de prueba exigible en estos casos.

118. Respecto a la dificultad de obtener y aportar pruebas del acto corrupto, ciertamente va a ser complicado poder presentar prueba documental de un soborno o que esta prueba se considere auténtica o suficiente, pues generalmente no se dejará constancia escrita de tales actuaciones. Asimismo, será igualmente difícil aportar cualquier otro medio de prueba que constata la alegación de corrupción, como prueba testifical de un tercero, y que esta se considere concluyente de la veracidad de los hechos, pues el testimonio de un tercero puede presentar contradicciones o no resultar objetivo o fiable por no haber

¹⁴⁵ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Respondent's Application to Dismiss the Claims (with Reasons)*, de 10 de noviembre de 2017, párr. 285.

¹⁴⁶ En particular la prueba en casos de corrupción ha sido objeto de varios trabajos, entre otros, A.P. LLAMZON, *Corruption in International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2014, Part III, chap. 9 «Proving Corruption» (consultado en formato e-book); S. WILSKE Y T.J. FOX, *Corruption in International Arbitration and Problems with Standard of Proof: Baseless Allegations or Prima Facie Evidence?*, *Transnational Dispute Management*, vol. 10 (3), mayo 2013, 19 pp.; C. PARTASIDES, «Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World», *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 25 (1), 2010, pp. 47-62.

¹⁴⁷ *EDF (Services) Limited c. Rumanía* (Caso CIADI N° ARB/05/13), Laudo de 8 de octubre de 2009, párr. 221.

estado el testigo presente en el acto, sino que actúe de oídas¹⁴⁸. En algunos casos (poco habituales), la parte implicada ha admitido haber realizado pagos a agentes públicos¹⁴⁹ y esta admisión ha ayudado al órgano arbitral a verificar la licitud o ilicitud de estos desembolsos, aunque también en estos casos los implicados han intentado justificar estos pagos y crear una apariencia de legalidad.

119. Es un principio general del derecho procesal, reconocido en el sistema jurídico internacional y aplicado por los tribunales internacionales, que la carga de la prueba recae sobre quien alega un hecho (*onus probandi actori incumbit*)¹⁵⁰, por tanto, quien afirma la existencia de corrupción en la inversión debe probar la veracidad de esta afirmación. Así, en *EDF (Services) Limited c. Rumanía*, el órgano arbitral constató este principio y concluyó:

*The burden of proof lies with the Claimant as the party alleging solicitation of a bribe. Clear and convincing evidence should have been produced by the Claimant showing not only that a bribe had been requested from Mr. Weil, but also that such request had been made not in the personal interest of the person soliciting the bribe, but on behalf and for the account of the Government authorities in Romania, so as to make the State liable in that respect. In the absence of such evidence, the Tribunal is compelled to draw the conclusion that Claimant did not sustain its burden of proof*¹⁵¹.

120. En *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán*, el órgano arbitral también partió del reconocimiento del principio general *onus probandi actori incumbit*, pero se planteó si cabía invertir la carga de la prueba o establecer presunciones o extraer inferencias de la falta de aportación de prueba, que son posibles en determinadas circunstancias dependiendo de lo que estableciera la *lex causae*, en este caso, el APPRI entre Israel y Uzbekistán. El APPRI guardaba silencio a este respecto, por lo que el órgano arbitral gozaba de relativa libertad para establecer el estándar de prueba apropiado para determinar la veracidad de una alegación de corrupción¹⁵².

121. En este caso, la empresa había admitido que realizó ciertos pagos a tres consultores vinculados con el Gobierno uzbeko por prestar determinados servicios que la empresa no pudo justificar adecuadamente, lo que generó sospechas de corrupción. Por este motivo, el órgano arbitral afirmó que no era necesario pronunciarse sobre la inversión de la carga de la prueba o la posibilidad de basarse en presunciones¹⁵³, sino que ejerció las facultades que le atribuye el Convenio CIADI, así como ocurre con otros tribunales internacionales, para ordenar la práctica de prueba que le ayudara a llegar a su conclusión sobre la veracidad de las alegaciones:

*As in World Duty Free, the present factual matrix does not require the Tribunal to resort to presumptions or rules of burden of proof where the evidence of the payments came from the Claimant and the Tribunal itself sought further evidence of the nature and purpose of such payments. Instead, the Tribunal will determine on the basis of the evidence before it whether corruption has been established with reasonable certainty. In this context, it notes that corruption is by essence difficult to establish and that it is thus generally admitted that it can be shown through circumstantial evidence*¹⁵⁴.

¹⁴⁸ Así lo determinó el órgano arbitral en *EDF (Services) Limited c. Rumanía* (Caso CIADI N° ARB/05/13), Laudo de 8 de octubre de 2009, párrs. 223-224.

¹⁴⁹ *World Duty Free Company Limited c. Kenia* (Caso CIADI N° ARB/00/7), Laudo de 4 de octubre de 2006, párrs. 66 y 110; *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo de 4 de octubre de 2013, párr. 197 y 240; *Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. y Azpetrol Oil Services Group B.V. c. Azerbaiyán* (Caso CIADI N° ARB/06/15), Laudo de 8 de septiembre de 2009, párr. 6.

¹⁵⁰ *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo de 4 de octubre de 2013, párr. 237; *Churchill Mining Plc y Planet Mining Pty Ltd, antes ARB/12/14 c. Indonesia* (Caso CIADI N° ARB/12/14 y 12/40), Laudo de 6 de diciembre de 2016, párr. 238.

¹⁵¹ *EDF (Services) Limited c. Rumanía* (Caso CIADI N° ARB/05/13), Laudo de 8 de octubre de 2009, párr. 232.

¹⁵² *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán* (Caso CIADI N° ARB/10/3), Laudo de 4 de octubre de 2013, párr. 238.

¹⁵³ *Ibid.*, párr. 239: «While the debate about standards of proof and presumptions is an interesting one, the Tribunal finds that it does not require the application of the rules on burden of proof or presumptions to resolve the present dispute. In this case, facts emerged in the course of the arbitration. Because those facts raised suspicions of corruption, the Tribunal required explanations».

¹⁵⁴ *Ibid.*, párr. 243.

122. Aunque su pronunciamiento genera cierta confusión entre la carga de la prueba y el estándar de prueba, se infiere que el órgano arbitral aplicó un estándar de prueba distinto al precedente de *EDF (Services) Limited c. Rumanía*, basado en «*reasonable certainty*» y en la posibilidad de acudir a prueba circunstancial y no prueba directa, dada la dificultad admitida generalmente por los tribunales arbitrales de constatar los actos de corrupción. Es, por tanto, un estándar de prueba menos exigente. Así, ante la falta de la prueba exigida por el órgano arbitral y la presencia de una serie de factores («*red flags*») que inducen a sospechar que se trata de pago ilícitos¹⁵⁵, llegó a la conclusión que los pagos realizados a los consultores supuestamente contratados para prestar unos servicios a la empresa eran sobornos contrarios a la normativa uzbeka y al requisito de legalidad de la inversión del art. 1.1. del APPRI¹⁵⁶.

123. En *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán*, que es el caso más reciente, el órgano arbitral examinó la práctica arbitral citada por las partes y reconoció que existían dos posturas bien diferenciadas¹⁵⁷; por un lado, la aplicación de un estándar de prueba más propio del proceso civil, basado en un «*balance of probabilities*»; y por otro, un estándar más exigente, propio del proceso penal, basado en «*clear and convincing evidence*».

124. Nuevamente, en este caso nos encontramos con cierta confusión sobre el estándar de prueba aplicable, pues el órgano arbitral parece apoyar un estándar de prueba basado en «*clear and convincing evidence*» debido a las graves repercusiones de un acto de corrupción¹⁵⁸, pero, al mismo tiempo, también admite la posibilidad de acudir a prueba circunstancial o indirecta ante la dificultad de probar estos actos. De hecho, el órgano arbitral decidió que la cuestión esencial no era poner un nombre al estándar de prueba aplicable, sino determinar si el estándar de prueba permitía admitir prueba circunstancial¹⁵⁹. En consecuencia, el órgano arbitral no quiso pronunciarse en abstracto sobre estas cuestiones, sino comprobar que cada acto de corrupción alegado se apoyaba en prueba *sólida y persuasiva*:

Consequently, the Tribunal does not wish to decide in the abstract on the relevance, if any, of the indirect or circumstantial evidence presented by Respondent in support of its allegations. The Tribunal will rather perform a detailed review and evaluation of both direct and indirect evidence adduced by Respondent in the context of each individual allegation and decide whether such evidence is sufficiently “solid” and “persuasive” to reach the conclusion that the allegation has been proven¹⁶⁰.

125. Asimismo, en cuanto a la carga de la prueba, el órgano arbitral aclaró que no era lo mismo «invertir la carga de la prueba» (de quien afirma la corrupción a quien la niega), que inferir determinadas consecuencias de la negativa de la contraparte de aportar prueba, en la línea establecida en *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán*. En otras palabras, la carga de la prueba de un acto de corrupción sigue estando en quien lo afirma, pero la prueba de refutación contribuye a esclarecer los hechos y su ausencia pueda dar lugar a inferencias negativas para quien niega haber cometido el acto corrupto¹⁶¹.

126. En suma, parece una posición que concilia el estándar de prueba exigente que se debe a la gravedad de las alegaciones de corrupción y la carga de la prueba que debe satisfacer quien afirma que se ha cometido un acto de corrupción ante la dificultad que plantea su prueba.

¹⁵⁵ *Ibid.*, párr. 293.

¹⁵⁶ *Ibid.*, párr. 372.

¹⁵⁷ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Respondent's Application to Dismiss the Claims (with Reasons)*, de 10 de noviembre de 2017, párr. 303.

¹⁵⁸ *Ibid.*, véanse párrs. 295 y 304 sobre el estándar de prueba; y párrs. 306 y 307 sobre la carga de la prueba.

¹⁵⁹ *Ibid.*, párr. 307.

¹⁶⁰ *Ibid.*, párr. 308.

¹⁶¹ *Ibid.*, párrs. 318-319.

2. La aportación de los medios de prueba en el momento procesal oportuno

127. En el proceso arbitral ante el CIADI los documentos probatorios o de respaldo con los que las partes pretendan apoyar sus reclamaciones se presentan, generalmente, junto con el memorial y el memorial de contestación conforme al calendario procesal que acuerde el Tribunal en la primera sesión¹⁶², y solo excepcionalmente se pueden presentar en un momento distinto¹⁶³. Ahora bien, puede ocurrir que los actos de corrupción no se conozcan con anterioridad al inicio del procedimiento de origen, sino que salgan a la luz durante el mismo o incluso una vez finalizado, por lo que sea imposible aportar los medios de prueba en el momento procesal oportuno.

128. A continuación, analizamos qué sucede en estos supuestos y qué mecanismos procesales existen en la normativa vigente para dar respuesta.

A) El descubrimiento de nuevas pruebas de corrupción durante el proceso de origen y su planteamiento fuera del momento procesal oportuno

129. Hemos explicado anteriormente que la inversión realizada por medio de un acto que constituye una violación de la ley interna del Estado receptor, del orden público transnacional o de las manos limpias, puede plantearse como una objeción a la jurisdicción del CIADI para resolver la controversia. Conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2022 (Regla 43), la parte que entienda que un asunto no cae dentro de la jurisdicción del Centro debe notificarlo *lo antes posible* y el órgano arbitral se pronunciará sobre esa cuestión en una fase separada del procedimiento o junto con las cuestiones de fondo. Además, la normativa establece unos plazos para el planteamiento y tramitación de las excepciones preliminares tanto si el procedimiento se bifurca como si se resuelven en la fase de fondo (Reglas 44 y 45).

130. Sin embargo, en *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán*, el órgano arbitral se mostró flexible en cuanto al momento de plantear estas excepciones, admitiendo la solicitud de aportación de nuevas pruebas planteada por el Estado relativas a supuestos actos de corrupción cometidos por la empresa en relación con el proyecto en Reko Diq. En efecto, Pakistán presentó esta solicitud en una fase muy tardía del procedimiento, pues ya habían concluido las audiencias sobre jurisdicción y fondo y el órgano arbitral había deliberado y redactado un borrador de Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad.

131. En primer lugar, el órgano arbitral reconoció que estas alegaciones de corrupción como objeción a la jurisdicción del CIADI se habían formulado fuera del momento procesal oportuno que, conforme a la normativa CIADI entonces vigente (Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006), más imprecisa en este aspecto que las Reglas de Arbitraje actualmente vigentes (2022), se debían formular «lo antes posible» y, en todo caso, antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación o, si se refiere a una demanda subordinada, antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación de la réplica.

132. Sin embargo, la normativa del CIADI prevé dos cláusulas que permiten plantear estas excepciones fuera del plazo general; por un lado, la anterior Regla 26.3 de las Reglas de Arbitraje prevé que se puedan formular fuera de los plazos establecidos en «circunstancias especiales», siempre que se garantice a la contraparte formular sus alegaciones al respecto *y así lo decida el Tribunal*; y, por otro, la Regla 41.1. junto al momento correspondiente «a menos que la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción». Como se puede observar, el contenido de estas cláusulas es vago e indeterminado, por lo que debe concretarse a la luz de las circunstancias particulares

¹⁶² Regla 29.4 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

¹⁶³ Reglas 30.3 y 36.3 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

del caso, atribuyendo al órgano decisor un amplio margen de discrecionalidad para decidir si un hecho es suficientemente relevante y pertinente como para admitir las alegaciones fuera del plazo ordinario.

133. Así, el órgano arbitral, aunque afirmó no convencerle las explicaciones de Pakistán sobre los motivos por los que no formuló las alegaciones de corrupción en un momento anterior del procedimiento y dado que Pakistán, aunque con cierta dilación, no se había mostrado del todo inactivo en la investigación de los actos corruptos por sus agentes públicos¹⁶⁴, entendió que la gravedad de algunas de estas alegaciones y a la luz de las pruebas testificales presentadas justificaban examinar esta objeción a la jurisdicción y admisibilidad de la demanda fuera de plazo, pues constituían «circunstancias especiales»¹⁶⁵ conforme a la cláusula de la Regla 26.3 anterior. Por este motivo, el órgano arbitral admitió las nuevas pruebas aportadas por Pakistán, aunque tras examinarlas, resolvió que los actos de corrupción no quedaban probados, por lo que confirmó su jurisdicción para conocer de las reclamaciones de la empresa y finalmente declaró responsable a Pakistán por incumplimiento del APPRI.

134. Interesa apuntar que el órgano arbitral consideró que, al desestimar la pretensión, no era necesario pronunciarse sobre las consecuencias jurídicas que habrían ocasionado estas alegaciones sobre su Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad, si hubieran quedado probadas¹⁶⁶, aunque reconoció en la parte dispositiva de su decisión que, de haber quedado probados estos actos, habría tenido consecuencias en la fase de cuantificación de los daños: «*Respondent has not established any of its individual allegations of corruption that would be attributable to Claimant and that could have become relevant as potential contributory fault in the quantum phase that is now to follow*»¹⁶⁷.

135. En todo caso, la flexibilidad aplicada por el órgano arbitral bajo el paraguas de la expresión «circunstancias especiales» que preveía la normativa CIADI (Regla 26.3 de las reglas de Arbitraje de 2006), se justifica por la gravedad de las alegaciones de corrupción y constituye una interpretación favorable a la *justicia*, fortaleciendo el orden público internacional. Se advierte, no obstante, que el carácter indeterminado del contenido de esta cláusula (actualmente prevista en la Regla 28 de las Reglas de Arbitraje de 2022) atribuye una importante discrecionalidad a los árbitros para decidir sobre la admisibilidad de las pruebas pertinentes fuera de plazo, que dependerá en gran medida de las circunstancias particulares del caso, por lo que dificulta predecir en qué sentido se pronunciarán los órganos arbitrales ante una solicitud de esta índole.

136. Conviene señalar que las Reglas de Arbitraje de 2006 preveían expresamente otra posibilidad de reabrir el procedimiento ya declarado cerrado una vez finalizadas las audiencias (Regla 38.1), pero antes de que se dicte el laudo, ante el descubrimiento de nuevas pruebas de carácter decisivo (Regla 38.2)¹⁶⁸. Se ha hecho uso de esta herramienta en algunos casos¹⁶⁹, pero su contenido también indeterminado deja en manos del órgano arbitral la valoración del carácter «decisivo» de la nueva prueba aportada e impone en quien la aporta la carga de justificar su aportación tardía. Llama la atención que esta

¹⁶⁴ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), *Decision on Respondent's Application to Dismiss the Claims (with Reasons)*, de 10 de noviembre de 2017, párr. 240.

¹⁶⁵ *Ibid.*, párr. 233.

¹⁶⁶ *Ibid.*, párr. 1495.

¹⁶⁷ *Ibid.*, párr. 1499.

¹⁶⁸ Regla 38.2 de las Reglas de Arbitraje de 2006: «Excepcionalmente, el Tribunal podrá, antes de dictar el laudo, reabrir el procedimiento en vista de que se ha de obtener nueva prueba que por su naturaleza constituye un factor decisivo, o porque es de necesidad imperiosa aclarar ciertos puntos específicos».

¹⁶⁹ En *RSM Production Corporation y otros c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/05/14) (Anulación), *Decision on RSM Production Corporation's Application for a Preliminary Ruling of 29 October 2009*, de 29 de octubre de 2009, el Comité confirmó la posibilidad de recurrir a esta herramienta procesal, párr. 28: «...*In the case of the evidence obtained after the Merits Hearing, if the Applicant had good grounds to submit that this was new evidence decisively relevant to the issues in the arbitration, then, even if the Tribunal had closed the proceedings, the Applicant could still have applied to the Tribunal to reopen the proceedings under ICSID Arbitration Rule 38(2)*». Otro órgano arbitral, reiteró esta posibilidad en el segundo procedimiento iniciado por RSM en 2010, en *RSM Production Corporation y otros c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/10/6), Laudo de 10 de diciembre de 2010, párr. 7.1.20.

disposición no está prevista en las Reglas de Arbitraje de 2022, aunque quizás pueda entenderse como una posibilidad implícita en cualquier proceso, pues mientras el procedimiento esté en curso, las partes pueden formular alegaciones ante el Tribunal en aras de la buena administración de justicia. Asimismo, podría inferirse a través de otras cláusulas, como la Regla 30.3 que permite la aportación de documentos de respaldo no previstos en el calendario procesal acordado en la primera sesión, si lo autoriza el Tribunal «previa solicitud oportuna y motivada, si decide que dichos escritos, observaciones o documentos de respaldo resultan necesarios en vista de todas las circunstancias relevantes».

137. De hecho, el Comité *ad hoc* en *RSM Production Corporation y otros c. Granada* confirmó la facultad de reabrir un caso cuando se descubrían pruebas de fraude, falsedad documental o corrupción, invocando precedentes arbitrales en otras jurisdicciones en los que estando el órgano arbitral todavía en funciones (es decir, ante el mismo órgano arbitral) había reabierto el procedimiento ante el descubrimiento de una práctica fraudulenta:

Although not cited by the Applicant or the Respondent, there are a number of other arbitral decisions which deal with the power of international courts and tribunals to reopen a case for newly discovered evidence. On the basis of the principle of jura novit curia, the Committee is able to consider the relevance of those decisions¹⁷⁰.

B) El descubrimiento de nuevas pruebas de corrupción concluido el proceso de origen

138. Otra situación que puede darse en la práctica es el descubrimiento del acto corrupto una vez concluido el proceso por medio del laudo. Este laudo no sería justo en la medida en que el órgano arbitral no habría tenido en cuenta en su decisión el acto ilícito cometido por una de las partes, siendo esta circunstancia, como se ha visto anteriormente, relevante para la solución de la controversia.

139. El sistema del CIADI no deja indefenso a quien pueda encontrarse en este supuesto. La normativa procesal prevé dos mecanismos excepcionales para subsanar esta situación, a saber, la revisión (art. 51 del Convenio CIADI) y la anulación (art. 52 del Convenio CIADI). No obstante, al tratarse de mecanismos extraordinarios, su acción está sujeta al cumplimiento de unas condiciones tasadas en la normativa y, como han reiterado los órganos arbitrales, en ningún caso pueden confundirse con un recurso de apelación¹⁷¹, recurso que está expresamente excluido del sistema del CIADI (art. 53.1 Convenio CIADI), lo que impone al solicitante un estándar exigente en el cumplimiento de estas condiciones.

140. La condición fundamental para solicitar la revisión de un laudo definitivo y, por tanto, con efecto de cosa juzgada (art. 53 del Convenio CIADI), es el descubrimiento de un hecho con posterioridad al laudo que pueda tener carácter decisivo para la decisión del Tribunal, siempre que su desconocimiento con anterioridad al laudo no se debiera a negligencia del solicitante. La anulación está sujeta a cinco causales que ofrecen un mayor abanico de supuestos que el mecanismo de revisión, a saber, a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; d)

¹⁷⁰ *RSM Production Corporation y otros c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/05/14) (Anulación), *Decision on RSM Production Corporation's Application for a Preliminary Ruling of 29 October 2009*, de 29 de octubre de 2009, párr. 23.

¹⁷¹ Entre otros, *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. España* (Caso CIADI N° ARB/14/12), Decisión sobre anulación de 10 de junio de 2022, párrs. 400 y 405; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/19), Decisión sobre anulación, de 5 de mayo de 2017, párr. 51; *EDF International S.A., Saur International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/23), Decisión sobre anulación de 5 de febrero de 2016, párr. 67; *Total S.A. c. Argentina* (Caso CIADI n° ARB/04/01), Decisión sobre anulación, de 1 de febrero de 2016, párrs. 164-165; *RSM Production Corporation c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/05/14) (Anulación), *Decision on RSM Production Corporation's Application for a Preliminary Ruling of 29 October 2009*, párr. 18; *Azurix Corp. c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/01/12), Decisión sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, de 1 de septiembre de 2009, párr. 41.

que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

141. La primera cuestión controvertida que surge del análisis de estos casos es, ¿cuál es el mecanismo procesal adecuado ante el descubrimiento de un acto de corrupción? La práctica arbitral no es pacífica al respecto.

142. En *RSM c. Granada* se planteó la anulación del laudo dictado el 13 de marzo de 2009. Como explicamos anteriormente¹⁷², existió un segundo procedimiento que finalizó por medio de laudo de 10 de diciembre de 2009, en el que el órgano arbitral estimó la objeción a la jurisdicción planteada por Granada por falta de mérito jurídico (Regla 41.5 de las Reglas de Arbitraje del CIADI). En el procedimiento de anulación, contra el laudo de 13 de marzo de 2009, la empresa alegó tres causas de anulación previstas en el Convenio CIADI: i) extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal (art. 52.1.b); ii) quebrantamiento de una norma fundamental del procedimiento (art. 52.1 d); iii) y falta de expresión de motivos en que se fundó el laudo (art. 52.1 e).

143. El fundamento principal de esta solicitud fue el pago de sobornos por otra empresa (*Global Petroleum*) al Senador Bowen, entonces Fiscal General de Granada, que ocasionó, según las demandantes, la denegación de la licencia de exploración de hidrocarburos. En concreto, *RSM* solicitó que el Comité *ad hoc* se pronunciara sobre la conducta supuestamente corrupta del Senador Bowen, insistiendo en que no estaba solicitando que el Comité revisara la decisión del órgano arbitral con fundamento en un error respecto a su posición sobre las afirmaciones vertidas en aquel proceso respecto al Senador¹⁷³; de lo contrario, excedería los límites de la anulación, que no es una apelación, como ya advertimos. Según *RSM*, formulaba esta solicitud en anulación y no durante el procedimiento de origen porque contaba con pruebas más sólidas descubiertas tras las audiencias. Además, solicitó al Comité que ejerciera una supuesta facultad inherente para investigar el pago de los sobornos a partir de las pruebas indiciarias presentadas, siendo esta práctica contraria al orden público internacional y normas universales de DI:

(...) that the Committee has the authority and the obligation to make its own enquiries on the basis of prima facie evidence which it has submitted. In the view of the Applicant, the Committee possesses an inherent jurisdiction to investigate allegations of bribery, which it describes as being contrary to 'accepted norms of international public policy' and a 'universal norm of international law'¹⁷⁴.

144. El Comité declaró, primero, que la petición del demandante no podía calificarse como una solicitud de anulación; el demandante no había explicado la causal concreta de anulación en la que se fundamentaba su petición, sino que pedía al Comité que examinara e investigara pruebas que ya se habían presentado durante el procedimiento inicial, así como nuevas pruebas aportadas en un procedimiento interno contra el Senador Bowen ante los tribunales de Nueva York, invocando únicamente unos supuestos poderes inherentes del órgano arbitral¹⁷⁵.

145. Tras afirmar que los órganos arbitrales pueden ejercer ciertos poderes inherentes, es decir, funciones no previstas expresamente en la normativa procesal, siempre que sea necesario para desarrollar las funciones que sí están previstas y cuando no contravengan las disposiciones de los instrumentos constitutivos del tribunal internacional¹⁷⁶, concluyó que la función de un Comité *ad hoc* era limitada,

¹⁷² Véase apdo. III.2.A.

¹⁷³ *RSM Production Corporation c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/05/14), *Decision on RSM Production Corporation's Application for a Preliminary Ruling of 29 October 2009*, párr. 8.

¹⁷⁴ *Ibid.*, párr. 9.

¹⁷⁵ *Ibid.*, párr. 19.

¹⁷⁶ *Ibid.*, párr. 20.

por lo que la solicitud del demandante no quedaba amparada en esta función, cuando, además, la prueba testifical del Senador Bowen no había influido en el laudo¹⁷⁷:

The Committee's function is to determine the Applicant's Request for Annulment, which was submitted under Article 52(1) of the ICSID Convention. It is well established that ad hoc Annulment Committees have a narrowly defined jurisdictional mandate. The Committee agrees with the view that the exhaustive nature of the list enumerated in Article 52(1) means that 'a party may not present new arguments on fact and law that it failed to put forward in the original arbitration proceeding ... [n]or should a party present new contemporaneous evidence (...)'¹⁷⁸.

146. Por lo tanto, el Comité rechazó la solicitud de anulación del laudo, la cual no estaba bien fundamentada en ninguna de las causales de anulación¹⁷⁹.

147. No obstante, durante el segundo procedimiento iniciado por RSM en 2010, basado también en los actos de corrupción, el órgano arbitral sugirió que, si fuera cierto que RSM descubrió pruebas de corrupción en la concesión de la licencia con posterioridad al laudo de 2009 (o en particular, como afirmaron los demandantes en la fecha de las audiencias en 2007 y con posterioridad), podían haber solicitado la revisión del laudo conforme al art. 51 del Convenio CIADI, pero no lo hicieron:

The relevance of this to the question (dealt within the next Section of this Award), of whether Claimants' claims can survive in the face of the relevant findings of the Prior Tribunal, is that it was open to RSM to seek revision of those findings from the Prior Tribunal, based on evidence of corruption that was discovered thereafter. RSM sought no such revision¹⁸⁰.

148. Es más, indicó que las demandantes podían haber solicitado la revisión, pero solicitaron, en cambio, la anulación, que fue desestimada por el Comité como hemos explicado anteriormente, porque las alegaciones de corrupción no encontraban cabida en ninguna de las causales del art. 52 del Convenio del CIADI:

For the purposes of the Objection, it is also apparent that RSM had sufficient evidence of alleged corruption to institute New York State court proceedings in 2006, and thus could have, but declined formally to put corruption in issue, as such, before the Prior Tribunal. To the extent that further evidence of corruption became available after the issue of the Prior Award, RSM could also have sought revision of that award under the provisions of Article 51. It did not, but instead instituted annulment proceedings¹⁸¹.

149. O incluso sugirió la reapertura del procedimiento antes de la emisión del laudo conforme a la Regla 38.2 de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006, como señalamos en el apartado anterior.

150. En suma, en virtud de este precedente arbitral, parece que la anulación no es el mecanismo adecuado ante el descubrimiento de pruebas de corrupción una vez dictado el laudo y que se desconocían durante el proceso de origen, sino que la revisión sería el mecanismo pertinente¹⁸². Asimismo, se debe tener en cuenta el momento en el que se conocieron los hechos, pues queda patente que, si los hechos se conocían o las pruebas se presentaron ya durante el procedimiento de origen, no es posible presentarlas en un procedimiento de anulación, como tampoco en un procedimiento de revisión, pues

¹⁷⁷ *Ibid.*, párr. 25: «(...) Second, and in any event, the Applicant has not argued that the Award was the product of false testimony. As stated by the Tribunal in its Award, and as acknowledged by the Applicant, the Tribunal did not need to rely on the alleged false testimony of Mr Bowen, but instead was able to rely on documentary evidence for its finding on the relevant issue».

¹⁷⁸ *Ibid.*, párr. 21. Véase también párr. 26.

¹⁷⁹ *Ibid.*, párr. 29.

¹⁸⁰ *RSM Production Corporation y otros c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/10/6), Laudo de 10 de diciembre de 2010, párr. 7.1.19.

¹⁸¹ *Ibid.*, párr. 7.1.28.

¹⁸² *Ibid.*, párr. 7.1.20.

estos mecanismos no sirven para subsanar errores cometidos por los litigantes en cuanto a la estrategia procesal elegida o por falta de debida diligencia en la preparación del caso.

151. En cuanto al procedimiento de revisión, se han planteado pocas solicitudes hasta la fecha y en general han sido inadmitidas. No obstante, en dos procedimientos se han alegado actos de corrupción como motivo de revisión¹⁸³.

152. Así, en *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*,¹⁸⁴ caso que hemos estudiado anteriormente¹⁸⁵, la empresa chipriota *Plama Consortium Limited* (en adelante, *PCL*) inició un procedimiento de revisión aportando nuevas pruebas que, supuestamente, demostrarían que una empresa competidora rusa pagó ciertas cantidades a modo de sobornos a las autoridades búlgaras para adquirir una refinería. El procedimiento de revisión terminó por impago de las cantidades que las partes deben satisfacer por adelantado al CIADI, por lo que se desconoce en qué sentido hubiera decidido el órgano arbitral. Los escritos de las partes tampoco se han hecho públicos, por lo que desconocemos los argumentos que, en especial, *PCL* adujo como fundamento de su solicitud¹⁸⁶. No obstante, varias cuestiones nos permiten inferir el escaso éxito que habría tenido este procedimiento.

153. En *Plama Consortium*, visto anteriormente, a la luz de la conclusión del órgano arbitral sobre la conducta fraudulenta de la demandante y la consecuente inaplicabilidad de las disposiciones del TCE, es poco probable que el órgano arbitral revisara su pronunciamiento, pues en principio, aunque *PCL* pudiera aportar pruebas de un supuesto soborno por parte de un tercero a las autoridades búlgaras, no afectaría decisivamente al pronunciamiento relativo a que su inversión no era lícita y las consecuencias ya descritas que se derivaron. No obstante, desconocemos, como ya se advirtió, el contenido de su solicitud de revisión, por lo que no podemos analizar los argumentos de la solicitante y, en especial, la relación entre el supuesto soborno y el caso planteado.

154. También en *Siemens A.G. c. Argentina*, Argentina presentó una solicitud de revisión a raíz del testimonio prestado bajo juramento ante un tribunal alemán por un antiguo ejecutivo de la empresa alemana *Siemens*, en el que declaró que el contrato objeto de la controversia en el proceso de origen se obtuvo por medio de sobornos pagados a ciertos altos cargos del Gobierno argentino¹⁸⁷.

155. Al mismo tiempo, también incoó un procedimiento de anulación en el que Argentina alegó que en el proceso arbitral de origen el Tribunal le había denegado la producción de prueba esencial, en particular, pruebas relativas al progreso de la investigación que se estaba llevando a cabo sobre una supuesta corrupción que afectaría al contrato con *Siemens*. El Tribunal rechazó la producción de esta prueba (basada en prueba testifical), por presentación tardía en el procedimiento, apuntando que estas alegaciones sobre corrupción ya se venían vertiendo sobre este proyecto desde hacía muchos años, por lo que eran hechos conocidos. Por su parte, Argentina aseveró que la información nueva en la que basaba su solicitud había salido a la luz paulatinamente y que su decisión de alegarla en el procedimiento

¹⁸³ Para un análisis riguroso del procedimiento de revisión en el CIADI, véase L. ARAGONÉS MOLINA, *La revisión de los laudos internacionales del CIADI*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2022.

¹⁸⁴ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria* (Caso CIADI N° ARB/03/24), Laudo de 27 de agosto de 2008.

¹⁸⁵ Véase apdo. III.2.C.

¹⁸⁶ Nos hemos basado en la información obtenida en los siguientes artículos: IA REPORTER, «Cases Closed: ISCID Claims against Senegal and Argentina suspended; Bulgarian case is dropped due to investor's lack of funding», *IA Reporter*, publicado el 9 de septiembre de 2012; L.E. PETERSON, «Investor in Bulgarian refinery asks arbitral tribunal to weigh new evidence that a competitor may have secured state favor via the payment of bribes», *IA Reporter*, publicado el 4 de octubre de 2011.

¹⁸⁷ Este procedimiento de revisión terminó por avenencia entre las partes de acuerdo con el Regla 43.1 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el 9 de septiembre de 2009. Los escritos de las partes no se han hecho públicos, por lo que la información de este caso se ha obtenido a partir de los informes publicados en *IA Reporter*, a saber, L.E. PETERSON, «Argentina and Siemens ask annulment panel to suspend proceedings, so original arbitrators can look at bribes evidence», *IA Reporter*, publicado el 28 de julio de 2008; y, L.E. PETERSON, «Siemens waive rights under arbitral award against Argentina, follows company's belated corruption confessions», *IA Reporter*, publicado el 2 de septiembre de 2009. Disponibles en <https://www.iareporter.com/>

arbitral se debía a las pruebas recientes que habían surgido a través de las investigaciones llevadas a cabo a nivel interno. El procedimiento de anulación quedó suspendido a petición de las partes, a la espera de la decisión sobre revisión.

156. Interesa destacar que ambos procedimientos, revisión y anulación, cuyo fundamento esencial fueron estas alegaciones sobre supuestos sobornos por parte de un antiguo ejecutivo de *Siemens AG* y otros, terminaron por avenencia entre las partes en septiembre de 2009. En diciembre de 2008 la empresa *Siemens A.G.* y su subsidiaria argentina, *Siemens Argentina S.A.*, se declararon culpables ante un tribunal estadounidense por ciertas violaciones de la Ley estadounidense de prácticas corruptas en el extranjero (*US Foreign Corrupt Practices Act*)¹⁸⁸. Parece evidente que este proceso judicial ante un tribunal estadounidense y el proceso similar ante los tribunales alemanes, fueron decisivos en el acuerdo alcanzado entre la empresa *Siemens AG* y Argentina para poner fin a los procedimientos iniciados por Argentina para la revisión y/o anulación del laudo de 2007¹⁸⁹, por el que se había impuesto al Gobierno argentino el pago de una indemnización a la empresa de más de 200 millones de dólares estadounidenses.¹⁹⁰

157. Desafortunadamente, los escritos de las partes en estos procedimientos no se han publicado por motivos de confidencialidad, característica propia del arbitraje comercial que ha prevalecido en los arbitrajes de inversiones, por lo que no disponemos de los detalles de ambos procesos para poder analizar exhaustivamente los argumentos jurídicos de las partes.

V. Consideraciones finales

158. La corrupción ha adquirido una dimensión transnacional fomentada por la intensificación de las relaciones económicas entre los Estados y el incentivo que supone para las empresas transnacionales las medidas de promoción y protección de las inversiones para instalarse en otros territorios. A la luz de los numerosos tratados y otros textos no normativos encaminados a prevenir y sancionar la corrupción adoptados por los Estados se observa la existencia de un consenso en torno a la definición de las prácticas que constituyen actos de corrupción, así como sobre los perjuicios que la corrupción genera para el pleno desarrollo económico y social de los Estados y la necesidad de erradicarla. No obstante, siguen siendo preocupantes los escasos avances que se realizan a nivel interno en algunos Estados como demuestran las estadísticas elaboradas por algunas organizaciones.

159. Los niveles de corrupción todavía existentes en algunos Estados también se ponen de manifiesto en los arbitrajes que se sustancian ante el CIADI en los que el inversor extranjero o el Estado huésped alegan actos de corrupción en la inversión bien en el momento de establecer la inversión o bien durante su desarrollo.

160. En este trabajo hemos analizado los fundamentos jurídicos en los que los órganos arbitrales han basado sus decisiones ante las alegaciones de corrupción de alguna de las partes y los efectos jurídicos de su pronunciamiento. Las alegaciones de corrupción pueden producir efectos jurídicos en el plano sustantivo, es decir, sobre el cumplimiento de las obligaciones sustantivas contenidas en el tratado de inversión y la reparación que puede obtener el inversor derivada de un posible incumplimiento, o en el plano procesal, sobre la jurisdicción del CIADI para resolver la controversia.

¹⁸⁸ L.E. PETERSON, «Siemens waive rights under arbitral award against Argentina, follows company's belated corruption confessions», *IA Reporter*, publicado el 2 de septiembre de 2009. Disponible en <https://www.iareporter.com/>

¹⁸⁹ *Siemens A.G. c. República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/02/8), Laudo de 6 de febrero de 2007.

¹⁹⁰ Sobre el caso ante los tribunales estadounidenses, véase la noticia publicada en la web del Departamento de Justicia de Estados Unidos, «Former Siemens Executive Pleads Guilty To Role in \$100 Million Foreign Bribery Scheme», The United States Department of Justice, publicada el 15 de marzo de 2018, en <https://www.justice.gov/news>

161. En primer lugar, en el plano procesal, se observa que los Estados han alegado la implicación del inversor en actos de corrupción como estrategia defensiva frente a sus reclamaciones por incumplimiento de los tratados de inversión, planteando estos argumentos como una objeción a la jurisdicción del CIADI. En efecto, los APPRI suelen contener cláusulas que definen la inversión en las que se establece la condición de que esta se realice «de conformidad con la legislación del Estado huésped». El razonamiento jurídico aplicado por los órganos arbitrales en estos casos se basa en que siendo la corrupción un acto contrario a la legislación del Estado, no puede calificarse como una «inversión» a los efectos del APPRI y, por consiguiente, el Estado no ha prestado su consentimiento para arbitrar controversias derivadas de estos actos; por lo tanto, el órgano arbitral carece de competencia *ratione voluntatis*.

162. Esta estrategia procesal está siendo acogida por los órganos arbitrales, por lo que no se entra en el fondo del asunto, siendo el resultado favorable para el Estado. El éxito de estos casos genera la apariencia de que los Estados, que están también implicados en los actos de corrupción a través de sus agentes públicos, no reciben ninguna sanción por su participación en un acto que, según también la práctica arbitral estudiada, es contrario a cierto «orden público transnacional» y a los principios generales de buena fe y *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que deberían generar la responsabilidad internacional del Estado por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. El inversor, en cambio, parece sufrir la totalidad de las consecuencias jurídicas de su conducta incorrecta al ver rechazada su reclamación en la fase preliminar.

163. No obstante, los órganos arbitrales no han obviado completamente la conducta ilícita del Estado en estos casos, sino que empleando la discrecionalidad que les concede el Convenio CIADI sobre la distribución de las costas y gastos del proceso (art. 61.2 del Convenio CIADI), no han aplicado estrictamente la regla general basada en que «quien vence, paga». En todo caso, esta sanción nos parece insuficiente para lograr el objetivo último que perseguíamos en este trabajo, que era averiguar el grado de efectividad del arbitraje de inversiones para combatir la corrupción, ya que consideramos que esta suerte de sanción sobre los Estados no es suficientemente significativa para producir un efecto disuasorio frente a los beneficios que le reporta la inversión extranjera.

164. En el plano sustantivo, destacamos dos cuestiones; por un lado, los órganos arbitrales han apuntado que cuando los actos de corrupción se producen durante el desarrollo de la inversión, deben examinarse como una cuestión de fondo y pueden repercutir en la determinación de la reparación que merece el inversor por el daño sufrido a su inversión, como señaló el Tribunal en *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán*. Por otro lado, la corrupción se presenta como un acto contrario a la obligación de brindar un trato justo y equitativo al inversor, por lo que los inversores pueden alegar este incumplimiento si tienen conocimiento de que el Estado ha incurrido en un acto de corrupción, como en *EDF (Services) Limited c. Rumanía* o *RSM Production Corporation y otros c. Granada*.

165. Asimismo, los órganos arbitrales convergen en que la corrupción es una práctica contraria a cierto (e indefinido) «orden público transnacional», es decir, un orden público diferenciado del orden público de los Estados, y a algunos principios generales que subyacen a esta noción, como la buena fe, la prohibición de abuso del proceso y del abuso de derecho (que derivan del principio de buena fe) y al principio *ex turpi causa non oritur actio* que entendemos como una manifestación de la doctrina de las manos limpias y que precluye tanto la posibilidad de acudir al órgano de solución de controversias (protección procesal), como a la posibilidad de invocar los derechos sustantivos que prevé el tratado de inversión para reclamar una reparación (protección sustantiva).

166. En la fase de fondo, también se aprecia una tendencia más favorable al Estado que al inversor, en la medida en que, si se prueba la corrupción, el inversor no puede prevalerse de la protección del APPRI, como se observa en el *leading case World Duty Free c. Kenia*. Además, aunque el órgano arbitral intente compensar esta circunstancia teniendo en cuenta la conducta ilícita del Estado en la imposición de las costas y gastos, sigue siendo a nuestro juicio una consecuencia demasiado tenue que

contradice la especial gravedad con que los órganos arbitrales han calificado la corrupción y su contraposición a ese conjunto de valores y principios de la comunidad internacional que representa la noción del orden público transnacional.

167. Con independencia de quien haya formulado la alegación de corrupción y en qué fase del procedimiento se alegue, en los casos examinados encontramos dos dificultades importantes para que estas prosperen que, además, se agravan por la divergencia de criterios aplicados por los órganos arbitrales. Por un lado, la práctica de la prueba es una cuestión esencial en todo proceso para sostener los argumentos de cada parte y obtener un resultado favorable a sus pretensiones. La prueba de un acto de corrupción se presenta especialmente compleja, pues generalmente no se cuenta con prueba directa del hecho. Los órganos arbitrales han tratado de encontrar un equilibrio entre los diferentes estándares de prueba aplicables en los distintos sistemas jurídicos con el objetivo de llegar a la verdad sobre las afirmaciones de corrupción. La gravedad de estas alegaciones y de las consecuencias jurídicas que se derivan, en especial para el inversor, como hemos apuntado, conlleva un estándar de prueba exigente, pero, al mismo tiempo, se concilia con la valoración del tribunal tanto de pruebas directas como indirectas. Este esfuerzo por parte de algunos tribunales es positivo en aras de garantizar la justicia de la decisión.

168. Por otro lado, se presenta la dificultad de contar con los medios de prueba relevantes y pertinentes sobre los actos de corrupción en el momento procesal oportuno, pues en ocasiones estos medios de prueba se consiguen con posterioridad al cierre del procedimiento e incluso cuando ya se ha dictado el laudo. Por ello, en aras también de garantizar la buena administración de justicia, la normativa del CIADI prevé ciertos mecanismos procesales para poder corregir una decisión injusta. Estos mecanismos, a saber, la revisión y la anulación, principalmente, tienen un objetivo bien delimitado y están sometidos a causas tasadas, por ello, no es sencillo determinar cuál es el mecanismo adecuado y una elección errónea puede frustrar las pretensiones de justicia del reclamante, además de los costos adicionales que genera iniciar un nuevo procedimiento. En suma, ante el descubrimiento de pruebas nuevas que revelen actos de corrupción con posterioridad al laudo consideramos que el mecanismo de revisión es más efectivo, si bien la práctica arbitral se muestra ambigua a este respecto. Si las pruebas se descubrieran con anterioridad al laudo, es decir, estando todavía pendiente el procedimiento, siempre cabría solicitar al Tribunal su reapertura y la consideración de las nuevas pruebas, como ocurrió en *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán*.

169. En suma, en este trabajo hemos tratado de presentar los principales argumentos en los que inversores y Estados han apoyado sus alegaciones sobre actos de corrupción con el objetivo de averiguar los efectos jurídicos que producen en los procesos arbitrales ante el CIADI. Se observa, en general, que el arbitraje de inversiones favorece más al Estado que al inversor, estando ambos implicados en el acto corrupto. Esto indica que son necesarias más medidas encaminadas a garantizar que ambas partes no incurran en prácticas corruptas en los procesos de formalización de las inversiones internacionales o durante su desarrollo, posiblemente a través de la introducción de cláusulas específicas en los tratados y acuerdos de inversión, pero sobre todo en las acciones que los Estados emprendan a nivel interno para prevenir y sancionar a quienes incurran en estas prácticas. Valoramos positivamente que los órganos arbitrales hayan tenido en cuenta la conducta del Estado en la cuantificación del daño o en la imposición de costas y gastos en el proceso y, al mismo tiempo, la decisión de los órganos arbitrales de inadmitir las reclamaciones sobre inversiones marcadas por actos ilícitos también transmite el mensaje a los inversores de que se abstengan de incurrir en este tipo de prácticas, de lo contrario, ante un futuro problema con el Estado huésped pueden encontrarse ante la imposibilidad de reclamar en esta jurisdicción internacional.

170. En todo caso, hacemos hincapié en que son numerosas las cuestiones jurídicas que derivan de estos arbitrajes y de la corrupción y que merecen ser abordadas de manera exhaustiva y rigurosa para encontrar fórmulas que contribuyan a una mayor efectividad del arbitraje de inversión para combatir la corrupción.