

Universidad de Lima  
Escuela de Posgrado  
Maestría en Derecho Empresarial



**LA DOCTRINA DE LAS MANOS LIMPIAS O  
CLEAN HANDS EN EL ARBITRAJE DE  
INVERSIÓN: UNA HERRAMIENTA PARA  
COMBATIR LA CORRUPCIÓN Y SU  
APLICACIÓN A UNA DISPUTA PERUANA**

Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en  
Derecho Empresarial

**Marcial Giovanni Gutierrez Lucar  
20080468**

Asesor: Roberto Ricardo De Urioste Samanamud

Lima – Perú  
Octubre de 2021



**LA DOCTRINA DE LAS MANOS LIMPIAS O  
CLEAN HANDS EN EL ARBITRAJE DE  
INVERSIÓN: UNA HERRAMIENTA PARA  
COMBATIR LA CORRUPCIÓN Y SU  
APLICACIÓN A UNA DISPUTA PERUANA**

## TABLA DE CONTENIDO

<b>RESUMEN .....</b>	<b>VI</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>VII</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I: SISTEMA DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES.....</b>	<b>4</b>
1.1. Orígenes del Sistema de Protección de las Inversiones. ....	4
1.2. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI). ....	6
1.3. Tratados Bilaterales y Multilaterales de Inversión. ....	7
1.4. Reglas de arbitraje y de administración. ....	9
<b>CAPÍTULO II: EL ORIGEN DE LOS TÉRMINOS EQUITY Y MANOS LIMPIAS (CLEAN HANDS).....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO III: EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN: CONCEPTOS PREVIOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LAS MANOS LIMPIAS..</b>	<b>23</b>
3.1 Sobre la regulación para someter controversias al CIADI.....	23
3.2 Requisitos para acceder a la jurisdicción del CIADI. ....	24
3.2.1 Requisito Ratione Temporis: .....	24
3.2.2 Requisito Ratione Voluntatis: .....	25
3.2.3 Requisito rationae personae. ....	26
3.2.4 Requisito rationae materiae:.....	26
<b>CAPÍTULO IV: LA DOCTRINA DE LAS MANOS LIMPIAS Y SU APLICACIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN .....</b>	<b>30</b>
4.1 El planteamiento de la doctrina de las manos limpias en el arbitraje de inversión, como mecanismo de cuestionamiento de la competencia del tribunal arbitral. ....	30
4.2 Las implicancias de que la inversión debió ser ejecutada conforme a la normativa interna del Estado anfitrión. ....	31

4.3	La denegación de jurisdicción en aplicación de la doctrina de las manos limpias, así como sus repercusiones en la emisión de un laudo que resuelve la controversia.....	33
4.4	Las defensas que podrá emplear el inversionista ante la invocación de la doctrina de las manos limpias. ....	39
4.5	Estándar probatorio sobre la corrupción y en pedido de aplicación de la doctrina de las manos limpias en el arbitraje de inversión.....	40
<b>CAPÍTULO V: CONTROVERSIA ENTRE OLI Y LA REPÚBLICA DEL PERÚ ANTE EL CIADI .....</b>		<b>43</b>
5.1	Antecedentes del Gasoducto del Sur Peruano (GSP).....	43
5.2	Sobre la aplicación de la doctrina de manos limpias a la disputa entre la República del Perú y OLI: .....	44
5.2.1	Sobre la asunción de responsabilidad penal por parte de Odebrecht. ....	44
5.2.2	Tratado bilateral de inversión suscrito entre la República del Perú y la Unión Económica Belgo – Luxemburguesa. ....	45
5.2.3	Actuaciones adoptadas por la República del Perú para combatir la corrupción vinculada al conglomerado económico Odebrecht. ....	46
<b>CONCLUSIONES .....</b>		<b>48</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>		<b>51</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>		<b>53</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>		<b>54</b>

## **RESUMEN**

La presente investigación tiene por finalidad analizar el origen, desarrollo y actual aplicación de la doctrina de las manos limpias en el arbitraje de inversión, así como las repercusiones que esta pueda tener en una controversia internacional de inversión entre el Estado Peruano y la empresa Odebrecht Latinvest, la que se encuentra vinculada con la empresa Odebrecht Brasil. Asimismo, plantearemos propuestas de mejoras a tomar en consideración para la suscripción de futuros tratados internacionales de inversión, generando garantías para la aplicación de la doctrina de las manos limpias o de la lógica existente mediante dicha institución.

### **Palabras clave:**

Inversión – corrupción – arbitraje – Estado – competencia arbitral

## **ABSTRACT**

The purpose of this research is to analyze the origine, development and current aplication of the Clean Hands doctrine in investment arbitration, as well as repercussions this doctrine would generate on an international dispute amongst the Peruvian State and the company Odebrecht Latinvest, which is vinculated to the company Odebrecht Brasil. Likewise, we will propose improvement proposals to be taken into consideration for the singning of future international investment treaties, generating guarantees for the application of the Clean Hands doctrine or the existing logic through said institution.

**Key words:**

Investment – corruption – arbitration – State – arbitral jurisdiction



# INTRODUCCIÓN

*“No hay peor tiranía que la que se ejerce a la sombra de las leyes y bajo el calor de la justicia.”*

Charles Louis de Secondat – Barón de Montesquieu

Hace poco más de 5 años se destapó un escándalo de corrupción que vinculaba a una importante empresa brasilera, Odebrecht, a quien se le imputó haber sobornado a autoridades estatales de diversos países latinoamericanos. Ello, con la finalidad de que obtengan la adjudicación de determinados proyectos de construcción, prefiriéndosele de manera indebida por encima de los demás postores.

En el caso de la República del Perú, como parte de las investigaciones penales que se dieron a nivel internacional, en enero de 2018, se contó con la declaración de uno de los principales ejecutivos de Odebrecht, quien reconoció haber cometido actos de soborno en complicidad con autoridades de todo rango jerárquico en la estructura administrativa de nuestro país, a fin de asegurarse la adjudicación de diversos proyectos de infraestructura, entre los que se encontraron la vía evitamiento de Cusco, la construcción de la vía Costa Verde tramo Callao, los tramos I y II de la Línea 1 del Metro de Lima, entre otros.

El ejecutivo de Odebrecht complementó sus declaraciones señalando que, posteriormente a la adjudicación de los proyectos, habían diseñado un mecanismo para asegurar la variación de los precios originalmente pactados mediante los contratos de concesión celebrados con el Perú. Este consistía en someter a arbitraje las controversias generadas respecto a los supuestos sobrecostos por la ejecución de los proyectos, asegurándose previamente que los tribunales arbitrales nacionales emitirían un pronunciamiento a su favor. A fin de garantizarse el éxito en los arbitrajes en cuestión, Odebrecht habría estructurado un esquema por el cual influenciaba en este sistema de impartición de justicia privado, otorgando “liberalidades” o “incentivos” a favor de algunos o todos los integrantes de los tribunales arbitrales.



Los actos descritos en los párrafos anteriores, actualmente, se encuentran bajo investigación por el Ministerio Público del Perú, con la finalidad de imputar responsabilidad a los funcionarios peruanos que estuvieron involucrados en este sistema de corrupción. Como parte de dicho procedimiento, en febrero de 2019, el Ministerio Público del Perú – Equipo Especial Lava Jato –, la Procuraduría *Ad Hoc* – representante del Estado Peruano para el cobro de las reparaciones civiles – y Odebrecht, firmaron un acuerdo de colaboración eficaz.

El acuerdo suscrito entre el Perú y Odebrecht permite que el primero de estos acceda a la información necesaria vinculada con las coimas pagadas por Odebrecht a las autoridades peruanas, concediendo medios para determinar la responsabilidad penal que debe asumir cada uno de ellos. Por otro lado, Odebrecht asumió la responsabilidad de pagar una reparación civil en el período de 15 años, se le permitió continuar prestando servicios en el Perú y, finalmente, se le eximiría de responsabilidad penal por los delitos cometidos en el Estado Peruano.

Pese a la relación de colaboración generada entre el Estado Peruano y Odebrecht, sorprendentemente para muchos, en febrero de 2020, se dio a conocer de manera pública que Odebrecht Latinvest S.á.r.l. (OLI) – una empresa conformada por capitales de Odebrecht – inició un arbitraje contra el Estado Peruano ante el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI, imputando principalmente que no se habrían respetado los estándares internacionales para proteger su inversión, la que se refería al proyecto del Gasoducto Sur Peruano (GSP).

Ante la situación descrita, la prensa peruana entrevistó al procurador peruano *Ad Hoc* del caso Lava Jato, el señor Jorge Ramírez, quien emitió la siguiente opinión sobre las probabilidades de éxito respecto de OLI en el arbitraje iniciado contra al Estado Peruano:

Esa demanda es una pretensión que va a seguir el camino del fracaso, porque ellos han admitido corrupción en el caso Gasoducto, tienen un acta de culpabilidad firmada. [...] Son todo un cúmulo de pruebas que va a servir para que el Estado tenga una posición sólida en su defensa ante el CIADI. Además, no olvidemos que hay un precedente. En el caso peruano tenemos uno bien controvertido que es el caso Lucchetti que el Estado ganó y porque existe la doctrina de las manos limpias. Tienen que haber evidencias de corrupción, no se

piden sentencias. (Jorge Ramírez: denuncia de Odebrecht ante el CIADI “va a seguir el camino al fracaso, 2020”).

El marco planteado generó nuestro interés por comprender los alcances de las aseveraciones realizadas por el procurador peruano, el señor Jorge Ramírez, respecto de la aplicación de la doctrina de las manos limpias o *clean hands* al arbitraje de inversión iniciado por OLI contra el Estado Peruano. Para ello, consideramos necesario tomar en cuenta los alcances de la institución inglesa del *equity*, de donde se origina la doctrina bajo comentario, así como las figuras jurídicas vinculadas que provienen de la rama romano-germánica; los pronunciamientos emitidos por tribunales arbitrales internacionales en casos similares en materia de inversión; la regulación internacional actual y, finalmente, plantear las conclusiones y recomendaciones que estimemos sean de utilidad para la doctrina, para la resolución del caso que nos interesa y para quienes se encuentran interesados en esta rama del derecho.

# CAPÍTULO I: SISTEMA DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

La presente sección cumplirá una finalidad introductoria, por la cual analizaremos los aspectos generales vinculados con el sistema de protección de inversiones, delimitando el sistema jurídico en el que será desarrollada la presente investigación, al igual que su importancia para el ámbito jurídico de las inversiones realizadas por sujetos de diversas nacionales.

## **1.1. Orígenes del Sistema de Protección de las Inversiones.**

El primer punto a tomar en cuenta es que el Sistema de Protección de las Inversiones se origina, principalmente, con posterioridad a la culminación de la Segunda Guerra Mundial, mediante diversos medios jurídicos, entre los que encontraremos a los tratados multilaterales o bilaterales entre Estados.

En una primera etapa vinculada con la protección de las inversiones, advertimos que los intereses de cada uno de los estados que formaban parte de un tratado bilateral o multilateral. Los que pueden ser agrupados entre los intereses de los países desarrollados o los exportadores de capital y, por otro lado, los países en vía de desarrollo que fueron conocidos como los importadores de capital. No cabe duda de que existe una clara contraposición de intereses, dado que los países exportadores de capital buscaban herramientas jurídicas que protejan sus inversiones, mientras que los países importadores de capitales estaban interesados en recibir el capital extranjero, pero sin que ello implique un perjuicio respecto de sus derechos soberanos.

En el contexto histórico en cuestión, se generaron negociaciones entre Estados que contaban con el mismo nivel desarrollo económico, generándose tratados internacionales entre pares en igualdad de condiciones, como los de la Comunidad Europea, el de la Unidad Económica Árabe de 1957, el Mercado Común Andino de 1969 y el Mercado Común del Caribe de 1973, siendo estos unos clásicos ejemplos cuyo principal objetivo fue la protección de la inversión bajo un esquema cerrado, siendo uno de los antecedentes del sistema proteccionista contemporáneo.

En contraposición, en relación con las relaciones comerciales entre Estados de distinto nivel de desarrollo económico, comenzaron a celebrarse tratados internacionales de Amistad, Comercio y Navegación que originalmente fueron suscritos por los Estados Unidos de América con pequeños Estados y, posteriormente, entre países europeos. En estos casos, las partes comenzaron a regular el derecho a la propiedad, con el ánimo de proteger a los inversionistas en los países perceptores de la inversión, concediendo beneficios como la indemnización justa, pronta y eficaz ante un supuesto de expropiación.

Un detalle interesante de los tratados internacionales de Amistad, Comercio y Navegación era que, en relación a las disposiciones de protección al derecho a la propiedad, también mencionaban al conocido – en materia de inversión – trato justo y equitativo, siendo uno de los principales antecedentes a la regulación amplia que será encontrada en los actuales tratados bilaterales o multilaterales de inversión.

Las situaciones descritas respecto a las herramientas de la protección extranjera comenzaron un proceso de cambio a partir de la década de 1980, como consecuencia de la crisis económica mundial que acaecía en dicho momento, generando que los países en vías de desarrollo requieran de inversiones y créditos, los que solo podían ser obtenidos mediante la apertura al mercado internacional y, claro está, garantizando a los inversionistas que su patrimonio no correría ningún riesgo al ingresar a lo que denominaremos como Estado receptor de tales capitales.

Es así como, a partir de la década de 1980 comienzan a suscribirse una gran cantidad de tratados bilaterales o multilaterales de inversión, por los que devinieron en comunes los estándares de protección como el del trato justo y equitativo, así como el del trato nacional y el de la nación más favorecida. La importancia de estos documentos internacionales, en el ámbito de la inversión interestatal, será explicada más adelante en la presente sección.

En el marco expuesto, adicionalmente a los estándares de protección concedidos a los inversionistas, también era necesario que se regule un mecanismo adecuado para la resolución de conflictos que pudiesen suscitarse, motivo por el que se les otorgó la facultad para entablar demandas directamente contra el Estado receptor de la inversión, encontrándose legitimados mediante una cláusula de arbitraje, la que también es conocida

como una oferta abierta para litigar contra el Estado en cuestión ante foros o cortes internacionales.

## **1.2 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI).**

Es importante anotar que, antes de la creación del Convenio CIADI, cuando existía alguna controversia respecto de la violación a la inversión de un extranjero en el Estado receptor, la única medida que podía adoptar el inversionista – a fin de excluirse de la competencia de los tribunales nacionales del Estado receptor – era solicitar al Estado de origen del inversionista que formule una reclamación internacionalmente contra el Estado receptor, imputándole la comisión de una ilegalidad. Así, no era posible que el inversionista formule una reclamación directa contra el Estado receptor, encontrándonos ante una limitación para que los inversionistas ejerzan directamente las medidas legales para tutelar sus intereses.

Tomando en cuenta la complejidad para que los inversionistas formulen sus reclamaciones ante los Estados receptores, el Banco Mundial planteó una iniciativa multilateral para que los Estados suscriban un tratado internacional, con el objetivo de facilitar no solo que el inversionista formule reclamaciones contra el Estado receptor de la inversión, sino que dicho Estado también pueda demandar al inversionista si no respetase sus obligaciones en el marco de la inversión.

Es así como el 14 de octubre de 1966, la referida iniciativa del Banco Mundial entra en vigencia, a través del denominado Convenio CIADI, también conocido como el Convenio de Washington, por el que se crea un mecanismo compuesto por una corte internacional de arbitraje que administra casos de arbitraje entre inversionistas y Estados. Ello se encuentra respaldado por lo dispuesto en el artículo 25° del Convenio CIADI, por el que se determina la jurisdicción del centro de arbitraje o CIADI:

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(El subrayado es nuestro)

Complementariamente, dado que el Convenio CIADI es de auto contenido, y tiene por finalidad desvincularse de cualquier otra competencia, los únicos medios impugnativos que pueden ser planteados contra el laudo son los de aclaración, revisión y anulación, los que están regulados en los artículos 50°, 51° y 52° del Convenio CIADI. Asimismo, uno de los beneficios del Convenio CIADI es que el laudo emitido en este circuito se entiende como un pronunciamiento firme y como si hubiese sido expedido por un tribunal nacional del Estado donde será ejecutado, tal como lo prevé su artículo 54°, por lo que no es necesario seguir algún procedimiento adicional para su reconocimiento, como un exequátur.

Actualmente, el Convenio CIADI ha sido firmado por 163 Estados, mientras que 155 de estos han realizado el depósito del instrumento de ratificación, por lo que les resulta aplicable los términos del referido tratado internacional (Banco Mundial, 2021).

### **1.3 Tratados Bilaterales y Multilaterales de Inversión.**

Como lo hemos mencionado, posteriormente a la Segunda Guerra Mundial, lo que comprende también la duración de la conocida Guerra Fría, hubo una clara confrontación entre los países “desarrollados” y los que se encontraban en “vías de desarrollo”. Ello se debió a que estos últimos manifestaron un claro sentimiento de nacionalismo, por lo que buscaron erradicar las inversiones extranjeras, las que en muchos casos habían sido realizadas por nacionales de los Estados que originalmente los colonizaron.

Las conductas descritas generaron el inicio de una discusión: ¿cuál es la protección que tienen las inversiones extranjeras por parte del derecho internacional? Era claro que la confrontación se mantendría en ambos polos. Los inversionistas buscaban la tutela de sus activos, al amparo de la protección diplomática. Mientras que los otros Estados alegaban que correspondía la nacionalización de aquellas actividades que consideraban como prioritarias y, por dicho motivo, no podían estar en manos de extranjeros (González de Cossío, 2006).

Podemos afirmar que estas circunstancias fueron el origen del derecho internacional en materia de inversión extranjera, llevando a los Estados a conciliaciones y asentando un claro esfuerzo por extender la protección diplomática a los activos del extranjero e identificar la responsabilidad de los Estados por los daños que generaría de afectar a sus inversionistas foráneos.

Es así como los esfuerzos de los actores internacionales – entre ellos el Banco Mundial – generaron la creación de un régimen jurídico de protección regulado mediante los tratados bilaterales de inversión (TBI) suscritos entre los Estados intervinientes.

La finalidad de estos tratados es el otorgamiento, al inversionista extranjero, de estándares mínimos de protección como (Reinisch, 2008):

- (i) El trato justo y equitativo al inversionista a fin de evitar arbitrariedades respecto de la inversión, lo que se complementa con la prohibición a la discriminación en razón de nacionalidad;
- (ii) La prohibición de confiscación de la inversión, lo que no implica la prohibición de expropiación siempre que aquella obedezca a un interés objetivo, verificable, no discriminatorio y que sirva al interés público, seguida de una compensación justa; y
- (iii) El deber de brindar a la inversión seguridades plenas que no la frustren injustamente.

Habiendo establecido un marco internacional de actuación, el primer TBI fue el celebrado entre la República Federal Alemania y Pakistán en 1959 (Henkin, Crawford y Schachter, 1993) y, a la fecha, se han suscrito miles de estos. Con la finalidad de promover la inversión extranjera y ofrecer mayor seguridad jurídica, reduciendo el riesgo que corresponde a la incursión económica en un mercado distinto al nacional.

Asimismo, para acceder a los beneficios del Convenio CIADI no solo es necesario la suscripción de un TBI entre 2 o más Estados sino que, además, por el mismo documento se haya determinado que las controversias vinculadas a la inversión realizada al amparo de su cuerpo normativo serán sometidos a la referida jurisdicción internacional, lo que debe ser realizado de manera clara e indubitable. Claro está, dicha cláusula arbitral surtirá efectos respecto de los Estados e inversionistas siempre y cuando los Estados involucrados en la controversia hayan suscrito el Convenio CIADI. Es decir, no es suficiente que los Estados vinculados con el TBI declaren que se someterán a la jurisdicción del CIADI sino que, además, deben ser parte del Convenio CIADI.

#### **1.4 Reglas de arbitraje y de administración.**

El Convenio CIADI generó la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI, institución que cuenta con regulaciones respecto de los siguientes procedimientos:

- (i) Reglamento administrativo y financiero.
- (ii) Reglas procesales aplicables a la iniciación de los procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación).
- (iii) Reglas procesales aplicables a los procedimientos de Conciliación (Reglas de Conciliación).
- (iv) Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje (Reglas de Arbitraje).

Es importante precisar que con la suscripción de los TBI no solo se pactan que las controversias entre los Estados y los inversionistas sean resueltas por el CIADI, sino que también pueden ser empleadas otras alternativas como la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), donde se aplican disposiciones procedimentales específicas. Asimismo, también es posible que las controversias sean resueltas mediante tribunales Ad Hoc, empleando las reglas procedimentales de la Cámara de Comercio Internacional de Arbitraje (CCI) y de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

Contando con claridad sobre el origen y el acceso al sistema de justicia principalmente vinculado al CIADI, procederemos a analizar las instituciones jurídicas que deben ser tomadas en cuenta para invocar la aplicación de la doctrina de las manos limpias o *clean hands* en las controversias internacionales en materia de inversión.



## CAPÍTULO II: EL ORIGEN DE LOS TÉRMINOS EQUITY Y MANOS LIMPIAS (CLEAN HANDS)

El término *equity* - o equidad – no es un concepto del derecho contemporáneo, sino que se remonta a la Grecia antigua, como resultado de uno de los tantos cuestionamientos formulados por Aristóteles al sistema de justicia (sin fecha), quien señaló lo siguiente:

Porque, lo equitativo si bien es mejor que una cierta clase de justicia, es justo, y no es mejor que lo justo, como si se tratara de otro género. Así, lo justo y lo equitativo son lo mismo, y aunque ambos son buenos, es mejor lo equitativo. Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal.

En primer lugar, el autor griego señaló que la aplicación de las disposiciones legales – las mismas que son universales – generan justicia; sin embargo, existirán supuestos que se encontraban fuera de los alcances de la justicia legal. Así, en este segundo escenario, la equidad o lo equitativo jugarán un rol importante, dado que mediante estas herramientas se subsanará el error omisivo ocasionado por el ordenamiento normativo. Alcanzando la impartición de un tipo distinto de justicia, pero justicia al fin de cuentas.

El término del equity o equidad reaparecería siglos después cuando era aplicado en el Reino Unido de Gran Bretaña, país en el que, si bien impera el sistema del *common law*, el equity se abrió paso en un régimen paralelo al del *law*, contraviniendo el que la herramienta para solucionar las controversias, en sí, eran las leyes. Como era de esperarse, y en una clara contraposición, el equity buscaba que a las disputas se aplique una solución equitativa, por lo que el elemento predominante era la discreción de quien resolviese. Esta situación era contraria a la estricta y clara aplicación de la ley, pese a

ello, contaba con un respaldo constante en la historia jurídica anglosajona (Le Moullec, 2018).

Así, cuando nos referimos al equity no lo debemos entender desde la perspectiva romano-germánica en la que se le identifica como “justicia”, sino desde la anglosajona en la que es identificada como un sistema jurisdiccional en sí mismo, el que tiene origen en la discrecionalidad de los magistrados y los árbitros cuando emiten un pronunciamiento para solucionar controversias jurídicas, apartándose de lo ya dispuesto normativamente (Falcón y Tela, 2005).

Consideramos pertinente realizar una referencia histórica, a fin de que entendamos cómo el equity se constituye como un sistema de justicia en el derecho anglosajón (Falcón y Tela, 2005):

- (i) **De 1066 a 1307:** Debe considerarse como el período de origen y formación del common law, sin ser posible hablar del equity como un sistema de justicia. Sin embargo, nos permite entender cómo se originó debido a una limitación impuesta en términos reales, por mandato de la realeza.

Durante dicho período primaba el *King's writ* o también entendido como ‘mandamiento, provisión, orden o decreto’, los que eran emitidos por el rey y que posteriormente pasaron a denominarse como los mandamientos de los jueces, quienes solucionaban las controversias.

En esas circunstancias, el Canciller – quien actuaba en representación del rey – analizaba cada caso para determinar si los *writs* debían ser otorgados a favor de los solicitantes, atribuyéndose la facultad de emitir nuevos, adecuados a cada caso en concreto. Así, ante la posibilidad de que los demás nobles pierdan poder, dado que se estaba generalizando la asistencia a la jurisdicción del rey, se firmaron las Provisiones de Oxford de 1258, con la finalidad de que el Canciller no pueda emitir nuevos writs sin la autorización del rey y su consejo, situación confirmada por el capítulo 24 del II Estatuto de Westminster de 1258, por el que ampliaron los requisitos, incorporando que sea necesario que también se cuente con la autorización del Parlamento.

- (ii) **De 1307 a 1485:** Dado que la Cancillería no podía generar nuevos writs, se la ideó para promover un nuevo poder jurisdiccional, distinto al del sistema del common law. Debemos recordar que el Canciller se desempeñaba como el primer ministro del rey, por lo que podía solucionar las solicitudes de los particulares, pero ya no resolviendo en aplicación o concesorio de los writs sino de su equidad o equity, otorgando nuevos derechos distintos a los writs.

De esta manera se generó el Tribunal de la Cancillería (*Court of Chancery*), en la que se aplicaba una equidad o equity en el nombre de consideraciones morales y de conciencia, bajo los parámetros de la buena conciencia – *good conscience* –, buena fe – *good faith* – o buena razón – *good reason* –. Debemos precisar que, en ese entonces, quienes ocupaban el puesto de Canciller eran los miembros de la iglesia, lo que cambiaría posteriormente.

- (iii) **De 1485 a 1672:** A lo largo de este período el cargo de Canciller ya no era desempeñado por un eclesiástico como se acostumbraba, sino por personalidades vinculadas con el mundo del derecho, es decir, por abogados. Esta situación generó que el sistema del equity se torne en uno jurídico, por lo que ya no se emitían pronunciamientos sobre la conciencia del canciller, sino aplicando las que se denominarían como las *rules of equity*.

Si bien el sistema del equity se solidificó en comparación al de los Tribunales del Common Law, no debe perderse de vista que las facultades del primero de estos provenían del poder del rey. Por ello, cuando inicia el período de la *Commonwealth*, suprimiendo la monarquía y estableciéndose un régimen republicano, ello implicó un golpe a la Cancillería dado que se vio despojada de todas sus facultades.

Con la posterior restitución de la monarquía mediante la dinastía Estuardo, también se restablece la estructura institucional, así como el retorno del Tribunal de la Cancillería y, como consecuencia de ello, el sistema del equity, el que retornó con mayor autodeterminación y fortaleza.

- (iv) **De 1673 a 1683 (Lord Nottingham):** En esta época se generan las principales reformas al sistema de administración de justicia inglés; así como el de la sistematización de las reglas del equity. Como parte de este proceso es que Lord

Hardwicke (Canciller desde 1737 a 1760), incorporó la regla de que las decisiones del Tribunal de Cancillería se basaban en principios provenientes de las decisiones anteriores – *rule of precedent* –.

Aunado a lo expuesto, las decisiones adoptadas por el Tribunal de Cancillería comenzaron a ser publicadas a través de las colecciones de *Reports*, promoviendo que sean conocidos por todos. Por otro lado, debido a la alta demanda para acudir al sistema del equity, se registraron los primeros retrasos en este sistema de impartición de justicia, los que trataron de ser reducidos mediante la creación de la vicecancillería, que inició como un tribunal unipersonal para transformarse en uno constituido por cuatro magistrados – el *Master of Rolls* y los tres vicecancilleres –.

- (v) **De 1873 a 1875:** En este último período inicia un procedimiento de reforma del sistema de justicia inglés, mediante la suscripción de los *Judicature Acts* de 1873 y 1875, por los que se simplificó la tramitación ante las cortes del Common Law y del Equity, pero respetando la existencia de ambos sistemas en paralelo. Estos acuerdos son de utilidad para consolidar el reconocimiento del sistema del equity y entendiendo que no depende del law como norma imperativa y positiva, sino del criterio de quien imparte justicia.

Como parte del desarrollo del equity y al ser parte de un sistema de justicia, fueron emitidas una relación de máximas o *rules of equity*, desde un intento doctrinal no exhaustivo para identificar una serie de reglas generales aplicables por los Tribunales de la Cancillería durante su máxima etapa de extensión, identificando las siguientes (Falcón y Tella, 98-99):

- (i) “*Equity will not suffer a wrong to be without a remedy*”: El *equity* no tolera agravio sin reparación.
- (ii) “*Equity follows the law*”: El *equity* sigue a la ley.

- (iii) “*Where there is equal equity, the law shall prevail*”. Cuando el *equity* favorece por igual a las dos partes, se confía la colusión del conflicto al Derecho estricto.
- (iv) “*Where the equities are equal, the first in time shall prevail*”: Cuando el *equity* favorece por igual a las dos partes, debe prevalecer el derecho de quien es anterior en el tiempo.
- (v) “*He who seeks equity must do equity*”: El que busca *equity* debe proceder con *equity*.
- (vi) “*He who comes into equity must come with clean hands*”: **El que acude a la jurisdicción de *equity* debe tener las manos limpias.**
- (vii) “*Delay defeats equities*”: La dejadez perjudica a la *equity*.
- (viii) “*Equality is equity*”: La igualdad es sinónimo de *equity*.
- (ix) “*Equity looks to the intent rather than to be form*”: La *equity* mira a la intención más que a la forma.
- (x) “*Equity looks on that as done which ought to be done*”: La *equity* considera realizado lo que debería ser realizado.
- (xi) “*Equity imputes an intention to fulfil an obligation*”: La *equity* presume siempre la intención de cumplir la obligación.
- (xii) “*Equity acts ‘in personam’*”: La *equity* actúa ‘in personam’.

Así, entre las máximas del *equity* encontramos uno de los principios más importantes y el que resulta ser la herramienta para la presente investigación, y es el de *clean hands* o manos limpias, el mismo que se sustenta en la sexta máxima, cuya cita reiteramos: “*he who comes to equity must come with clean hands* – El que acude a la jurisdicción de *equity* debe hacerlo con las manos limpias. Cabe resaltar que este

concepto también se encuentra recogido en instituciones latinas propias del sistema romano-germánico: *Ex turpi causa non oritur actio* y *nullus commodum capere potest de sua iniuria propria*.

En lo que respecta a la aplicación del principio bajo comentario, este operaba como una defensa planteada por el demandado, a fin de que la Corte del equity no permita que el demandante acceda a su jurisdicción, dado que cometió una conducta impropia en contra de su contraparte, en algún tipo de forma (Annenson, 2017). Así, de acreditarse la situación bajo comentario, el demandante no sería elegible para acceder a los beneficios que otorgaba el sistema del equity y, claro está, debía remitirse a las Cortes del Common Law.

Conforme al decurso del tiempo la doctrina de las manos limpias o clean hands fue ganando adeptos y siendo asimilada por sistemas judiciales, como el norteamericano. Ello, con la finalidad de proteger la integridad del aparato de impartición de justicia “*porque permitir que un demandante con manos sucias se recupere en una acción genera dudas sobre la justicia que brinda el sistema judicial*” (Traducción libre) (Sentencia emitida el 20 de agosto de 1947, Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Cuarto Circuito).

Así como el principio del clean hands devino en aplicable en las cortes jurisdiccionales a nivel internacional, lo mismo ocurrió con los tribunales arbitrales que iniciaron sus actividades en la resolución de disputas en materia de inversión. Sin embargo, dado que no existe unanimidad en los criterios aplicables para determinar su real contenido, se puede concluir que dicho concepto jurídico se encuentra actualmente en construcción, tal como lo demostraremos en los siguientes párrafos.

En primer lugar, debemos tener presente que en durante el siglo XX la doctrina identificó al clean hands como parte del derecho internacional (Fitzmaurice, 1957), definiéndolo como:

El que acude a la jurisdicción del equity debe tener las manos limpias. Así, un Estado culpable de una conducta ilegal puede ser privado de la locus standi en juicio necesaria para cuestionar las conductas ilegales de otros Estados, especialmente si fueron adoptadas o emprendidas como consecuencia para

contrarrestar su propia ilegalidad – en corto porque fueron provocados por ella.  
(p. 119)

(Traducción libre)

El concepto de clean hands no solo tiene un origen en el derecho anglosajón, como lo hemos expuesto previamente, sino que también cuenta con respaldo en el derecho continental, específicamente, en el romano-germánico, en el que encontramos las siguientes premisas: “*ex delicto non oritur actio*” – un acto ilegal no puede servir de base a una acción judicial, “*ex turpi causa non oritur*” – una acción no puede surgir de una reclamación deshonrosa y “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” no se puede alegar el propio error.

Es importante reiterar que el principio bajo comentario no contaría, para algunos tribunales, con respaldo en tratados internacionales ni normas nacionales, sino que provendría exclusivamente de los principios generales del derecho. Ello se vería expuesto en el laudo emitido por la Corte Permanente de Arbitraje, el 17 de setiembre de 2017, en el arbitraje seguido por Guyana c. Suriname:

418. La doctrina del clean hands, en la medida en que ha sido adoptada por cortes y tribunales internacionales, no se aplica al presente caso. No se ha elaborado en el derecho internacional una definición generalmente aceptada de la doctrina del clean hands. De hecho, en los Comentarios al Borrador de Artículos de la International Law Commission sobre Responsabilidad del Estado, se reconoce que raras veces y, cuando se ha invocado, su expresión se ha presentado de muchas formas. La Corte Internacional de Justicia en numerosas ocasiones se negó a considerar la aplicación de la doctrina, y nunca se ha basado en ella para rechazar la admisión de una reclamación o recuperación. Sin embargo, se puede encontrar cierto apoyo a la doctrina en opiniones disidentes.

(Traducción libre)

Si retornamos a la historia de las controversias internacionales en materia de inversión, advertimos que la primera vez en la que se hizo referencia implícita a las máximas del equity en una decisión jurisprudencial, es la emitida por la Corte Permanente

de Justicia, el 28 de junio de 1937, en el caso de *Diversion of Water from the Meuse*, mas no en el pronunciamiento decisorio sino en uno de los pronunciamientos disidentes. Sin embargo, ello es de utilidad para advertir que en el derecho internacional no existía – ni existe – claridad respecto a si procede la aplicación de las máximas del equity o si solo deben ser tomados como referencia para evaluar la conducta de las partes contractuales en materia de inversión.

Por su parte, en relación al arbitraje comercial internacional, no existen muchas fuentes a las que referirnos sobre la aplicación del clean hands, dado que son procedimientos privados, pero se cuenta con el caso CCIN° 1110, laudo emitido en 1963, fue establecido lo siguiente:

Finalmente, no se puede negar que existe un principio general del derecho según el cual los contratos que violen gravemente las buenas costumbres o el orden público internacional son inválidos o al menos inaplicables y que no puede ser sancionados por tribunales o árbitros (...) Este principio es especialmente apto para ser usado ante tribunales arbitrales que carecen de foro en el sentido ordinario del término.

(Traducción libre)

Como se advierte de la cita realizada, para este tribunal arbitral internacional, es procedente la aplicación del clean hands – aunque no lo llamen así – cuando no existiese una norma aplicable al fondo de la controversia, dado que la legislación específica debería contener la regulación suficiente para limitar pronunciamientos respecto a conductas de corrupción.

En arbitraje de inversión la noción tuvo desarrollo en diferentes pronunciamientos, uno de ellos es el emitido en el arbitraje seguido entre Inceysa c. Salvador, CIADI, laudo emitido el 2 de agosto de 2006:

*240. Este Tribunal resuelve, además, que la inversión realizada por Inceysa viola el principio Nemo Auditar Propiam Turpitudinem Allegans y que se ha enunciado en español como que **nadie puede beneficiarse de su propia torpeza***



*o dolo. En relación con este principio, existen diversas máximas que, resultan claramente aplicables al caso que nos ocupa:*

- a) *"Ex dolo malo non oritur actio" (ningún derecho a accionar puede tener su origen en el dolo).*
- b) *"Malitis nos est indulgendum" (ante la conducta maliciosa no debe haber indulgencia).*
- c) *"Dolos suos neminem relevat" (a nadie se le exonera de su propio dolo).*
- d) *"In universum autum haec in ea re regula sequenda est, ut dolos omnimodo puniatur" (de modo general ha de observarse la regla de que el dolo será castigado en todo caso).*
- e) *"Unusquisque doli sui poenam sufferat" (cada uno debe soportar la pena por su propio dolo).*
- f) *"Nemini dolos suos prodesse debet" (nadie debe aprovecharse de su propio dolo)."*

(Traducción libre)

En este caso el tribunal arbitral concluyó que el inversionista había contravenido diversos principios legales provenientes del TBI aplicable, por lo que no podía beneficiarse de su propia torpeza o dolo para formular una reclamación en la vía arbitral. Así, advertimos que, subliminalmente, el laudo reconoce la existencia del principio de clean hands pero bajo la invocación de uno de sus primos hermanos romano-germánico, en términos coloquiales.

También contamos con el pronunciamiento emitido en el arbitraje seguido por Plama c. Bulgaria, CIADI, laudo emitido el 27 de agosto de 2008, en el que, si bien no se sustenta en un TBI, es un pronunciamiento vinculado al Tratado sobre la Carta de la Energía, en el que fue determinado lo siguiente:

143. Demandante, en el presente caso, está requiriendo al Tribunal que conceda a su inversión en Bulgaria las protecciones proveídas por el TCE. Sin embargo, el Tribunal ha decidido que la inversión fue obtenida por una conducta engañosa que viola la legislación búlgara. El Tribunal tiene el punto de vista que conceder las protecciones del TCE a la inversión del demandante podría ser contrario con el principio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* invocado antes. Eso sería también contrario con la noción básica de la política pública internacional – que un contrato obtenido por un ilícito (falsa declaración) no debe ser ejecutado por un tribunal.

144. En consideración con lo anterior y a la luz de la defensa *ex turpi causa*, este Tribunal no puede conferir su respaldo al requerimiento del demandante y no puede, por tanto, conceder las sustanciales protecciones del TCE.

(Traducción libre)

En el presente caso, si bien se señala que el inversionista procedió conforme a una conducta engañosa, la desestimación de la pretensión se sustenta en la aplicación del principio *nemo auditur propiam iurtudinem allegans*. Si bien no se hace una expresa referencia al principio del *clean hands*, nuevamente nos encontramos a que un pronunciamiento se sustenta en otro de sus primos hermanos del derecho romano-germánico.

La doctrina, así como las autoridades arbitrales mantienen un claro debate respecto a la aplicación del *clean hands*, lo que se ve de manifiesto en el caso de *Yukos Universal Limited c. Federación Rusa, CPA*, laudo emitido el 18 de julio de 2014, por el que fue dispuesto:

1362. Sin embargo, como los demandantes señalaron, a pesar de lo que aparentemente ha sido una extensiva revisión de jurisprudencia, el demandado ha sido incapaz de citar una sola decisión en mayoría donde una corte internacional o tribunal arbitral haya aplicado el principio del *unclean hands* en una disputa entre Estados o Inversor-Estado y concluya que, como principio del derecho internacional, opere como un obstáculo para la reclamación.

1363. El Tribunal por consiguiente concluye que “unclean hands” no existe como un principio general del derecho internacional que operaría como un obstáculo a la reclamación de un inversor, como los demandantes en este caso.”

(Traducción libre)

Como se aprecia del laudo bajo comentario, para el tribunal arbitral a cargo de resolver esta controversia, la discusión sobre la existencia del principio del clean hands no contaría con respaldo jurisprudencial, siendo, probablemente, uno de los pronunciamientos que ha desconocido su existencia de una forma tan tajante. Ahora, consideramos relevante mencionar que la decisión del tribunal arbitral no implica, de manera alguna, un consentimiento a la conducta ilegal por parte del inversionista, dado que ello fue materia de análisis en la resolución de mérito de la controversia.

Recientemente fue emitido un laudo que podemos considerar como tan drástico como el del caso Yukos Universal Limited c. Federación Rusa, y es el correspondiente al arbitraje sostenido entre South American Silver Limited c. Bolivia, CPA, emitido el 22 de noviembre de 2018, por el que fue dispuesto que:

452. La Demandada invocó las decisiones de dos tribunales arbitrales de inversión que han desestimado los reclamos de la parte demandante, entre otras razones, por considerar que dichos reclamos estaban basados en una conducta contraria al orden público internacional. Mas allá de las diferencias fácticas entre el presente caso y aquellos invocados por Bolivia, el Tribunal no encuentra que las decisiones citadas soporten la afirmación general de que el principio de clean hands hace parte del orden público internacional. La Demandada no invocó otros materiales para soportar esta alegación.

Teniendo en consideración el contenido de los laudos citados, concluimos que hasta el momento no existen pronunciamientos que le brinden reconocimiento a nivel internacional al principio de clean hands, para que sea empleado como uno general y, por tanto, que su contravención otorgaría a la parte demandada la posibilidad de cuestionar la competencia del tribunal arbitral o el rechazo de la cuestión de fondo por dicho motivo.

Sin perjuicio de lo expuesto, existe un caso que brinda mayores luces a la aplicación del principio de clean hands al arbitraje de inversión, siendo el pronunciamiento correspondiente al arbitraje iniciado por Niko Resources Ltd. c. Bangladesh, CIADI, laudo emitido el 19 de agosto de 2013, por el cual fue dispuesto:

481. Al considerar los argumentos de admisibilidad del Estado demandado, bajo el clean hands, el Tribunal Arbitral de UNCLOS lidia con la doctrina “para extender ese tipo de doctrina debe existir en el derecho internacional”, refiriéndose a tres criterios que han sido extraídos de esos casos de los que se refiere la doctrina para sustentarse, en particular el desarrollo en la opinión del Juez Hudson: (i) el incumplimiento debe concernir a una violación continuada, (ii) el remedio debe buscar “la protección contra la continuidad de dicha violación en el futuro”, no daños por pasadas violaciones y (iii) ahí debe haber una relación de reciprocidad entre las obligaciones consideradas.

482. En un sentido más amplio, se ha argumentado que la doctrina de las manos limpias, sin expresa mención a dicho término, se ha encontrado su aplicación en una serie de otros casos donde las reclamaciones fueron desestimadas por falta de competencia o por inadmisibilidad porque ellas fueron obtenidas fraudulentamente o no estaban de acuerdo con la regulación del Estado anfitrión.

483. Aplicando estas consideraciones al presente caso y la objeción del Demandado, basado en la doctrina del clean hands, es obvio que esta objeción no comprende los criterios que el Juez Hudson y el Tribunal Arbitral de UNCLOS identificaron para la aplicación de la doctrina en el derecho internacional.

(Traducción libre)

En ese sentido, lo que establece este tribunal arbitral es que para la aplicación de la teoría de las manos limpias será necesario que el inversionista se encuentre en un estado de incumplimiento permanente, que los hechos materia de discusión estén vinculados con las medidas adoptadas por el Estado anfitrión para revertir la situación de incumplimiento y, finalmente, debe existir una clara vinculación entre las medidas con el incumplimiento.

El caso bajo análisis desestimó la aplicación de las manos limpias o el clean hands dado que los hechos en los que incurrió el inversionista no fueron continuados, habían concluido años atrás y, adicionalmente, las medidas adoptadas por el Estado anfitrión no estuvieron vinculadas con los incumplimientos en cuestión. Así, si bien en el caso bajo comentario se determinó que no procedía la aplicación del clean hands, también advertimos que existió una clara intención por parte del tribunal arbitral para definir un criterio que permita, en futuros casos, determinar si su aplicación es procedente, así como una vía sencilla para ejecutarla.

Tomando en cuenta lo dispuesto por diversos pronunciamientos, consideramos que el brindarle un contenido a la doctrina del clean hands es cuestión de tiempo y dependerá de que los tribunales arbitrales estén dispuestos a efectuar un mayor desarrollo doctrinario a los casos que se encuentren bajo su jurisdicción, así como también será necesario reconocer su existencia para que otros cuerpos colegiados hagan lo propio, replicando tal actuar en futuros pronunciamientos.

# **CAPÍTULO III: EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN: CONCEPTOS PREVIOS PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LAS MANOS LIMPIAS**

Con la finalidad de comprender el contexto en el que es aplicada la doctrina de las manos limpias, consideramos pertinente realizar una introducción respecto de los principales conceptos que serán analizados para evaluar la procedencia de su aplicación.

## **3.1 Sobre la regulación para someter controversias al CIADI.**

Conforme hemos señalado previamente, el artículo 25° del Convenio CIADI es el que determina cuáles son los requisitos que deben existir para que el CIADI cuente con la jurisdicción necesaria para resolver una controversia internacional en materia de inversiones. En ese sentido, procedemos a citar dicha disposición normativa:

Artículo 25°. -

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.

(El subrayado es nuestro)

Las disposiciones del artículo 25° del Convenio CIADI nos permiten identificar a los requisitos necesarios para que las partes de un contrato de inversión accedan a la jurisdicción del CIADI y son: (i) *ratione temporis*, (ii) *ratione personae*, (iii) *ratione materiae* y (iv) *ratione voluntatis*. Procederemos a desarrollar cada uno de los elementos mencionados.

### **3.2 Requisitos para acceder a la jurisdicción del CIADI.**

El acceso a la jurisdicción del CIADI requiere que las partes del arbitraje cumplan con los siguientes 4 requisitos:

#### **3.2.1 Requisito Ratione Temporis:**

La cuestión de la Ratione Temporis está vinculada con la aplicabilidad de un tratado en el momento correspondiente que así lo hayan determinado las partes. En general, dichos acuerdos parten de la premisa de la irretroactividad del tratado, siendo imposible que sea aplicable a situaciones jurídicas que se hayan configurado con anterioridad a su suscripción.

Ahora, es posible que las partes decidan apartarse de la regla general, para lo que deberán expresar su voluntad en dicho sentido, admitiendo la aplicación retroactiva del documento internacional que determine la solución de controversias en materia de inversión a través del CIADI. Tal como se desprende del laudo UNCITRAL emitido en el caso *Société Générale c. República Dominicana*, emitido el 19 de setiembre de 2008:

*79. El Tribunal conforme a las primeras notas determina que el principio básico es que los tratados son no retroactivos, respecto de sus derechos y obligaciones. (...) Salvo que una intención diferente aparezca del tratado o si de otra manera ha sido establecido (...).*

Así, sobre este punto, concluimos que los tratados bilaterales, como ejemplo, serán aplicables exclusivamente en el marco temporal establecido por las partes, siendo una de las verificaciones necesarias para validar si el CIADI contará con competencia para la resolución de una controversia en materia de inversión.

### **3.2.2 Requisito Ratione Voluntatis:**

El primer punto a considerar es que el Estado receptor de la inversión, así como el de origen del inversionista, deben haber suscrito el Convenio CIADI. Además, es necesario que exista un acuerdo de partes a someterse a la jurisdicción del CIADI para solucionar sus conflictos mediante un arbitraje.

Sin embargo, tal como señala la doctrina (Gonzales de Cossío, 2006, p. 1401), existe un relajamiento al requerir la existencia de un acuerdo arbitral expreso, bastando que exista una promesa por parte del Estado receptor de la inversión, para que cualquier controversia que pudiese surgir sea ventilada en la vía arbitral ante el CIADI.



La referida promesa puede estar contenida en Leyes en materia de Inversión Extranjera (Southern Pacific Properties [Middle Este] Limited c. República Árabe de Egipto, CIADI, laudo emitido el 14 de abril de 1988) o Tratados en Materia de Inversión (Asian Agricultural Products, Ltd. C. República Democrática Socialista de Sri Lanka, CIADI, laudo emitido el 27 de junio de 1990).

### **3.2.3 Requisito rationae personae.**

El elemento subjetivo determina que una de las partes debe ser un Estado contratante del CIADI, mientras que la otra un nacional de otro Estado contratante. La aplicación del Convenio CIADI implica, en pocas palabras, que las partes intervinientes en el procedimiento arbitral no deben contar con una misma nacionalidad.

Sin perjuicio de ello, existe una regla de excepción que se desprende del numeral 25 (2)(b) del Convenio CIADI, por el cual se establece que un inversionista nacional puede ser considerado como extranjero si así lo hubiesen pactado las partes, ya que se encuentra sujeto a control foráneo. Este va de la mano con el concepto de nacionalidad corporativa, la que generalmente es determinada por el Estado donde se encuentra registrada u opera la sede social.

En relación al último de los supuestos, contamos con el pronunciamiento emitido en el arbitraje seguido entre TSA Spectrum c. Argentina, CIADI, emitido el 19 de diciembre de 2008, en el que se advirtió que el demandante era una compañía argentina que se encontraba bajo el control de una corporación holandesa que, pese a ello, era de propiedad de un ciudadano germano-argentino. Por tal motivo, el Tribunal Arbitral concluyó que el demandante no era un inversor extranjero, puesto que el propietario de la inversión contaba con ciudadanía argentina, siendo integrante del Estado que resultaba demandado.

### **3.2.4 Requisito rationae materiae:**

Conforme al consenso de la doctrina, este elemento subsume la convergencia de 2 requisitos: que la controversia sea legal o de naturaleza jurídica y que la controversia derive de una inversión conforme a lo acordado en el TBI. Procedemos con explicar cada uno de ellos:

- a) La controversia o diferencia debe ser de *naturaleza jurídica*.

Este requisito implica, claro está, que ante el CIADI solo se ventilarán controversias de naturaleza jurídica, quedando totalmente excluidas las diferencias de naturaleza política, económica, financiera, etc.

b) La controversia o diferencia se deriva directamente de una inversión.

Conforme se desprende del Convenio CIADI, no existe una definición del concepto “inversión”, ello se debe a que los Estados suscriptores de los TBI pueden emplear términos diversos, variados, amplios y abiertos para definirlo, sin dejar de lado que las partes suscriptoras definirán qué se entiende por inversión, cabiendo la posibilidad de que la “inversión” varíe en función a cada uno de los TBI.

En ese sentido, el análisis se deberá realizar en cada caso en concreto, en función a las características del TBI y la controversia jurídica en cuestión, tal como ha sido manifestado en la jurisprudencia (Fedax N.V c. República Bolivariana de Venezuela, Cekoslovenska Obshodni Banka S.A. c. República Eslovada y Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lanka).

Sobre este último punto, conforme a la jurisprudencia en materia de inversión, un Tribunal Arbitral – Caso Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. Reino de Marruecos, CIADI, decisión de jurisdicción, emitido el 23 de julio de 2001 – hizo el intento de definir cuáles son los criterios a tomar en cuenta (o test de Salini) para considerar que nos encontramos ante una inversión – si bien han sido cuestionados –, consideramos que resultan un referente que puede resultar de utilidad:

- (i) **Contribución:** El que no solo comprende a los vinculados con aspectos económicos sino, también, al aporte de conocimiento, equipos de tecnología, personal, etc.
- (ii) **Duración:** Respecto a este elemento se toma en consideración cuánto durará la inversión. Para ello, no solo se toma en cuenta la vigencia de la actividad principal sino, adicionalmente, el tiempo de la licitación, las interrupciones laborales, las renegociaciones, etc.

- (iii) **Riesgo:** En sí, considerando que el riesgo es un elemento inherente a los contratos comerciales a largo plazo, se debe tomar en cuenta los alcances del riesgo asumido por el supuesto inversionista, puesto que ello determina indicios para identificarlo o no como una inversión.
  
- (iv) **Contribución al desarrollo del Estado receptor:** Probablemente es el factor más controvertido, debido a la complejidad para evaluar si una inversión realmente genera un aporte en el desarrollo del Estado receptor, sin dejar de lado que existen TBI que no lo consideran como un elemento para determinar si una inversión se encuentra o no protegida.

Así, existió un claro debate en el caso *Malaysian Historical Salvors c. Malasia*, en el que originalmente el Tribunal Arbitral determinó que las obligaciones contractuales del inversionista no podrían ser consideradas como una inversión, determinándose que dicha controversia no podía ser sometida a arbitraje. Sin embargo, en el procedimiento de anulación de dicho laudo se concluyó que en mismo TBI regulaba supuestos que, según el test de Salini, no eran considerados como inversión. Por lo que debía primer lo dispuesto en el TBI, por más que sea contrario al referido test.

Por otro lado, así como existen TBI en los cuales se determina qué debemos entender como inversión, también existen los que determina qué tipo de actividad económica se encuentra fuera de dicho concepto, como ocurre con el suscrito entre Reino Unido e Indonesia, tal como se desprende del caso iniciado por *Churchill Mining and Planet Mining Pty. Ltd. c. Indonesia*, CIADI, laudo emitido el 6 de diciembre de 2016.

Ahora bien, consideramos oportuno precisar que bajo el requisito de *ratione materiae* no solo es evaluado que la relación contractual bajo comentario esté vinculada a una inversión, sino que la misma haya sido ejecutada conforme a las disposiciones establecidas en el TBI. Ello, dado que si una inversión es realizada en clara contravención del TBI – como ocurre cuando median actos de corrupción en la obtención de una buena pro, como paso previo a realizar una inversión – no podría ser considerada como una inversión proveniente del TBI y, por defecto, tampoco contaría con las protecciones

legales concedidas por el TBI aplicable. Este punto será abordado a mayor profundidad en el siguiente capítulo; sin embargo, dejamos constancia de que es la vía por la que se canaliza la aplicación de la teoría del clean hands en disputas de derecho internacional de inversión.

Habiendo cumplido con analizar los elementos necesarios para el acceso al CIADI, procederemos a vincular la doctrina de las manos limpias o clean hands al arbitraje de inversión y como es que juega un rol crucial para la solución de los conflictos generados entre Estados receptores e inversionistas, más aún cuando es materia de verificación la ocurrencia de actos de corrupción.



## **CAPÍTULO IV: LA DOCTRINA DE LAS MANOS LIMPIAS Y SU APLICACIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN**

Como hemos mencionado en la introducción del presente trabajo, en los últimos años se han identificado actos de corrupción en los que estuvieron inmersos diversos países, lo que no ha sido ajeno al Perú, ello generó que los Estados receptores hayan adoptado decisiones – así como ejecutado – que impactaron directamente en las inversiones realizadas por aquellos extranjeros cuyo Estado de origen y el receptor cuentan con un medio que canalice las inversiones como, por ejemplo, un TBI.

Así, no cabe duda de que las situaciones descritas culminarán en una controversia internacional de inversión, por lo que la doctrina y la práctica arbitral dirigen su mirada a una defensa procesal que será invocada sin lugar a duda: el clean hands, materia de análisis en la presente sección.

### **4.1 El planteamiento de la doctrina de las manos limpias en el arbitraje de inversión, como mecanismo de cuestionamiento de la competencia del tribunal arbitral.**

Como hemos verificado, los TBI nacen con el objetivo de generar seguridad a los inversionistas, protegiéndolos de cualquier acción contraria al TBI que pudiese ejecutar el Estado receptor de las inversiones. Así, usualmente, en este tipo de conflictos, el Estado demandado tiende a cuestionar la probidad del inversionista, planteando como defensa que su actuar se sustentó en que su contraparte contravino el ordenamiento jurídico aplicable a la inversión.

En estas circunstancias el Estado demandado cuestiona la competencia del tribunal arbitral CIADI, invocando la aplicación de la doctrina de las manos limpias o clean hands, denunciando que no estaría presente el requisito *rationae materiae*, por lo que el CIADI no cuenta con jurisdicción para resolver la controversia que se pretende someter a su jurisdicción. Ello, dado que la inversión en cuestión no califica como tal por haberse concretado contraviniendo el TBI.

Así, el inversionista extranjero no puede exigir la tutela de las garantías otorgadas por el TBI aplicable, como la resolución de los conflictos en la vía arbitral, ya que la inversión ha sido ejecutada contrariamente al TBI, lo que suele comprender al respeto al ordenamiento jurídico interno del Estado receptor de la inversión. Así, lo que se busca es la sanción del inversionista mediante los remedios legales y procesos domésticos correspondientes al Estado anfitrión, tal como se advierte de la disertación del árbitro B. Cremades al expedir el laudo en el arbitraje seguido por Fraport AF Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas, CIADI, emitido el 10 de diciembre de 2014.

Es importante mencionar que el cumplimiento del ordenamiento jurídico local, para encontrarse comprendido bajo el TBI, tal como lo señalan algunos autores (Cervantes Valarezo, 2018), puede ser explícito – cuando surge del texto del TBI – o implícito. Asimismo, será materia de análisis si el incumplimiento de las disposiciones legales en cuestión son motivo suficiente para que un tribunal arbitral CIADI desconozca su propia competencia. El que nos encontremos en alguno u otro escenario generará consecuencias distintas en el arbitraje, tal como será analizado posteriormente.

#### **4.2 Las implicancias de que la inversión debió ser ejecutada conforme a la normativa interna del Estado anfitrión.**

Como premisa previa debemos tomar en cuenta que la doctrina de las manos limpias o *clean hands*, en el arbitraje de inversión, se sustenta en que el inversionista actuó en contra del ordenamiento jurídico del Estado receptor, en ese escenario, la primera pregunta que debemos formularnos es: *¿qué entendemos por la normativa interna del Estado receptor y cómo llegamos a ella?* Así, debemos tener presente que los TBI no son acuerdos cuya finalidad es regular todos los supuestos normativos para que la inversión se ejecute conforme a la normativa del Estado receptor, por lo que su técnica de redacción suele comprender una cláusula de *reenvío* a la legislación local los Estados suscriptores.

En ese sentido encontramos el pronunciamiento emitido en el caso *Gustav F.W. Hamester, GmbH & Co KG c. República de Ghana*:

[Está] claro que los Estados pueden expresamente condicionar el acceso de los inversores a un mecanismo de solución de diferencias, o la disponibilidad de una

protección sustantiva. Una de aquellas condiciones más comunes en un requerimiento expreso de que la inversión cumpla con la legislación interna del Estado anfitrión. Esta condición aparece típicamente en el TBI que es el instrumento que contiene el consentimiento del Estado para el arbitraje del CIADI.

(El subrayado es nuestro)

En el mismo sentido se han pronunciado otros tribunales arbitrales, al señalar que, si bien el TBI es un instrumento internacional, ello no impide que pueda referirse o remitirse al derecho local del Estado anfitrión, generando que su incumplimiento desemboque en efectos de naturaleza internacional (Fraport AF Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas, CIADI, emitido el 10 de diciembre de 2014). Sin dejar de lado que, requerir que las inversiones cumplan con la regulación del Estado receptor es común en los TBI modernos (Tokio Tokelés c. Ucrania, CIADI, emitido el 26 de julio de 2007).

Si bien no existe discusión respecto a los mecanismos para identificar la normativa que deberá ser cumplida por el inversionista, lo mismo no ocurre cuando nos referimos a la gradualidad o gravedad del incumplimiento. En esta disyuntiva podemos encontrar 2 escenarios. Primero, que la infracción debe comprender a los “principios fundamentales del Estado receptor”, es decir, que revista de determinada gravedad (Desert Line Projects LLC c. República de Yemen, CIADI, emitido el 6 de febrero de 2008). Así, encontramos pronunciamientos (Quiborax S.A. y Non-Metallic Mineral S.A. v. Bolivia, CIADI Caso No. ARB/06/2, emitida el 27 de setiembre de 2012) en los que se precisó que las contravenciones normativas solo comprenderán alguno o todos de los siguientes supuestos:

- “(i) *Violaciones no triviales del ordenamiento legal del Estado anfitrión;*
- (ii) Violaciones del régimen de inversión extranjera del Estado anfitrión; y,*
- (iii) Fraude, por ejemplo, para asegurar la inversión o sus ganancias.”*

En contraste, identificamos una postura por la cual se tutela al Estado receptor ante la afectación a su normativa interna, sin diferenciar o identificar nivel de gradualidad alguno sobre dicha contravención (Caso Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. Reino

de Marruecos, CIADI, decisión de jurisdicción, emitida el 23 de julio de 2001). Por ello, podemos concluir que se podrá aplicar la doctrina de las manos limpias, a criterio del tribunal arbitral, ante cualquier tipo de incumplimiento a cargo del inversionista, respecto de las normas del ordenamiento jurídico del Estado foráneo.

Consideramos que la situación descrita, claro está, genera una falsa inseguridad ante los inversionistas, dado que existen contravenciones que pueden ser calificadas como involuntarias o que, en algunos casos, han sido convalidados por el ahora Estado demandado; sin embargo, esto último es irrelevante dado que una supuesta convalidación – por no actuación del Estado receptor– no puede implicar una convalidación cuando nos encontramos ante obligaciones legales de obligatorio cumplimiento.

#### **4.3 La denegación de jurisdicción en aplicación de la doctrina de las manos limpias, así como sus repercusiones en la emisión de un lado que resuelve la controversia.**

Tal como hemos previsto, la aplicación de la doctrina de las manos limpias o clean hands implica, entre otros casos, que la inversión sea realizada en contra de la legislación del Estado receptor, dicha contravención conlleva a que el tribunal arbitral carezca de jurisdicción para conocer la controversia, ya que la protección del TBI comprende de manera exclusiva a las inversiones ejecutadas legalmente, sanción que también será aplicable cuando nos encontramos ante un inversor corrupto.

En dicho sentido se han pronunciado diversos tribunales arbitrales (como, por ejemplo, en Sabas Fakes c. Turquía, CIADI, emitido el 10 de julio de 2010) o como en un caso específico (Inceysa Vallisoletana S.L. C. República de El Salvador, CIADI, emitido el 2 de agosto de 2006) se determinó lo siguiente:

Habiendo decidido el tribunal que el consentimiento otorgado por el Reino de España y la República de El Salvador excluye inversiones no realizadas de conformidad con las leyes del Estado anfitrión, el mismo debe determinar si la inversión que ha generado la disputa fue realizada de acuerdo a las leyes de [...] El Salvador para determinar si este tribunal es competente o no para conocer la controversia sometida a su conocimiento.

(El subrayado es nuestro)



Lo importante de este caso es que el tribunal arbitral no analizó la legislación de El Salvador para concluir si la inversión fue ejecutada conforme a su ordenamiento jurídico. En sí, analizó el TBI, el mismo que se refería a las “*reglas generalmente aceptadas*” y “*principios del derecho internacional*”. Siendo ello suficiente para concluir que el demandante infringió el principio de buena fe, el principio que nadie puede beneficiarse de su propio dolo, consecuentemente el orden público internacional y la prohibición de enriquecimiento injusto o indebido.

Ahora bien, como ha sido expuesto en el caso *World Duty Free Company c. Kenia*, CIADI, emitido el 4 de octubre de 2006, existen estándares menores para que se rechace la competencia del CIADI, principalmente cuando nos encontramos ante conductas que no solo violan la normativa interna del Estado anfitrión o se contraviene al propio TBI, sino también cuando existen convenciones internacionales relacionadas a la corrupción y que son de obligatorio cumplimiento a los Estados involucrados:

A la luz de las normas domésticas y las convenciones internacionales relacionadas a la corrupción, y a la luz de las decisiones tomadas en esta materia por las cortes y tribunales arbitrales, este Tribunal está convencido que el soborno es contrario a la mayoría de las políticas públicas internacionales, si no de todas, a Estados o, para usar otra fórmula, a una política pública transnacional. Así, demandas basadas en contratos de corrupción o en contratos obtenidos por corrupción no puede ser confirmados por este Tribunal Arbitral.

Contamos con otro pronunciamiento arbitral (*Fraport AF Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, CIADI, emitido el 10 de diciembre de 2014) en el que se analizó la normativa interna y se calificó que la inversión no cumplía con los requisitos legales para ser considerado como tal. Ello también ha sido reconocido por la doctrina, al disponer que el:

tribunal arbitral identificó que el demandante había eludido la aplicación de una ley filipina celebrando un acuerdo secreto entre accionistas, disimulando su participación accionaria, pero manteniendo el control en las decisiones

importantes para la inversión. En este caso, el tribunal arbitral analizó explícitamente la legislación filipina y determinó que la tergiversación fraudulenta provocaba que su inversión no cumpliera con la legislación interna del país, cuya consecuencia fue la declaración de incompetencia del tribunal. (Cervantes Valarezo, 2018, p.75).

Asimismo, existen casos en los que implícitamente se ha reconocido la existencia de la doctrina de manos limpias o clean hands, por ejemplo, cuando se desestima su aplicación porque el Estado no prueba las alegaciones de corrupción. No cabe duda de que la argumentación jurídica de la objeción era válida, solo que no fue acreditada adecuadamente por la parte que la invocaba. Ello se desprende del caso Glencore International y Prodeco S.A. c. República de Colombia, CIADI, emitido el 27 de agosto de 2019, donde el tribunal arbitral concluyó que:

Tribunal arbitral identificó que el demandante había eludido la aplicación de una ley filipina celebrando un acuerdo secreto entre accionistas, disimulando su participación accionaria, pero manteniendo el control en las decisiones importantes para la inversión. En este caso, el tribunal arbitral analizó explícitamente la legislación filipina y determinó que la tergiversación fraudulenta provocaba que su inversión no cumpliera con la legislación interna del país, cuya consecuencia fue la declaración de incompetencia del tribunal.

De esta manera advertimos que, para diversos tribunales arbitrales, la doctrina de las manos limpias o clean hands – al igual que las instituciones que hemos conocido e identificado como sus primos hermanos – se sustenta en que, al aplicar el TBI se determina que la inversión no puede ser calificada como tal, dado que fue obtenida o desarrollada en contravención al TBI, las normas que se refieren al orden público internacional, así como a la normativa interna del Estado receptor.

Cabe precisar que el no contar con una invocación unánime de una institución jurídica para rechazar la competencia del CIADI genera que no exista predictibilidad ni uniformidad en términos jurisprudenciales, siendo altamente complejo para quien deduce esta defensa procesal identificar el nivel de éxito de sus alegaciones. Ello se encuentra respaldado por la doctrina (Cervantes Valarezo, 2017, pp. 92 – 93), al resaltar que:

La coherencia y la previsibilidad de las decisiones no se encuentra garantizada —no existe consenso, ni siquiera entre los árbitros, sobre este tema. Así en el laudo de *Vivendi v. Argentina* incluyeron otras dieciocho decisiones en las que se había rechazado la misma objeción estatal, para realzar la consistencia de la decisión en cuestión. De otro lado en *SGS v. Filipinas*, el tribunal arbitral señaló que “no debían seguirse precedentes, ya que por definición todos los TBI son distintos. Además, sostuvo que no hay razón para que el tribunal que interviene en un caso anterior decida la suerte de los subsiguientes casos. De otro lado en *Machala Power v. Ecuador*, el tribunal arbitral dijo que las decisiones “deben buscar adoptar un desarrollo armonioso del derecho de inversiones y por tanto llenar las legítimas expectativas de la comunidad de Estados e inversionistas de certeza del imperio el derecho.

Sin embargo, tomando en cuenta la estructura organizativa del CIADI y que los tribunales arbitrales son independientes entre sí, encontramos pronunciamientos por los cuales se rechaza la aplicación de la doctrina de las manos limpias o clean hands y, además, no se reconoce su naturaleza como un principio del derecho público internacional. Ello ocurrió en el caso *Yukos Universal Limited c. Federación Rusa*, cuando el tribunal arbitral rechazó las alegaciones del demandado en atención a:

Los principios generales del derecho requieren un cierto nivel de reconocimiento y consenso (...) El demandado no ha podido citar una decisión de mayoría única donde un tribunal internacional o tribunal arbitral haya aplicado el principio de “manos sucias” en una disputa entre Estado o inversor Estado y concluya que, como principio de derecho internacional, funcionaba como un obstáculo para una reclamación.

(El subrayado es nuestro)

Hasta este punto, el lector podrá advertir que en ninguno de los pronunciamientos se ha empleado de forma expresa el concepto de clean hands, cuando los tribunales arbitrales han rechazado su competencia para resolver una controversia en materia de inversión, lo que implica para un sector de la doctrina una falta de claridad sobre los

alcances y la aplicación de dicha teoría en la jurisprudencia internacional en materia de inversión.

Bajo nuestro concepto, consideramos que, si bien no se ha empleado de manera textual el concepto de clean hands, sí existe un claro uso de su razón de ser y de los principios del derecho romano-germánico que guardan una estrecha vinculación con el concepto anglosajón bajo análisis, por lo que, esperamos, es cuestión de tiempo que futuros tribunales arbitrales no solo reconozcan su existencia como una costumbre en la práctica arbitral sino que, además, establezcan parámetros que sean de utilidad para definir una clara manera de aplicarlos a las controversias venideras.

En ese sentido, podemos concluir que si un TBI exige que la inversión sea ejecutada conforme al ordenamiento jurídico interno del Estado receptor – u de otras disposiciones – para ser considerada como tal, dicho requisito constituirá un elemento de jurisdicción y, al comprobarse la ilegalidad de la inversión, consideramos, corresponderá que el tribunal arbitral declare que carece de competencia y deniegue la jurisdicción al inversionista. Claro está, como hemos adelantado, no nos encontramos ante una posición unánime en la jurisprudencia por lo que el resultado esperable no puede concretarse con total certeza.

En la doctrina y jurisprudencia se esboza una postura complementaria y minoritaria, la misma que se sustenta en que, cuando en el TBI no se ha establecido como obligación explícita que el inversionista debe cumplir con la normativa interna del Estado receptor de la inversión, por lo que los tribunales arbitrales se declaran competentes y en el laudo final analizan la legalidad de la inversión. Tal como ocurrió en el caso *Gustav F.W. Hamester GmbH & Co KG c República de Ghana*, CIADI, emitido el 18 de junio de 2010:

No hay duda de que el requisito de la conformidad con la ley es importante con respecto al acceso a las disposiciones sustantivas sobre la protección del inversor bajo el TBI. Este acceso puede ser denegado a través de una decisión en los méritos. Sin embargo, si es manifiesto que la inversión se ha realizado en violación de la ley, está en consonancia con economía judicial no afirmar jurisdicción.

Por otro lado, en la jurisprudencia hemos encontrado una posición en la que se postula que el declarar la carencia de competencia por parte del tribunal arbitral – en aplicación de la doctrina del clean hands – generaría un incentivo perverso para la lucha contra la corrupción en alguno de los polos intervinientes, dado que negar el acceso al inversionista a un tribunal arbitral podría ser beneficioso para el Estado que también participó del acto de corrupción.

Tomando en consideración esta conclusión, hemos advertido que algunos tribunales arbitrales han adoptado una posición interesante ante la invocación de la doctrina de las manos limpias basada en el Orden Público Internacional – la lucha contra la corrupción – y es, no denegar su competencia respecto del reclamo, pero sí evaluaran dicha objeción en el cálculo de los daños que se hayan reclamado y probado, o en la asignación de los costos del proceso.

Ello tiene por finalidad que el Estado receptor no evite la asunción de su responsabilidad y, al igual que el privado, se le sancione por los actos cometidos. El ejemplo más claro con el que contamos es el caso Metal-Tech, Yukos y Spentex:

[Cuando] tanto el estado como el inversionista tenían las manos impuras, los tribunales del CIADI pueden ordenar una distribución compartida de los costos, como en el caso Metal-Tech. También pueden considerar disminuir la cantidad de daños otorgados a los inversores, como en el caso de Yukos, o pueden encontrar orientación en el caso de Spentex, para ordenar a los estados demandados que paguen los costos del arbitraje a una organización anticorrupción específica, en lugar asignarlos a los inversionistas.

(El subrayado es nuestro)

Hemos advertido que el análisis de las medidas adoptadas por los Estados receptores, a fin de erradicar la corrupción, han sido tomados en cuenta al momento de emitir los laudos, dado que ello permite verificar si la declaración de incompetencia genera un beneficio para el Estado demandado. Ello lo advertimos en el caso World Duty Free Co. v. República de Kenia:

Sigue siendo sin embargo una característica muy preocupante de este caso el hecho de que el destinatario corrupto del soborno de la demandante era más que un oficial del Estado, dado que era su oficial de más rango, el propio presidente de Kenia; y que sea Kenia quien presente las ilegalidades de su propio expresidente como una defensa completa frente a las reclamaciones de la demandante. Adicionalmente, en las pruebas que se han presentado al Tribunal, el soborno fue aparentemente solicitado por el Presidente de Kenia y no iniciado por completo por la demandante. Aunque el presidente de Kenia ha dejado el cargo y ya no goza de inmunidad jurisdiccional en virtud de la Constitución de Kenia, parece que Kenia no ha realizado ningún intento de procesarlo por corrupción o de recuperar la cuantía del soborno ante la jurisdicción civil.

(El subrayado es nuestro)

El último hecho descrito ha llamado la atención de la doctrina, motivo por el cual se ha planteado como alternativa que se admita la defensa de las manos limpias o clean hands, deducida por el Estado demandado, solo si éste demuestra su compromiso con la lucha contra la corrupción, adoptando las medidas a su alcance para iniciar el procesamiento e imposición de sanciones a los funcionarios corruptos (Habazin, 2016). Caso contrario, el tribunal arbitral reconocería su competencia y procedería con el trámite regular del arbitraje, así como con la emisión de un pronunciamiento. Ante lo expuesto, consideramos que ello conlleva a una inconsistencia, dado que, si la inversión no puede ser calificada como tal, debido a su contravención al TBI u otro motivo, deviene en irrelevante cuál es la posición del Estado receptor respecto a su lucha contra la corrupción, porque eso no afecta a la calificación a la supuesta inversión realizada por el inversionista extranjero.

#### **4.4 Las defensas que podrá emplear el inversionista ante la invocación de la doctrina de las manos limpias.**

Si bien el punto de inicio de la presente investigación estuvo vinculado a la doctrina de las manos limpias y la corrupción, consideramos pertinente mencionar que, según las defensas planteadas en los laudos analizados, el inversionista que funja como demandante para buscar la competencia del CIADI, suele invocar alguna de las siguientes defensas:

- (i) El tribunal arbitral no se encuentra ante una infracción del ordenamiento jurídico que pueda ser considerada como grave;
- (ii) Dicho actuar ha sido permitido— expresa o tácitamente — por el Estado foráneo; y,
- (iii) Que el inversionista no tuvo la oportunidad de conocer, en determinado grado de responsabilidad, que había cometido una infracción al ejecutar su negocio.

Como hemos señalado previamente, si bien puede ocurrir que los Estados receptores de la inversión conocieron y permitieron la contravención a su normativa, por parte de los inversionistas, el que no hayan adoptado medidas al respecto por ningún motivo puede implicar una validación de tal proceder, dado que, usualmente, nos encontramos ante una clara contravención a normativa de obligatorio cumplimiento, los que por su propia naturaleza devienen en insubsanables o inconválidos.

Finalmente, lo que respecta a la gravedad del incumplimiento es un elemento cuyos alcances son determinados por el tribunal arbitral ante la exposición de los hechos que formulan las partes mediante sus defensas, así como de los hechos realmente acaecidos en contraposición al ordenamiento jurídico aplicable al caso en concreto.

#### **4.5 Estándar probatorio sobre la corrupción y en pedido de aplicación de la doctrina de las manos limpias en el arbitraje de inversión.**

Conforme a la experiencia jurisprudencial, advertimos que no existe consenso respecto del estándar probatorio de la ocurrencia de la corrupción en el arbitraje internacional, así como la aplicación de la doctrina de las manos limpias o clean hands, por lo que apreciamos la existencia de 3 umbrales:

- (i) Tribunales que exigen un estándar de prueba alto, más allá de la duda razonable, lo que podría respaldarse con un pronunciamiento judicial en el ámbito penal;
- (ii) Tribunales que exigen un estándar de prueba medio, pudiendo asimilar dicho requerimiento con investigaciones fiscales o dictámenes acusatorios; y,

- (iii) Tribunales cuyo estándar de prueba es bajo, pudiendo concluir que la existencia de la corrupción sobre evidencia circunstancial e inferencia, fundamentándose en la sana crítica (valoración directa por parte de los miembros del tribunal arbitral, respecto de los medios de prueba proporcionados por los interesados).

El primer punto a resaltar es que cualquiera de los 3 umbrales va a requerir de una actuación probatoria exhaustiva, lo que no debería ocurrir para la etapa inicial de un arbitraje. Es más, consideramos que el último de los umbrales es que requerirá de una inmersión superior por parte del tribunal arbitral, pues sus integrantes deberán identificar cuáles son los indicios que los llevaron a concluir que existe un acto o actos de corrupción.

El tercer y último estándar probatorio, mencionado en el párrafo anterior, es el que ha resultado preocupante para diversos inversores, dado que existen laudos en los cuales los tribunales arbitrales han declarado su falta de jurisdicción en base a indicios obtenidos de los medios de prueba proporcionados por las partes del arbitraje. Así, encontramos que en la doctrina (Cervantes, 2017, p.79):

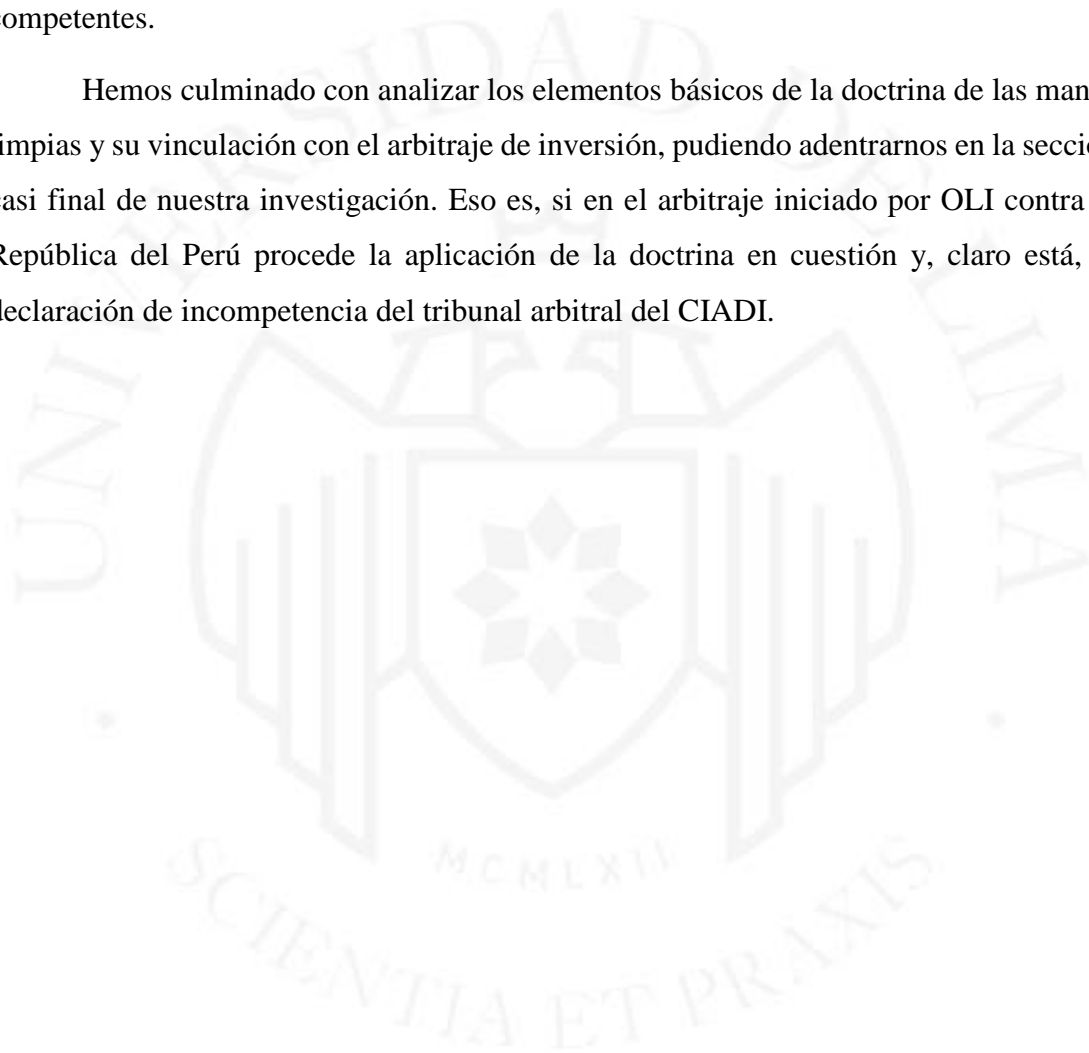
En relación al tercer estándar probatorio de corrupción, en el laudo *Metal-Tech v. República de Uzbekistán* (CIADI, 2013, p. 79), el tribunal proclamó su falta de jurisdicción para conocer la demanda y contrademanda presentadas por las partes. Uzbekistán alegó que la empresa israelita cometió actos corruptos pero el tribunal afirmó que “no va a recurrir a presunciones o alteraciones en la carga de la prueba”, sino que, para determinar con una certeza razonable si existió corrupción, se va a encargar de “buscar por sí mismo pruebas adicionales de la naturaleza y propósito” de los pagos relacionados con actos de corrupción (CIADI, 2013, p. 79). Así, el tribunal estableció una serie de red flags o banderines de alerta que le permitieron concluir que existían indicios suficientes de corrupción como para no admitir la controversia en arbitraje. En el caso que nos ocupa, varios de los consultores contratados por Metal-Tech carecían de la formación técnica necesaria, eran familiares de altos cargos del gobierno —como el hermano del Primer Ministro— y recibieron pagos exorbitados —\$4 millones de dólares— en cuentas ubicadas en paraísos fiscales (CIADI, 2013, p. 24).



Ello puede resultar del todo peligroso e inclusive cuestionable, dado que los tribunales arbitrales, en principio, carecen de competencia para calificar determinadas actuaciones como delictivas.

Consideramos que no nos encontramos en dicho supuesto cuando existe un pronunciamiento judicial definitivo de por medio o la opinión de quien ejerce la acción penal en determinado Estado, dado que en ese caso el tribunal arbitral solo procederá a analizar las conclusiones y calificaciones delictivas realizadas por las autoridades competentes.

Hemos culminado con analizar los elementos básicos de la doctrina de las manos limpias y su vinculación con el arbitraje de inversión, pudiendo adentrarnos en la sección casi final de nuestra investigación. Eso es, si en el arbitraje iniciado por OLI contra la República del Perú procede la aplicación de la doctrina en cuestión y, claro está, la declaración de incompetencia del tribunal arbitral del CIADI.



## **CAPÍTULO V: CONTROVERSIA ENTRE OLI Y LA REPÚBLICA DEL PERÚ ANTE EL CIADI**

### **5.1 Antecedentes del Gasoducto del Sur Peruano (GSP).**

- (i) El contrato de concesión del GSP se firmó en 2014, con la participación del Ministerio de Energía y Minas y el consorcio liderado por OLI, con la participación de las empresas Enágas y Graña & Montero. El período de dicho contrato sería de 34 años y el monto de inversión estimado era de 7 mil 329 millones de dólares. Cabe recalcar que la inversión se encontraba a cargo de los concesionarios, mas no del Perú.
- (ii) Tiempo después estalló el escándalo Lava Jato en el Perú, generando así que la matriz de OLI, Odebrecht se vea inmersa en uno de los escándalos de corrupción más grandes del país. En enero de 2017, el gobierno de Pedro Pablo Kuczynki decidió dar por terminado el contrato de concesión. Ello debido a que, en términos del Ministerio de Energía y Minas, el consorcio no había demostrado tener financiamiento para concluir con la concesión, incumpliendo con el cierre financiero pactado.
- (iii) Actualmente, la pretensión de OLI es que se reanude el proyecto de GSP, a través de una nueva licitación, a fin de que pueda negociar con el o los ganadores la venta de su capital invertido, siendo posible que recupere parte de su inversión. Siendo ello parte de la reclamación formulada ante el CIADI, así como el pago de los costos en los que se encuentra inmersa por la manutención del proyecto que aún no es licitado por el Estado Peruano.
- (iv) En lo que respecta al ámbito penal, es conocido que los actos de corrupción admitidos por Odebrecht, en su convenio de colaboración con la justicia peruana, no comprende al GSP ni a OLI. Sin embargo, también es de público conocimiento que la adquisición del proyecto GSP se concretó mediante un régimen de

espionaje industrial y sobornos, por los cuales Odebrecht – en esta oportunidad, OLI – habría pagado a abogados y competidores para asegurarse la adjudicación.

En estricto, Odebrecht se aseguró de que su competencia sea descalificada, mediante la supuesta emisión de informes de diversos abogados que habrían cuestionado las capacidades del postor contrario a OLI.

Estos hechos se encuentran en investigación preliminar por parte de la Procuraduría Pública *Ad Hoc* del Perú, ello significa que el Estado Peruano aún no ha formulado denuncia contra los implicados, como los integrantes del consorcio, así como tampoco existe un pronunciamiento judicial. Cabe resaltar que las investigaciones se están ejecutando con la participación de países como Brasil, España e Islas Caimán, tal como se desprende de la información proporcionada al público por el equipo especial a cargo de la investigación del caso GSP.

Cumpliendo con un recuento de los hechos que han generado la controversia internacional entre OLI y el Perú, procederemos a analizar si la doctrina de las manos limpias podría ser aplicada en este caso, así como identificaremos las vicisitudes que asumirá para parte en el arbitraje.

## **5.2 Sobre la aplicación de la doctrina de manos limpias a la disputa entre la República del Perú y OLI:**

### **5.2.1 Sobre la asunción de responsabilidad penal por parte de Odebrecht.**

El primer punto que debemos tomar en cuenta es que Odebrecht – matriz de OLI – ha reconocido la comisión de actos de corrupción en actos distintos a la adjudicación del GSP, con lo cual no nos parece cuestionable que dicha declaración pueda ser extendida a la controversia bajo análisis. Ello, debido a la vinculación irrefutable que existe entre Odebrecht y OLI, por lo que el Tribunal Arbitral las considerará como empresas vinculadas, sin lugar a dudas, con la comisión de actos de corrupción en la configuración y ejecución de sus inversiones.

Este es el primer elemento con el que cuenta el Perú para que el tribunal arbitral competente en este caso determine su incompetencia para la resolución del arbitraje iniciado por OLI. Ahora bien, como lo hemos visto en otros casos expuestos previamente, una salida que puede ser adoptada por el Tribunal Arbitral es que declare se declare competente para resolver la controversia y tome en cuenta los actos de corrupción cometidos por OLI-ODEBRECTH para reducir la indemnización que podría ser impuesta al Perú.

### **5.2.2 Tratado bilateral de inversión suscrito entre la República del Perú y la Unión Económica Belgo – Luxemburguesa.**

En el numeral 2 del artículo 1° del TBI se señaló, textualmente, que inversión significará toda clase de activo y cualquier contribución directa o indirecta, en especie o en servicio, invertidos o reinvertidos en cualquier sector de la actividad económica. Adicionalmente, precisa que, entre los supuestos específicos, encontramos a las concesiones otorgadas por derecho público o bajo contrato, inclusive concesiones para explorar, desarrollar, extraer o explotar los recursos naturales.

Adicionalmente, del texto del artículo 2° del TBI, advertimos que se establece como obligación de los inversionistas de ambos Estados que la inversión debe llevarse a cabo conforme a la regulación interna, por lo que los actos de corrupción cometidos generarían que el inversionista y la inversión en sí se encuentren en una situación contraria al ordenamiento jurídico del Estado receptor.

La consecuencia de ello es, como lo hemos advertido de la jurisprudencia revisada, que el Tribunal Arbitral determine que la inversión no se encuentra dentro de los márgenes del TBI y, consecuentemente, no podría otorgársele las herramientas necesarias para recurrir al CIADI para la solución de una controversia. Asimismo, como ha sido expuesto previamente, el Tribunal Arbitral se podría declarar competente y tomar en cuenta el acto de corrupción como una herramienta para reducir la indemnización.

### **5.2.3 Estándar probatorio sobre la comisión de actos de corrupción.**

En contraste a lo señalado por el Procurador Público del Perú, hemos advertido que en la actualidad no existe una declaración de parte o de algún órgano jurisdiccional

o fiscal por el cual se determine que OLI cometió actos de corrupción para adscribirse la titularidad del GSP, por lo que el Perú deberá activar una etapa probatoria inicial para que la doctrina de manos limpias sea acogida por el tribunal arbitral CIADI.

Es importante tener en cuenta que en el Perú recién se han realizado actuaciones preliminares para vislumbrar la ocurrencia de un ilícito penal en la adjudicación de GSP, las que estuvieron suspendidas por un tiempo debido a la situación de emergencia nacional en la que se encuentra dicho país por el COVID-19, pero que se encuentra en tramitación regular como consecuencia de la reapertura de todas las oficinas del Ministerio Público y el Poder Judicial.

Así, la siguiente valla que deberá saltar la República del Perú es si cuenta con medios de prueba suficientes o los indicios para que el tribunal arbitral CIADI advierta la comisión de ilícitos vinculados a la corrupción, sin dejar de lado que queda a discreción del tribunal arbitral declarar fundada la aplicación de la doctrina de las manos limpias.

#### **5.2.4 La comisión de una conducta fraudulenta para asegurar la inversión.**

Como advertimos de los antecedentes fiscales, en la concesión del proyecto GSP se investigan los delitos de colusión y negociación incompatible, con la intervención de más de 25 personas, entre ellos encontramos a la ex Primera Dama de la República, a integrantes del Consejo de Ministros, autoridades administrativas, integrantes de Odebrecht y abogados peruanos que habrían emitido informes para descalificar a la competencia de OLI en la adjudicación.

No cabe duda que la comisión de estos delitos es considerada como conducta fraudulenta, que contravienen el ordenamiento legal peruano, debiendo ser respetado por presumir que es parte de las disposiciones normativas que regulan la inversión, por las que se pretende combatir a la corrupción generada en la adjudicación de obras públicas.

Como hemos adelantado, el problema respecto a este punto será que la defensa pública del Perú acredite o brinde los indicios para que el tribunal arbitral CIADI decida aplicar la doctrina de las manos limpias.

#### **5.2.5 Actuaciones adoptadas por la República del Perú para combatir la corrupción vinculada al conglomerado económico Odebrecht.**

Actualmente, la República del Perú es uno de los principales países sudamericanos que no solo se ha encargado de encarar la lucha contra la corrupción, directamente contra los partícipes del escándalo Lava Jato y la empresa Odebrecht, sino que, además, ha arremetido contra las autoridades públicas y políticas que estuvieron vinculadas con la empresa brasilera y que, hasta cierto punto, intentaron encubriarla a fin de que no se revele la realidad de los hechos.

Prueba de esta lucha constante es que los 3 últimos ex presidentes -Ollanta Humala, Alejandro Toles y Pedro Pablo Kuczynski – han estado, presos, con pedido de extradición y con arresto domiciliario, respectivamente. Todos ellos por encontrarse vinculados con las actuaciones fraudulentas de Odebrecht.

Esta información será de utilidad para el tribunal arbitral, a fin de validar que la República del Perú está batallando en contra de la corrupción y que la aplicación de la doctrina de las manos limpias no sea empleada como un incentivo perverso para que no asuma responsabilidad por los actos cometidos por sus principales funcionarios.

El desarrollo de esta investigación nos ha ayudado para comprender los alcances de la doctrina de las manos limpias, su aplicación en el arbitraje de inversión y, por, sobre todo, si la República del Perú cuenta con argumentos para que el tribunal arbitral CIADI declare su incompetencia en la controversia impulsada por OLI o, en caso se determine competente, tome en consideración que la matriz de OLI cometió actos de corrupción, los que impactarán en la determinación del quantum indemnizatorio.

## CONCLUSIONES

- El primer punto a tomar en cuenta es que, si bien la doctrina del clean hands no ha sido aplicada directa y expresamente como tal en los laudos internacionales analizados, no se debe perder de vista que la lógica existente detrás de ella – el venir al sistema de justicia con las manos limpias – sí ha sido invocada a través de diversas instituciones que son propias al derecho romano-germánico, lo que puede ser calificado como un símil jurídico pese a la diferencia de su sistema jurídico de origen. Asimismo, independientemente de cuándo un tribunal arbitral decida implementar de forma expresa la teoría de las manos limpias, no cabe duda de que dicha teoría, así como sus símiles jurídicos, tiene por finalidad que sea empelada para resolver controversias vinculadas a actos de corrupción.
- Por otro lado, la situación descrita también nos permite advertir que existe un claro problema respecto a los alcances de la doctrina del clean hands, dado que no existe un concepto unívoco respecto a qué debemos entender por ella, por lo que hasta que no se desarrolle su contenido de manera unánime, dependeremos de que cada tribunal arbitral determine si procede o no su aplicación, generando que cada Estado se encuentre, literalmente, en una suerte de ruleta rusa dado que no sabrá si su defensa procesal será aceptada o no, lo que se ve reflejado en una clara falta de predictibilidad.
- Ante la situación de indeterminabilidad, el Estado receptor de la inversión deberá analizar si le resulta conveniente invocar la aplicación del clean hands como un principio general del derecho – siendo consciente de la contingencia de su aplicación – o si resulta pertinente cuestionar la competencia del tribunal arbitral invocando la ilegalidad de la inversión (cuestionando el elemento *ratione materiae*), concluyendo de esta manera que la inversión no se encuentra tutelada bajo el TBI en cuestión, por lo que tampoco serían exigibles los mecanismos de resolución de conflictos en él regulados. Aunado a ello, también es posible denunciar la corrupción, mas no como un hecho que limite la competencia del tribunal arbitral,

sino como uno que reduzca la indemnización que sea impuesta al Estado receptor de la inversión.

- En caso se admita la aplicación de la doctrina del clean hands, es posible que el tribunal arbitral CIADI declare su incompetencia para resolver la controversia o, simplemente, que decida reclamar su competencia y evalúe las consecuencias jurídicas de contravenir al TBI al momento de emitir un pronunciamiento por el que resuelva el fondo. En este último escenario, como ha sido comentario, existe la posibilidad de que el Estado receptor de la inversión también deduzca la corrupción como un argumento de fondo, con la finalidad de que la indemnización que se ordene a pagar sea reducida.
- Aterrizando lo estudiado a un caso en concreto, consideramos que la República del Perú sí se encuentra en una situación cómoda, tal y como como lo aseveró su Procurador Público, dado que:
  - (i) Pese a que no se cuenta con una declaración realizada por OLI a fin de auto incriminarse por la comisión de un delito, ni con un pronunciamiento emitido por el Poder Judicial o el Ministerio Público de su país, ello no resta valor a que Odebrecht, la matriz de OLI, sí lo ha hecho a través de sus principales directivos. Lo que sería de utilidad suficiente para acreditar que OLI se encontró no solo inmersa en actos de corrupción, sino que estaba dirigida por personas que también habían procedido en el mismo sentido.
  - (ii) El TBI suscrito entre el Perú y la Unión Económico Belga – Luxemburguesa establece con claridad que las inversiones realizadas mutuamente por sus nacionales deben cumplir con la legislación interna del Estado receptor, por lo que el incumplimiento de la misma determinaría que no se encuentre bajo los alcances del TBI. En tal sentido, tampoco podría ejecutar los mecanismos de resolución de conflictos en él establecidos. Es importante precisar que el incumplimiento de la legislación interna al que hacemos referencia, como ha sido expuesto mediante la jurisprudencia analizada previamente, no es cualquiera, sino uno que sea lo suficientemente grave para impactar en la legalidad de la inversión. Así, un incumplimiento irrelevante puede ser el no proceder conforme a una disposición administrativa – que de por sí es ilegal pero subsanable –, no deja de ser una falta mínima, en comparación a la



comisión de un acto de corrupción para obtener o hacer viable una inversión, lo que no puede ser pasado por alto por el TBI.

(iii) No cabe duda de que la ocurrencia de los delitos de colusión y negociación incompatible van de la mano con el incumplimiento de la normativa local del Perú, así como del orden público internacional, por lo que es un punto sólido para la defensa de la ahora demandada. Lo que guarda armonía con la intensa lucha que ha liderado el Gobierno Peruano en contra de la corrupción, en búsqueda de la verdad e independientemente del grado del funcionario público vinculado con estos hechos. Este punto deviene en importante porque, si el Tribunal Arbitral determinar reconocer su competencia, el proceder del Gobierno Peruano en la lucha contra la corrupción deviene en útil para la resolución del fondo de la controversia y mitigar sus contingencias.

- Sin perjuicio de la posible solidez de los argumentos con los que contaría el Estado peruano, no se puede perder de vista que la procedencia de su argumento de clean hands o manos limpias dependerá de la forma en la que es plantada dicha defensa, si como un cuestionamiento al elemento de *ratione materiae* o la aplicación de un principio general del derecho. Ya que, como hemos advertido de diversos pronunciamientos, el éxito en la aplicación del segundo de estos deviene en muy improbable.
- Como encantado de la historia y el derecho, considero pertinente culminar esta investigación con la misma frase del Barón de Montesquieu con la cual empezamos: “No hay peor tiranía que la que se ejerce a la sombra de las leyes y bajo el calor de la justicia”. Así, si bien un inversionista puede contar con un TBI que le permita acceder a un fuero jurisdiccional internacional, como lo es el CIADI, en aplicación de la equidad y la teoría de las manos limpias, no se debe permitir que dicha regulación lo proteja cuando ha cometido actos de corrupción claramente sancionables, evitando que sea juzgado por un tribunal competente y dejando de lado las sanciones que corresponden por la comisión de determinadas irregularidades.

## RECOMENDACIONES

- Lo principal que debe ser adecuado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia es el concepto de la doctrina del *clean hands* o manos limpias, principalmente en el derecho de inversiones, con la finalidad de que al establecer un contenido unívoco se determine que nos encontramos ante una real institución jurídica, considerable como un principio general del derecho y, como tal pueda ser empleado en el derecho de inversiones y sus arbitrajes, brindándole un contenido respecto de qué contiene y cuáles son las consecuencias de su aplicación. Ahora bien, no debemos perder de vista que en el arbitraje de inversiones los tribunales arbitrales son *ad hoc*, por lo que puede no existir un desarrollo jurisprudencial unánime ni vinculante, pero aspiramos a que, por lo menos, existan pronunciamientos referenciales que ayuden a brindarle contenido a la institución materia de estudio.
- En los futuros TBI, no solo los suscritos por el Perú sino por cualquier Estado, es necesario que se incluya de manera explícita un requisito de legalidad, determinando que solo las inversiones efectuadas conforme a derecho del Estado receptor de la inversión serán protegidas por el TBI. Asimismo, que cualquier inversión realizada mediante actos de corrupción o fraude se encontrarán expresamente excluidas(?) de los alcances del TBI. Esta limitación contará con un efecto procesal, evitando que los tribunales arbitrales conozcan de las controversias y, en tal sentido, no emitan un pronunciamiento de fondo.
- Lo expuesto en el numeral anterior puede verse reflejado a través de cláusulas modelo de definición de la inversión, pudiendo tomar como referencias tratados recientes celebrados entre diversos Estados como: (i) el TBI suscrito entre Burkina Faso y Turquía (2019)<sup>1</sup>, (ii) Tratado Internacional suscrito entre Canadá y Estados

---

<sup>1</sup> Para los fines de este Acuerdo:

1. El término "inversión" significa cualquier tipo de activo relacionado con actividades comerciales, adquiridos con el objetivo de establecer relaciones económicas duraderas en el territorio de una Parte Contratante, de acuerdo con sus leyes y reglamentos, y que tengan las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de un ganancia o ganancia regular, la asunción de riesgo. contribución al desarrollo económico durante un cierto período de tiempo, e incluye, sobre todo, pero no se limita a:

Unidos de América (2016), (iii) el TBI suscrito entre la República del Congo y Marruecos (2018), (iv) Acuerdo de Protección de Inversión entre Singapur y Estados Unidos de América (2018), (v) Acuerdo de Protección de Inversión entre Vietnam y Estados Unidos de América (2019)<sup>2</sup>, (vi) el TBI suscrito entre la República Islámica de Irán y Nicaragua (2019), (vii) el TBI suscrito entre Japón y Jordán (2018), (viii) el TBI suscrito entre Marruecos y Nigeria (2016) y, (ix) el TBI suscrito entre los Emiratos Árabes Unidos y Paraguay (2018).

- 
- (a) bienes muebles e inmuebles, así como todos los demás derechos, tales como hipotecas, gravámenes, pignoraciones y otros derechos similares, definidos de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se encuentren dichos bienes;
  - (b) ingresos reinvertidos;
  - (c) reclamaciones u otros derechos que tengan valor financiero en relación con la inversión;
  - (d) acciones, valores u otras formas de participación en empresas; (e) derechos de propiedad intelectual e industrial, incluyendo, en particular, patentes, diseños industriales, procesos técnicos, marcas, fondo de comercio y know-how;
  - (f) franquicias de empresas otorgadas por ley o por contrato, incluidas las concesiones relacionadas con los recursos naturales,

siempre que dichas inversiones no constituyan una adquisición de acciones o una adquisición de valores. número de votos igual o inferior al diez (10) por ciento del capital social de una empresa a través de bolsas de valores.

El término inversión excluye cualquier reclamación que surja exclusivamente de un contrato comercial para la venta de bienes o servicios por un nacional o una empresa situada en el territorio de una Parte Contratante a una empresa situada en el territorio de la otra Parte Contratante, o la concesión de crédito en el contexto de una transacción comercial, como la financiación del comercio.

<sup>2</sup> 1. El término “inversiones” se refiere a cualquier tipo de activos y propiedad, incluyendo los siguientes, por el inversionista de una Parte en el territorio de la otra Parte de acuerdo con las leyes y regulaciones de la otra Parte (de aquí en adelante referido como la Parte Anfitriona):

- (a) Propiedad mueble e inmueble, así como derechos relacionados;
- (b) Acciones u otras formas de participación en compañías;
- (c) Utilidades, ganancias, dinero y/o cuentas por cobrar;
- (d) Derechos sobre propiedad intelectual e industrial tales como patentes; modelos de utilidad, diseños o modelos industriales, marcas, nombres comerciales y conocimientos;
- (e) Derechos de búsqueda, extracción o explotación de recursos naturales.

## REFERENCIAS

- Álvarez Ávila, G. (mayo-agosto 2009). El arbitraje del CIADI bajo las nuevas reglas de arbitraje en vigor a partir de abril de 2006, *123 Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.  
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/download/4121/5326>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (abril 2006). Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.  
<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (julio 2021), Estadísticas de carga de casos.  
<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (julio 2021), Informes Anuales.  
<https://icsid.worldbank.org/resources/publications/icsid-caseload-statistics>
- Convenio sobre Arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965.  
<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>
- Frutos Peterson, C. (enero-junio, 2010). El impacto de la participación de los Estados latinoamericanos en el arbitraje de inversión, *12 Revista Internacional de Arbitraje*.
- Tratado de la Comunidad Europea de 1992.  
[https://europa.eu/european-union/sites/default/files/docs/body/treaty\\_on\\_european\\_union\\_es.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/default/files/docs/body/treaty_on_european_union_es.pdf)
- Acuerdo de la Unidad Económica Árabe de 1957.  
<http://www.geo-ref.net/sp/t-caeu.htm>
- Tratado de creación del Mercado Común Andino de 1969.  
<http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP>
- Tratado del Mercado Común del Caribe de 1973.  
<https://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-alcance-parcial-sobre-comercio-y-cooper>
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2008). Regulación Internacional de la Inversión: Balance, Retos y Camino A Seguir.  
[http://unctad.org/es/Docs/iteiit20073\\_sp.pdf](http://unctad.org/es/Docs/iteiit20073_sp.pdf) (Links to an external site.)

## BIBLIOGRAFÍA

- Anenson, T. L. (octubre 2017). *Announcing the “Clean Hands” Doctrine*. UC Davis Law Review, Vol. 51, N° 5, Forthcoming, 1827-1890.
- Aristóteles (sin fecha). *Moral a Nicómaco*. Libro V, Capítulo X:  
<http://www.filosofia.org/cla/ari/azc01146.htm>
- Banco Mundial (2021). *Relación de Estados Miembros*.  
<https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>
- Cámara de Comercio Internacional. *Reglas Procedimentales* (2021). <https://iccwbo.org/>
- Caso CIADI N° ARB/87/3 (27 de junio 1990). Asian Agricultural Products, Ltd. c. República Democrática Socialista de Sri Lanka.
- Caso CIADI N° ARB/97/4 (24 de mayo 1999). Cekoslovenska Obshodní Banka A.S. c. República Eslovaca.
- Caso CIADI N° ARB/12/14 y 12/49 (24 de febrero 2014). Churchill Mining and Planet Mining Pty. Ltd. c. Indonesia.
- Caso CIADI N° ARB/96/3 (11 de julio 1997). Fedax N.V. c. República Bolivariana de Venezuela.
- Caso CIADI N° ARB/11/12 (10 de diciembre 2014). Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas.
- Caso CIADI N° ARB/16/6 (27 de agosto 2019). Glencore International y Prodeco S.A. v. República de Colombia.
- Caso CIADI N° ARB/07/24 (18 de junio 2010). Gustav F.W. Hamester, GmbH & Co KG c. República de Ghana.
- Caso CIADI N° ARB/03/26 (2 de agosto 2006). Inceysa Vallisotelana S.L. v. República de El Salvador.
- Caso CIADI N° ARB/05/10 (17 de mayo 2007). Malaysian Historical Salvors c. Malasia.
- Caso CIADI N° ARB/00/2 (15 de marzo 2002). Mihaly International Corporation c. República Socialista Democrática de Sri Lank.
- Caso CIADI N° ARB/06/2 (27 de setiembre 2012). Quiborax S.A. y Non-Metallic Mineral S.A. c. Bolivia.
- Caso CIADI N° ARB/07/20 (10 de julio 2010). Sabas Fakes c. Turquía.
- Caso CIADI N° ARB/00/4 (23 de julio 2001). Salini Construttori S.P.A. & Italstrade S.P.A. c. Reino de Marruecos.

- Caso CIADI N° ARB/84/3 (14 de abril 1988). Southern Pacific Properties [Middle Este] Limited c. República Árabe de Egipto.
- Caso CIADI N° ARB/02/18 (29 de abril 2014). Tokio Tokelés c. Ucrania.
- Caso CIADI N° ARB/05/5 (19 de diciembre 2008). TSA Spectrum c. República Argentina.
- Caso CIADI N° ARB/00/07 (5 de setiembre 2006). World Duty Free Co. c. República de Kenia.
- Caso CIADI N° ARB/05/17 (6 de febrero, 2008). Desert Line Projects LLC c. República de Yemen
- Caso CPA N° AA 226 (28 de julio 2014). Hulley Enterprises Limited (Cyprus) c. Federación Rusa.
- Caso CPA N° AA 227 (28 de julio 2014). Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa.
- Caso CPA N° AA 228 (28 de julio 2014). Veteran Petroleum Limited (Cyprus) c. Federación Rusa.
- Cervantes Valarezo, A. (13 de diciembre 2018). La doctrina de las “manos limpias” en el arbitraje de inversión y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. *Revista de Derecho Iuris Dictio*, 22, 71-87.
- Cervantes Valarezo, A. (2017). Nuevo constitucionalismo Latinoamericano y Arbitraje de Inversión. *Revista del Club Español de Arbitraje*, 30, 81-100.
- Corte Permanente de Arbitraje (2012). Reglamento de Arbitraje. <https://pca-cpa.org/es/services/arbitration-services/pca-arbitration-rules-2012/>
- Descours-Karmitz, R. (2017). The Role of ICSID Tribunals in the combat against corruption. *World arbitration and mediation Review*, Vol. 11, N° 1, 7-47.
- Jorge Ramírez: denuncia de Odebrecht ante el Ciadi “va a seguir el camino del fracaso” (9 de febrero 2020) Gestión: <https://gestion.pe/peru/politica/jorge-ramirez-denuncia-de-odebrecht-ante-el-ciadi-va-a-seguir-el-camino-del-fracaso-nndc-noticia/?ref=signwall>
- Fitzmaurice, G (1957). The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the rule of law. *Collected of the Hague Academy of International Law*, Vol. 92, 1-227.
- González de Cossío, F. (2014). *Arbitraje (5ta ed.)*. Editorial Porrúa.
- Gorriti, G. (2020, 5 de marzo). Preguntas inquietas, respuestas claras. <https://idl-reporteros.pe/preguntas-inquietas-respuestas-claras/>
- Habazin, M. (2016). Investor Corruption as a Defense Strategy of Host States in International Investment Arbitration: Investors’ Corrupt Acts Give an Unfair

Advantage to Host States in Investment Arbitration. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 18, 805-828.

Le Moullec, C. (febrero 2018). The Clean Hands Doctrine: A tool for accountability of investor conduct and inadmissibility of investment claims. *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 84, Issue 1, 13-87.

López Montreuil, U. y D. Masnjak Marín (24 de febrero 2020). Manos limpias y arbitraje de inversión: A propósito del caso Odebrecht.  
<https://ciarglobal.com/manos-limpias-y-arbitraje-de-inversion-a-proposito-del-caso-odebrecht/>

Louis Henkin, R., O. Schachter, y H. Smith (1993). *International Law, Cases and materials (3era Ed.)*, Minn.

Ministerio Público – Fiscalía de la Nación (2020). Caso Gaseoducto Sur Peruano.  
[https://www.mpfm.gob.pe/equipo\\_especial/caso\\_gaseoductosurperuano/](https://www.mpfm.gob.pe/equipo_especial/caso_gaseoductosurperuano/)

Reinisch, A. (2008). *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press.

Revista de Derecho Forseti (2019). Breve análisis jurídico del acuerdo de colaboración eficaz entre Odebrecht y el equipo especial Lavajato  
<http://forseti.pe/periodico/articulos/breve-analisis-juridico-del-acuerdo-de-colaboracion-eficaz-odebrecht-equipo-especial-procuraduria/>

163 F. 2d 505, 511, 4th Circuit (1947). Mas c. Coca-Cola Co.

90 Cal. Rptr. 2d 743, 749, California Circuit of. Appellation (1999). Kendall-Jackson Winery Ltd. c. Superior Court,