

# La doctrina de las “manos limpias” en el arbitraje de inversión y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano<sup>1</sup>

## The “clean hands” doctrine in investment Arbitration and its applicability to the Ecuadorian legal system

ANDRÉS CERVANTES VALAREZO<sup>2</sup>

Universitat Pompeu Fabra / Universidad de Especialidades Espíritu Santo

### Resumen

El presente artículo aborda la doctrina de manos limpias en el arbitraje internacional de inversiones que tiene como efecto que los tribunales arbitrales declaren que carecen de jurisdicción para conocer la controversia existente entre el inversionista y el Estado anfitrión; o, que declaren improcedente la reclamación del inversionista. Los supuestos que dan lugar a la aplicación a la doctrina de manos limpias son: a) la ilegalidad de la inversión; y, b) el cometimiento de actos de corrupción como peculado, sobornos, tráfico de influencias, entre otros. En primer lugar, se analiza bajo el método de casos, como se ha aplicado la doctrina en distintos arbitrajes internacionales de inversión concluyendo que no existe consenso sobre la naturaleza de la doctrina —si constituye o no un principio de derecho consuetudinario— bajo el derecho internacional ni tampoco sobre el estándar de prueba requerido. En segundo lugar, se estudia si la doctrina de manos limpias puede aplicarse o no en el arbitraje local ecuatoriano en materia de contratación pública.

### Palabras clave

Doctrina de manos limpias / Arbitraje de inversión / Inversiones ilícitas / Corrupción.

### Summary

The Clean Hands doctrine is currently applied in international investment arbitration. This doctrine has the effect that arbitration tribunals declare their lack of competence over to process the dispute proposed by the investor and the host State. This doctrine could be applied when: a) the investment is illegal; and, b) when arbitrators find acts of corruption such as embezzlement, bribes or influence peddling. The article analyses, in first place, how under a case law basis, the doctrine has been applied in different international investment arbitration procedures, concluding that there is no consensus on the nature of the doctrine —whether or not it constitutes a customary law principle— under international law nor about the required test standard. Second, the paper analyzes whether the Clean Hands doctrine could be applied or not in disputes on public contracts under Ecuadorian law.

### Keywords

Clean hands doctrine / Investment arbitration / Illegal investments / Corruption.

<sup>1</sup> Recibido: 13/06/2018 – Aceptado: 12/09/2018

<sup>2</sup> Abogado. LL.M por la Universitat Pompeu Fabra (UPF) y Máster en Derecho Constitucional por la Universitat de Valencia. Candidato a Doctor en Derecho por la UPF. Docente-investigador en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES) y en la Universitat Pompeu Fabra. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4644-3977>. Correo electrónico: andres.cervantes@upf.edu



“He who comes to equity for relief must come with clean hands”.

Sir. Gerald Fitzmaurice

"The General Principles of International Law"

## 1. Introducción

De acuerdo al derecho internacional, las inversiones cuentan con un régimen jurídico de protección regulado por los tratados bilaterales de inversión (TBI) suscritos entre Estados soberanos. Estos instrumentos garantizan ciertos estándares de protección al inversionista extranjero frente a actos ilícitos del Estado receptor de la inversión. Las referidas garantías son: a) el trato justo y equitativo al inversionista, lo que prohíbe la discriminación en razón de nacionalidad; b) la prohibición de confiscación —de facto o de iure— 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, c) el deber de brindar a la inversión seguridades plenas que no la frustren injustamente (Reinisch et al., 2008).

Como resulta bien conocido, el derecho internacional de las inversiones se caracteriza por gozar de un método de solución de disputas por excelencia: el arbitraje internacional. Se trata, sin duda alguna, de una cuestión paradigmática pues el único otro régimen en el que un ciudadano puede litigar en contra de un Estado soberano en sede internacional es el sistema de protección —universal o regional— de derechos humanos. Basta decir aquí que el arbitraje de inversión surge como una respuesta frente a mecanismos como la protección diplomática y la negociación entre Estados, como representantes de los inversionistas, como natural exigencia del mundo globalizado.

Existen, sin embargo, ciertas circunstancias —de jurisdicción o admisibilidad— en las que el inversor extranjero no puede exigir en sede arbitral las garantías de inversión arriba mencionadas, entre estas, cuando su inversión no califica como tal de acuerdo a los requisitos contemplados en el TBI que invoca o bien porque la inversión es considerada ilegal bajo el Derecho del Estado anfitrión. Ello reviste de importancia considerando que una de las defensas más comunes de los Estados —demandados en el arbitraje— es que la inversión extranjera no cumple con la ley (en sentido amplio) y, en consecuencia, que aquella no puede gozar de las garantías previstas en el TBI respectivo puesto que lo contrario implicaría violentar lo que algunos autores consideran un principio emergente del derecho internacional. Cabe añadir que el requerimiento de que la inversión debe cumplir con el ordenamiento jurídico local para ser objeto de protección bajo el TBI puede ser de carácter explícito, esto es, que surte de los propios términos del tratado, o bien de carácter implícito. Si bien la cuestión central es la misma —la ilegalidad de la inversión— el hecho de que la obligación tenga carácter explícito o implícito comporta consecuencias distintas e importantes en el litigio arbitral como se explicará en detalle más adelante.

A *grosso modo*, el propósito de esta contribución es abordar la doctrina conocida como *Clean Hands* relativa a la ilegalidad de las inversiones y sus efectos en el arbitraje internacional, así como reflexionar sobre si aquella doctrina podría aplicarse *mutatis mutandis* en arbitrajes locales en materia de contratación pública de conformidad con el ordenamiento jurídico ecuatoriano<sup>3</sup>.

3 Todos los casos citados en este trabajo relativos a procedimientos de arbitraje internacional, salvo mención en contrario, fueron sustanciados el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

## 2. Inversiones ilegales e indeterminación

La disposición de que una inversión se realice de conformidad con la ley es frecuentemente incluida en los TBI a fin de asegurar la legalidad de las inversiones, siendo lo más común es que el tratado contenga una cláusula de *reenvío* a la legislación local del Estado anfitrión. En palabras del tribunal arbitral que resolvió el caso *Gustav F.W. Hamester, GmbH & Co KG v. Republica de Ghana* (CIADI, 2010, párr. 125):

[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 es 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.

Varios tribunales arbitrales CIADI se han pronunciado en el mismo sentido. Entre estos, el tribunal del caso *Fraport v. Republica de Filipinas* (CIADI, 2007, párr. 349) que señaló que a pesar de que el TBI sea un instrumento de derecho internacional nada impide que aquel haga un reenvío al derecho local por lo que el incumplimiento del mismo acarrea también efectos internacionales. Del mismo modo, el tribunal que conoció el caso *Tokio Moken v. Ucrania* (CIADI, 2004, párr. 84) indicó que el requerimiento de que las inversiones cumplan con las leyes y regulaciones del Estado receptor de la inversión es un “requerimiento común” en los TBI modernos.

Generalmente, estas cláusulas se encuentran incluidas en la definición de inversión de acuerdo al TBI, aunque nada impide que se encuentren incluidas en otras disposiciones o bien como una cláusula general del tratado (Moloo y Khachaturian, 2010).

Sin embargo, no existe consenso sobre el alcance de la obligación relativa a la legalidad de la inversión. A manera de ejemplo, algunos tribunales arbitrales, como el que conoció el caso *Desert Line v. Yemen* (CIADI, 2008, párrs. 104-105) señalan que aquella obligación busca excluir del ámbito de protección a las inversiones realizadas “infringiendo los principios fundamentales del Estado anfitrión” por medio de “tergiversaciones fraudulentas” o “la disimulación del verdadero propietario de la inversión”. De otro lado, el tribunal arbitral que conoció el caso *Salini Costruttori S.P.A. v. Reino de Marruecos* (CIADI, 2001, párr. 46) indica que las inversiones deben cumplir con las leyes del Estado receptor.

En mi opinión, el problema que acarrea la falta de consenso entre tribunales en relación a esta cuestión es evidente: no toda infracción de una norma jurídica —legal o reglamentaria— implica necesariamente la violación de los principios fundamentales del Estado. Igualmente, al menos en plano teórico, podría darse el caso de una inversión que infrinja principios fundamentales del Estado o de la Comunidad Internacional que no se encuentren recogidos explícitamente en el derecho positivo.

Ya en otras ocasiones he tenido la oportunidad de señalar la razón de este problema, basta mencionar que en el arbitraje internacional de inversiones no existe *stare decisis* dada la naturaleza de los tribunales que ejercen jurisdicción —tribunales ad hoc, carentes de un sistema de jerarquía entre ellos, sin un método de unificación formal de decisiones— conlleva, la coexistencia de estándares jurídicos disímiles y casos análogos con resultados contradictorios (Cervantes, 2016, pp. 110-111).

A lo mencionado cabe agregar que tampoco existe consenso en el foro arbitral sobre si las decisiones de otros tribunales deben, si quiera, ser tomadas en consideración:

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 del derecho. (Cervantes, 2017, pp. 92-93)

Un dato curioso es que la doctrina de *Clean Hands* tiene raíces en aforismos latinos<sup>4</sup> y la práctica domestica anglo-americana de *equity*. La doctrina no es fruto originario del arbitraje internacional de inversiones sino del arbitraje interestatal, específicamente, la expresión nace en el seno de la Corte Internacional de Justicia<sup>5</sup>. A pesar de ello, la doctrina *Clean Hands* nunca ha sido reconocida como un *principio de derecho* aplicable de conformidad con el Estatuto de la Corte Internacional de justicia (Art. 38), pero tampoco ha sido expresamente rechazada y algunos jueces de este tribunal han defendido la doctrina en votos disidentes. En todo caso, la lógica que subyace a la doctrina es que quién comete un acto ilícito no puede derivar consecuencias positivas de aquel ni exigir las por intermedio de la justicia (Dumberry y Dumas-Aubin, 2013, p. 1).

### 3. Aspectos procesales: negativa de jurisdicción o desestimación de méritos

Cuando el TBI exige explícitamente que la inversión se realice de conformidad con la legislación del Estado anfitrión, la falta de cumplimiento de esta condición conlleva que el tribunal de arbitraje carezca de jurisdicción para conocer el asunto puesto que el consentimiento del Estado —fundamental para el arbitraje— está limitado materialmente a inversiones legales, así lo sostuvo el tribunal arbitral que conoció el caso *Sabas Fakes v. Turquía* (CIADI, 2010, párr. 115). Con argumentos similares, el tribunal arbitral que resolvió el caso *Inceysa Vallisotelana S.L. v. la República del Salvador* (CIADI, 2006, párrs. 195, 208) señaló que:

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.

<sup>4</sup> *Ex turpi causa non oritur actio y nullus commodum capere potest de sua iniuria propria.*

<sup>5</sup> En su voto disidente en el caso *Nicaragua vs. Estados Unidos* en 1986, el Juez Schwebel señaló: “[...] como agresor, indirectamente responsable —pero en fin responsable— del gran número de muertes y destrucción masiva en El Salvador, aparentemente excediendo por mucho lo que Nicaragua ha sostenido, las manos de Nicaragua se encuentran odiosamente sucias. Nicaragua ha agravado sus pecados al tergiversarlos ante la Corte. Por tanto, en consideración a su ilegal intervención armada en El Salvador y por tratar deliberadamente de engañar al tribunal sobre los hechos de la intervención a través del falso testimonio de sus Ministros, los reclamos de Nicaragua en contra de Estados Unidos deben ser rechazados” (1986, el énfasis es mío). Cfr. Pavic (2012, pp.71-72).

Lo interesante del caso en cuestión es que el tribunal arbitral no se refirió a la legislación salvadoreña para decidir si la inversión se había realizado de conformidad con el ordenamiento jurídico. Más bien, optó por un análisis en base al TBI y, aunque notó que el mismo no tenía criterios sustantivos para resolver la cuestión, verificó que el TBI hacía una referencia a “las reglas generalmente aceptadas y principios del derecho internacional” (CIADI, 2006, párrs. 230-239). Con esa consideración, el tribunal indicó que el demandante había infringido el principio de buena fe, el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo, el orden público internacional y la prohibición de enriquecimiento injusto.

De otro lado, en el caso *Fraport v. Republica de Filipinas* (CIADI, 2007, párr. 401), el tribunal arbitral encontró 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 *rattione materiae*.

En el caso *Anderson y otros v. República de Costa Rica* (CIADI, 2010, párrs. 46-58), el tribunal arbitral señaló que “la práctica prudente de la inversión requiere del ejercicio de un *due diligence* antes de comprometer recursos a cualquier propuesta particular de inversión” y que un “elemento importante de esa *due diligence* es que los inversionistas se aseguren de que sus inversiones cumplen con la ley”. El tribunal señaló que el referido deber no era “excesivamente oneroso ni irrazonable”. Este pronunciamiento se dio en el contexto de una reclamación de 137 ciudadanos canadienses frente a Costa Rica en relación a una inversión realizada a través de los hermanos Villalobos en una operación de intercambio de divisas. El tribunal señaló que los hermanos Villalobos violaron la Ley del Banco Central de Costa Rica al iniciar operaciones de intermediación financiera sin autorización.

En síntesis, los casos arriba mencionados evidencian la ausencia de un parámetro de control común en el foro arbitral para evaluar la ilegalidad de las inversiones. Algunos tribunales utilizan principios generales del derecho, otros la legislación del Estado anfitrión y otros se remiten a las disposiciones sustantivas del TBI aplicable.

Por supuesto, la obligación de que la inversión cumpla con la legislación del Estado anfitrión no tiene carácter absoluto. Se ha argumentado que ciertos TBI solo exigen cumplir con este requisito al momento del establecimiento de la inversión (Moloo y Khachaturian, 2010, p. 1482). Adhiero, sin objeción alguna, al criterio expuesto puesto que ello no implica que el inversor extranjero pueda infringir libremente el marco regulatorio del Estado luego de haber establecido la inversión. En caso de que aquello suceda el tribunal arbitral, se declarará competente para conocer la controversia y desestimar los reclamos del inversor en razón de que el Estado ha ejercido legítimamente sus potestades regulatorias, lo que exige un laudo de mérito.

De otro lado, si se verifica que el inversionista no cumplió con el ordenamiento jurídico vigente al momento del establecimiento de la inversión, el tribunal se declarará incompetente en una decisión preliminar sin conocer el fondo de la controversia. Ello tiene pleno sentido visto desde el principio de igualdad de armas: el inversionista no puede prever, al momento de invertir, las modificaciones regulatorias que pueda adoptar un Estado a futuro. En contrapartida, el Estado no puede abusar de su poder regulatorio (*policy power*) para ilegalizar inversiones *ex post facto* y evitar laudos de mérito en los arbitrajes internacionales. Como se destacó en *Fraport v. Republica de Filipinas* (CIADI, 2007, párr. 345):

La operación efectiva del régimen de los TBI parecería requerir que el cumplimiento jurisdiccional sea limitado al inicio de la inversión. Si, al tiempo del inicio de la inversión, ha existido cumplimiento de la ley del Estado anfitrión, las alegaciones del Estado anfitrión de que han existido violaciones a sus leyes en el curso del desarrollo de la inversión [...] pueden servir como defensa a las violaciones sustantivas del TBI, pero no pueden obstaculizar que el tribunal actúa bajo la autoridad de la jurisdicción del TBI.

En todo caso, en *Gustav F W Hamester, GmbH & Co KG v. Republica de Ghana* (CIADI, 2010, párrs. 123-132) se indicó que existen principios generales del derecho aplicables aunque ellos no se desprendan directamente del texto utilizado en el TBI. El tribunal señala entre ellos la prohibición de brindar protección a inversiones que violen el principio de buena fe a través de a) fraude, b) corrupción y, c) conductas engañosas. En el mismo sentido, en el caso *Plama Consortium LTD v. República de Bulgaria* (CIADI, 2008, párrs. 141-143) se señaló que la obligación de cumplir con la ley del Estado anfitrión es implícita, aunque no se señale así en el TBI.

Recapitulando, en el supuesto de que el TBI exija que la inversión cumpla con el ordenamiento jurídico interno para ser considerada como tal, el requerimiento constituye un requisito de jurisdicción —al ser un elemento del consentimiento estatal para arbitrar— y si se comprueba la ilegalidad de la inversión el tribunal de arbitraje deberá declarar que no tiene jurisdicción sobre la controversia. Cuestión distinta sucede cuando la obligación no consta explícitamente en el tratado, ya que los tribunales arbitrales mantienen una *tendencia* a reclamar jurisdicción y, en todo caso, decidir sobre la legalidad de la inversión en su laudo final. Como se indicó en el caso *Gustav F W Hamester, GmbH & Co KG v. Republica de Ghana* (CIADI, 2010, párrs. 123-132):

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.

En realidad, lo dirimente para que la cuestión se resuelva como de *jurisdicción* o de *admisibilidad* —el tribunal debe de reclamar jurisdicción y competencia para resolver sobre la admisibilidad de una demanda— es el carácter *manifiesto* de la ilegalidad de la inversión. Sin embargo, aquello desdibuja el alcance de cada etapa procesal e implica una carga argumentativa sobre temas que merecen actividad probatoria. Por ejemplo, si el capital invertido en el Estado anfitrión es producto de una actividad ilícita (lavado de activos)<sup>6</sup>.

De lo repasado hasta aquí podemos concluir que no existe un consenso alrededor de la doctrina de *Clean Hands*, existiendo tribunales —como la Corte Internacional de Justicia— que no la reconocen como un principio de derecho consuetudinario. De otro lado, los tribunales de arbitraje internacional de inversión aplican la doctrina *Clean Hands* de forma disímil y con distinto alcance. No existe un precedente vinculante sobre el grado de infracción al derecho interno necesario para ilegalizar la inversión (principios fundamentales

6 Aquello es posible en los arbitrajes CIADI porque el artículo 43 del Convenio dispone: “salvo que las partes acuerden otra cosa, el Tribunal en cualquier momento del procedimiento, podrá, si lo estima necesario: (a) solicitar de las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba; (b) trasladarse al lugar en que se produjo la diferencia y practicar en él las diligencias de prueba que considere pertinentes”.

del Estado o leyes en sentido amplio). Tampoco existe consenso sobre si esta alegación debe ser resuelta en fase de jurisdicción o fase de méritos, ni tampoco una lista taxativa de conductas prohibidas.

De hecho, se ha discutido la posibilidad —aunque sin éxito en la práctica— de que los tribunales arbitrales internacionales denieguen su jurisdicción bajo la doctrina *Clean Hands* en caso de verificar que el inversionista ha infringido normas de derechos humanos (v.g. la prohibición de esclavitud, de tortura, de desplazamientos forzados).

Quienes sostienen esta posición argumentan que, si bien las compañías privadas no se ven vinculadas directamente a los tratados universales o regionales de derechos humanos, aquellas sí se encuentran obligadas a cumplir la legislación interna de cada Estado y, por tanto, indirectamente obligados a respetar el Derecho que emana de los tratados suscritos por el Estado anfitrión de la inversión (Kałduński, 2015, pp. 97-98). Además, nada impide negociar un TBI que contenga obligaciones sustantivas relativas a derechos humanos (Dumberry y Dumas-Aubin, 2013, p. 9). Para limitar el alcance de esta obligación se exigiría: a) que la infracción sea grave y, b) que la violación de derechos humanos se encuentre directamente relacionada con la inversión.

A pesar de lo atractivo y lógico de la propuesta<sup>7</sup>, el estado actual del derecho internacional dificulta aquella extensión de responsabilidad por lo que la aplicación de la doctrina *Clean Hands* se limita en la práctica a supuestos de inversiones que, al momento de su establecimiento, no cumplían con el ordenamiento jurídico local y a situaciones como fraude o corrupción por parte del inversionista y el Estado<sup>8</sup>.

#### 4. El cáncer de la corrupción y el rol del arbitraje

La corrupción constituye el mayor obstáculo al desarrollo económico y social y la región suramericana se encuentra severamente expuesta a este mal, como demuestran hechos de público conocimiento. De acuerdo a la UNODC “cada año se paga un billón de dólares en sobornos y se calcula que se roban 2,6 billones de dólares anuales mediante la corrupción, suma que equivale a más del 5% del producto interior bruto mundial”. De otro lado, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo calcula que en los países en desarrollo se pierde, debido a la corrupción, una cantidad de dinero diez veces mayor que la dedicada a la asistencia pública para el desarrollo (UNODC, 2016, p. 1).

Asimismo, la corrupción debilita la estructura estatal y la confianza del ciudadano en la administración pública, inclusive, puede perjudicar la seguridad pública en el caso de afectar a los agentes del orden. Sin embargo, lo más grave es que la corrupción pone en jaque la existencia misma del régimen democrático (pues las decisiones no se adoptan bajo criterios de transparencia e interés general) y el Estado de Derecho al afectar el sistema

7 Si se deniega jurisdicción arbitral cuando el inversionista ha incurrido en actos ilícitos como fraude y corrupción, que se configurarían como infracciones penales de acuerdo al ordenamiento jurídico interno, ¿por qué el efecto debería variar en caso de graves violaciones de derechos humanos, también proscritas en la legislación local —e internacional— y que protegen bienes jurídicos fundamentales?

8 La Organización de las Naciones Unidas ha desarrollado unos “principios rectores sobre las empresas y derechos humanos” (2011) que, pese a no ser jurídicamente vinculantes, tienen incidencia en la política estatal y empresarial, y dan cuenta del interés sobre la cuestión. Así mismo, cabe mencionar que existe una iniciativa a cargo de un Grupo Especial de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos que pretende desarrollar un Tratado Internacional sobre la materia. Sin embargo, el referido Grupo de Trabajo depende del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que ha sido notificada del rechazo de aquella iniciativa por parte de la Unión Europea, de EE. UU. y otros Estados. De otra parte, el lector puede remitirse a la Convención de las Naciones Unidas sobre Corrupción (2003) que trata temas como la prevención del fenómeno, la cooperación internacional, la penalización de la corrupción y la recuperación de activos.

de administración de justicia. La corrupción tiene también capacidad de pervertir a altos funcionarios ejecutivos; y, en el caso de la contratación pública, impone barreras económicas ilegales afectando la libre competencia, trasladando el costo del pago indebido a la ciudadanía o disminuyendo la calidad del producto o servicio.

Este problema tiene especial relevancia en el caso latinoamericano puesto que el mercado de recursos extractivos (minería, petróleo, gas) es pieza fundamental de las economías de la región. Por ello, existe el derecho internacional un conjunto de instrumentos destinados a prevenir y combatir la corrupción<sup>9</sup>.

El arbitraje internacional de las inversiones cumple una tarea importante —aunque imperfecta— en la lucha contra la corrupción. Un caso paradigmático es la decisión del árbitro sueco Gunnar Lagergren en un arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional en el año 1963 (p. 282). El árbitro se declaró incompetente para dictar un laudo de mérito pues “el acuerdo celebrado entre las partes contemplaba el soborno de funcionarios argentinos con la finalidad de conseguir el negocio deseado”, y que las comisiones a pagarse se utilizarían “en su mayor parte para el pago de sobornos”<sup>10</sup>. Adicional a ello, indicó que ningún tribunal —fuera arbitral o judicial— podía entender un caso de estas características, debido a que “los contratos que implican una violación grave a la moral (*bonos mores*) y al orden público internacional son inválidos o al menos no pueden ejecutarse y, en consecuencia, tampoco pueden ser adjudicados por jueces o árbitros” (Gillis, 1994, p. 227).

Por lo mencionado, conviene distinguir entre la mera infracción del marco regulatorio de la comisión de delitos como vehículo de la inversión pues constituyen dos motivos distintos —con consecuencias jurídicas también distintas— para solicitar la aplicación de la doctrina *Clean Hands*. Por ejemplo, en el caso *World Duty Free Co v. República de Kenia* (CIADI, 2006, pp. 36-41) “el inversionista reconoció haber pagado un soborno de más de dos millones de dólares al entonces presidente del país, lo que condujo al tribunal arbitral a admitir la excepción de corrupción planteada por el Estado demandado y exoneró al Estado de cualquier obligación indemnizatoria respecto del inversor extranjero, sujeto activo del acto corrupto” (Fach Gómez, 2017, p. 22).

Sin embargo, lo sucedido en este caso no es la regla general sino más bien la excepción puesto que: a) las partes conscientes de que la responsabilidad por los actos de corrupción es —generalmente— compartida deciden no plantear la cuestión ante el tribunal; o, b) puede suceder que una parte alegue la cuestión de corrupción y luego se retracte como sucedió en el caso *F-W Oil Interest Inc v. República de Trinidad y Tobago* (CIADI, 2006, pp. 24-27); o, c) la parte que alega el cometimientos de actos de corrupción no logra probar sus dichos. Por ejemplo, en el caso *EDV v. Romania* (CIADI, 2009, p. 64), el tribunal indicó que:

La corrupción tiene que probarse y es sabido que es difícil de probar, ya que habitualmente se carece de prueba o esta es escasa. La seriedad de la acusación de corrupción en este caso, considerando que implica a funcionarios del más alto nivel del gobierno rumano, exige una prueba clara y convincente. Hay un consenso generalizado entre los tribunales

9 En general, la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1977; la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción que entró en vigor en diciembre de 2005 y que cuenta con 140 Estados Parte; la Convención OECD para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de 1997, entre otros instrumentos de *Soft Law*. Para un panorama general sobre la lucha contra la corrupción, vid. (Fach, 2017, pp. 1-18).

10 En este caso, el árbitro además ordenó, a manera sanción, que cada parte sufrague sus costas procesales. Evidentemente no se trata de la solución adecuada al problema de la corrupción, pero es, al menos, una medida de reproche contra los litigantes de mala fe. Muchos autores han criticado el laudo en cuestión, argumentando que la solución correcta en el caso era asumir jurisdicción y declarar el contrato nulo. Adhiero a esta posición —hoy mayoritaria— por motivos que explicaré más adelante.



internacionales y la doctrina respecto de la necesidad de exigir un alto estándar de prueba de la corrupción.

Desde mi punto de vista, no existe tal consenso sobre el estándar probatorio de la corrupción en el arbitraje internacional. Existen al menos tres aproximaciones a la cuestión: 1) tribunales que exigen un estándar de prueba alto y convincente, más allá de la duda razonable; 2) tribunales que exigen un estándar de prueba medio; y, 3) tribunales que establecen un estándar de prueba bajo, que concluye la existencia de corrupción en base a evidencia circunstancial e inferencias con fundamento en la sana crítica.

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 a 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).

En este contexto, se han desarrollado varias directrices que permiten inferir prácticas de corrupción en el arbitraje internacional (Baizeau y Hayes, 2017, p. 10) habida cuenta de la dificultad de probar estos actos:

- 1) Cuando el inversionista alegue haber recibido trato ilegal por parte del Estado por negarse a pagar sobornos;
- 2) cuando el Estado receptor de la inversión es recurrentemente acusado de recibir pagos indebidos —o el Estado consta con una calificación deficiente en el índice de corrupción de Transparencia Internacional—;
- 3) cuando un tercero —agente o intermediario— es sugerido al inversionista por parte de un funcionario público o por quién detente la autoridad sobre la viabilidad de la inversión;
- 4) cuando el tercero —agente o intermediario— tiene una vinculación personal o familiar relevante con un funcionario público;
- 5) cuando un *due diligence* revela que el tercero opera a través de estructuras societarias no transparentes;
- 6) cuando la necesidad de contratar un agente surge antes o después de que el contrato sea adjudicado;
- 7) cuando el pago al agente o intermediario parezca desproporcional a su gestión;
- 8) cuando el agente o intermediario requiera términos contractuales o de pago inusuales al Estado en el que opera;
- 9) cuando el agente no puede demostrar sus actividades en ejercicio del encargo;
- 10) cuando la remuneración del agente sea un porcentaje de la cuantía del contrato, entre otros<sup>11</sup>.

En todo caso, es necesario reflexionar sobre lo que se ha llamado *la trampa de la corrupción*. Una decisión que inadmite la controversia a arbitraje al entender que el inversionista —pero también el Estado pasivamente— ha incurrido en actos de corrupción no tiene en cuenta el

<sup>11</sup>Al respecto, puede consultarse “las directrices de la Cámara de Comercio Internacional sobre Agentes, Intermediarios y otros terceros” del 2010. Aunque este documento no tenga carácter vinculante, refleja varios de los criterios que son tomados por los tribunales internacionales de arbitraje.

beneficio económico que la inadmisibilidad de la demanda reporta al Estado corrupto — imaginemos un supuesto en el que el inversionista reclama la expropiación de facto de sus activos— ni tampoco promueve la erradicación de la corrupción sino que la promueve como una estrategia de defensa *ex ante* al garantizar a los Estados un medio para salir indemnes. Este óbice del problema ha sido reconocido en el caso *Metal-Tech v. República de Uzbekistán* (CIADI, 2013, p. 133):

[...] es cierto que el resultado en los casos de corrupción en ocasiones resulta insatisfactorio, porque al menos en un primer momento, parece darle una ventaja injusta a la parte demandada; la idea sin embargo no es castigar a una parte a costa de la otra, sino asegurar la promoción del Estado de Derecho, que implica que una corte arbitral o tribunal no puede asistir a una parte que se ha involucrado en un acto corrupto.

Haciendo aún más explícita la preocupación del foro arbitral sobre este tema, se señaló en la decisión del caso *World Duty Free Co v. República de Kenia* (CIADI, 2006, p. 59) que:

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.

En fin, se trata de un problema serio que ha llamado la atención de varios autores que han propuesto diversas medidas para afrontarlo. Una de ellas es que los tribunales arbitrales admitan la excepción de corrupción planteada por el Estado, permitiéndole salir indemne de la controversia, solamente cuando el mismo demuestre su compromiso con la lucha contra la corrupción tomando todas las medidas a su alcance para procesar y sancionar a los funcionarios corruptos (Habazin, 2016, p. 807).

## **5. La defensa del inversor: el error de buena fe, la falta leve y el *estoppel* del Estado receptor de la inversión**

Como se explicó anteriormente, la doctrina *Clean Hands* no agota su aplicabilidad en casos de corrupción, sino que se extiende a aquellos casos en los que la inversión no cumple con el ordenamiento jurídico del Estado anfitrión. Sin embargo, no cualquier incumplimiento de la regulación local permite al tribunal arbitral declinar su jurisdicción, para ello será necesario que: a) se trate de una infracción grave del ordenamiento jurídico local; b) que no haya sido permitida —expresa o tácitamente— por el Estado receptor de la inversión; y, c) que el inversionista haya conocido o hubiere debido conocer, con mediana responsabilidad sobre sus negocios, que estaba cometiendo una infracción.

Se podría pensar que cualquier quebrantamiento del ordenamiento jurídico del inversor, por mínimo que sea este, implica la exclusión de la inversión del régimen de protección del TBI. Esta cuestión surgió en el debate del caso *Tokio Mokeles v. Ucrania* (CIADI,

2004, párr. 83). En aquella ocasión, el Estado alegó que el inversionista había incurrido en defectos al rellenar documentos sobre la inversión. Al respecto, el tribunal señaló:

Aunque pudiéramos confirmar las alegaciones del demandado, lo que requeriría un examen exhaustivo de detalles minuciosos de los procedimientos administrativos del derecho ucraniano, excluir una inversión sobre la base de dicho error menor sería inconsistente con el objeto y el propósito del Tratado. En nuestra opinión, el registro por parte del Estado de cada una de las inversiones de la demandante indica que la inversión en cuestión se realizó de conformidad con las leyes y regulaciones de Ucrania.

En casos como *Fraport v. Republica de Filipinas* (CIADI, 2007, párr. 396), se ha prescindido del test de los errores menores y se ha adoptado el criterio de que ciertos errores del inversor pudieron haber sido cometidos de *buena fe*. En estas circunstancias, tomando en consideración que el régimen internacional promueve, precisamente, la protección de las inversiones, sería un sinsentido desproveer absolutamente de aquella a las inversiones en base a infracciones menores ya que, en este supuesto, debería aplicarse una sanción proporcional al inversor. En este sentido, la aplicación de la doctrina *Clean Hands* constituye quizá la sanción más grave para un inversionista:

En ciertas circunstancias, la ley en cuestión del Estado anfitrión puede no ser completamente clara y los errores pueden hacerse de buena fe. Un indicador de un error de buena fe sería la falla del informe de diligencia debida legal elaborado por un abogado local competente para el asunto. Otro indicador que debería funcionar a favor de un inversor que ha incumplido una prohibición en la legislación local sería que el acto que genera incumplimiento no era central para la rentabilidad de la inversión, de modo que el inversor podría haber realizado la inversión de conformidad con las leyes locales sin ninguna pérdida de rentabilidad. Esto indicaría la buena fe del inversor (CIADI, 2007, párr. 396).

En ciertos Estados, los gobiernos de turno son conscientes de las irregularidades de las inversiones extranjeras y, sin embargo, permiten que estas continúen operando sin sanción alguna. En cambio, cuando el gobierno quiere intimidar o castigar a un inversor extranjero puede iniciar procesos jurídico-sancionatorios de forma selectiva. La lógica de estos gobiernos autoritarios es sencilla: *mientras estés con nosotros, tendrás condiciones favorables a tu inversión. En el momento en el que dejes de estar con nosotros tendrás que obedecer todas las leyes en su máximo rigor.*

Pero cuando un Estado ha aceptado tácitamente el desarrollo y los tropiezos de una inversión extranjera, no puede después aprovecharse de su propia negligencia inicial y aplicar selectivamente la ley en función de su relación con los distintos inversores extranjeros que operan en su jurisdicción (Mirzayev, 2012, p. 99). Por ejemplo, en *Fraport v. Republica de Filipinas* (CIADI, 2007, párrs. 146-147) se indicó que hay “principios de la justicia que impiden a un Estado reclamar las violaciones a su propio derecho como una defensa jurisdiccional cuando deliberadamente los pasó por alto y aprobó una inversión que no cumplía con su ley”<sup>12</sup>.

12 Sin embargo, vale aclarar que en el caso en cuestión no se dio paso a la aplicación del *estoppel*.

## 6. Lecciones para arbitrajes locales

En esta sección procuraré analizar si la doctrina *Clean Hands*, que como se ha explicado a lo largo de esta contribución, es de principal aplicación en el arbitraje internacional de inversión, podría ser aplicada en el derecho ecuatoriano para arbitrajes locales. Específicamente, si puede o no aplicarse en controversias surgidas de un proceso de contratación pública entre la Administración y un particular.

La Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana (Art. 4 LAM) permite el arbitraje entre un particular e instituciones que conformen el sector público ecuatoriano siempre que: a) el convenio arbitral se pacte con anterioridad a la controversia; o, cuando la controversia ya se haya configurado, exista pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado para la suscripción de un convenio arbitral<sup>13</sup>; b) que la relación jurídica objeto del convenio arbitral sea de carácter contractual; c) que el convenio incluya el método de selección de los árbitros; y, d) que el convenio sea suscrito por la persona autorizada para contratar a nombre de la institución estatal<sup>14</sup>. Por su parte, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC) señala en su artículo 104 que en la contratación pública siempre operará el arbitraje en derecho y no en equidad<sup>15</sup>.

Un concepto básico para introducirnos en el problema es el de la *separabilidad* del convenio arbitral frente al *contrato* principal al que accede —recordemos que en Ecuador el arbitraje entre el Estado y particulares se circunscribe a controversias contractuales excluyendo, por definición, hechos que impliquen la responsabilidad extra contractual del Estado—<sup>16</sup>. La ficción de separabilidad tiene como función que los árbitros conserven su jurisdicción y competencia para declarar, de ser procedente, la nulidad del contrato principal.

Esto tiene sentido, pues en caso contrario la cláusula arbitral incluida en el contrato viciado de nulidad absoluta correría con la misma suerte. En atención a ese razonamiento la Ley (Art. 5 LAM) prescribe que “la nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”.

En el caso ecuatoriano, el tribunal arbitral podría aplicar la doctrina *Clean Hands* en dos oportunidades: a) al momento de decidir sobre su competencia en la audiencia de sustanciación (Art. 22 LAM); o, b) al momento de expedir un laudo de mérito. Recordemos que en el arbitraje de inversión existen también dos oportunidades para aplicar la referida doctrina: a) en primer lugar, ciertos tribunales arbitrales han decidido abstenerse de conocer el fondo de la controversia a través de un laudo parcial de jurisdicción. Sin embargo, b) es

13 Parecería existir una antinomia entre la CRE y la LAM. Por un lado, la constitución señala en el artículo 190 que “en la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”. Por otro lado, la Ley de Arbitraje y Mediación vigente permite “a la persona autorizada para contratar a nombre” de la institución celebrar directamente el contrato arbitral siempre que se haga con anterioridad al surgimiento de la controversia. Utilizando el método de la interpretación conforme podría concluirse que: solamente en el caso de que la controversia ya haya surgido, el Procurador General del Estado deberá emitir dictamen de cumplimiento obligatorio. Sin embargo, varios autores ecuatorianos mantienen preocupaciones sobre la viabilidad del arbitraje en contratación pública en razón del carácter cuasipolítico de la designación del Procurador General del Estado (Marchán, 2011, pp. 205-206).

14 El incumplimiento de estos requisitos conlleva la nulidad del convenio arbitral de conformidad con el tenor literal del artículo 4 de la LAM.

15 Una perspectiva histórica del desarrollo del arbitraje en Ecuador, así como un análisis normativo sobre el convenio arbitral y sus requisitos de existencia y validez puede consultarse en (Neira, 2007, pp. 62-69.)

16 Por otro lado, el régimen general, contenido en el artículo 5 de la LAM permite a las partes someter a arbitraje las controversias surgidas, o que puedan surgir, de una determinada relación jurídica “contractual o no contractual”. La misma norma jurídica ejemplifica este último caso al ratificar la posibilidad de arbitrar sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos (responsabilidad extracontractual).

común que se invoque la doctrina de manos limpias para desechar la pretensión en un laudo de mérito.

Como se explicará más adelante, existen razones procesales y de legitimidad que exigen que la doctrina *Clean Hands* —si así quiere llamársele— sea aplicada solamente a través de un laudo de mérito, producto de un proceso con garantía de audiencia y pruebas. El resultado debe ser la declaratoria de nulidad absoluta del acto y no la declaratoria de inarbitrabilidad de la controversia.

Empezaré por señalar que en el principio de presunción de inocencia es propio del ordenamiento jurídico-penal y no debería ser alegremente trasladado al régimen contractual, principalmente, porque su razón histórica es la de precautar los bienes jurídicos más preciados para el ser humano: la vida y la libertad. En este sentido, el hecho de que un tribunal arbitral declare que carece de competencia porque la materia es inarbitrable —al involucrar actos de corrupción con potencial responsabilidad penal— no violenta el referido principio constitucional, simple y llanamente porque la decisión de los árbitros no comporta una adjudicación de responsabilidad penal, sino que tiene efectos puramente civiles.

Empero, la Constitución ecuatoriana (Art.76.2) extiende la garantía de presunción de inocencia a “todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme” (CRE, 2008, p. 56). Por tanto, dicha garantía constitucional es también aplicable al arbitraje en Ecuador. Sin embargo, ello no constituye un impedimento para la aplicación de la doctrina *Clean Hands*.

El Código Civil ecuatoriano (Art. 1478) señala que hay *objeto ilícito* en “todo lo que contraviene al Derecho Público ecuatoriano” y “generalmente en todo contrato prohibido por las leyes” (Art. 1482). Asimismo, “no puede haber obligación sin causa real y lícita”, siendo la causa el “motivo que induce al acto o contrato; y por *causa ilícita* la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”. En ese sentido, la ley señala que “la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita” (Art.1483 CC). Conforme al derecho ecuatoriano, estos vicios acarrearán la nulidad absoluta del acto jurídico (Código Civil, 2005, p. 72):

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse por el ministerio público, en interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años (Art. 1699 CC).

Del repaso de las precitadas normas legales podemos alcanzar la síntesis de que la Constitución extiende el principio de presunción de inocencia también al arbitraje, pero que ese principio bien puede ser derrotado, únicamente para los efectos civiles pertinentes, si se adopta a través de una resolución en firme, lo que dicho sea de paso, es característico del procedimiento arbitral de única instancia<sup>17</sup>. En esa resolución arbitral bien podría determinarse que la causa

17 La Corte Constitucional del Ecuador (2015, p. 11) decidió que el procedimiento arbitral de única instancia es conforme a la norma fundamental y que no violenta el derecho al doble conforme, que no es una garantía absoluta. Por ejemplo, la referida Corte indicó que: “en materia arbitral, debe quedar claro que no existe posibilidad de apelar el laudo arbitral, no solo porque el legislador así lo ha establecido, sino porque además debe tenerse en cuenta que el recurso de apelación, por antonomasia, debe ser conocido y sustanciado por una entidad orgánicamente superior y en el caso ecuatoriano, los tribunales de arbitraje son órganos de única y definitiva instancia. Sin embargo, el legislador ha previsto el denominado control judicial de los laudos

o el objeto que indujo al contrato público son ilícitos y que por tanto acarrearán la nulidad absoluta del mismo. Desde mi punto de vista, sería desafortunado entender aquello como una aplicación de la novedosa doctrina *Clean Hands* cuando claramente se trata de la aplicación exegética de la ley.

También es una característica importante del arbitraje la confidencialidad que inspira el proceso. Sin embargo, cuando el objeto del arbitraje es un contrato público celebrado por el Estado que podría verse manchado por actos de corrupción, ese principio debe ceder e inclusive invertirse, garantizando la máxima transparencia al ser una natural exigencia del régimen democrático y del Estado de Derecho. Aquello es perfectamente compatible con la naturaleza procesal de la nulidad absoluta, que puede ser demandada por el Ministerio Público o por cualquier ciudadano que tenga interés en ello, lo que beneficia el control público y la separación de poderes<sup>18</sup>. Asimismo, el juez —en este caso el árbitro— tiene el deber jurídico de anular de oficio el acto absolutamente nulo.

Como es conocido, generalmente, el efecto de la declaratoria de nulidad absoluta es la restitución de las cosas al estado anterior en el que se encontraban las partes antes de la celebración del acto. En el caso específico de la causa y el objeto ilícito (Art.1484 CC), el efecto es distinto y consiste en que “no podrá repetirse lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita, a sabiendas” (Código Civil, 2005, p. 72). Sin embargo, aquel efecto no es el correspondiente en el caso de que un contrato público haya sido anulado por motivos de corrupción y haya causado perjuicio al patrimonio público.

En ese supuesto es aplicable, por el principio de especialidad y de jerarquía normativa, el segundo inciso del artículo 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC) que indica que cuando se “celebrare un contrato contra expresa prohibición de esta Ley” y si “[...] la celebración del contrato causare perjuicio económico a la Entidad Contratante, serán responsables solidarios el contratista y los funcionarios que hubieren tramitado y celebrado el contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal a que hubiere lugar” (LOSNC, 2008 p. 30).

Es decir, la nulidad absoluta declarada con motivo de corrupción permite al Estado —a través de la entidad contratante— demandar judicialmente la restitución del patrimonio estatal tanto al contratista como a todos los funcionarios que intervinieron en el proceso pre-contractual y contractual. Nótese que la ley los trata como responsables solidarios sin que opere entre ellos beneficio de orden alguno, ni tampoco un régimen de responsabilidad mancomunada, debiendo responder cada uno por la totalidad de la obligación, en este caso de restitución.

Por otro lado, si se entiende la doctrina *Clean Hands* como un mecanismo para declinar jurisdicción y competencia sobre una controversia, existen buenas razones para no

---

arbitrales, en donde las autoridades jurisdiccionales del Estado ingresan a analizar si dicho laudo ha incurrido en alguna de las causales de nulidad establecidas en la Ley de Arbitraje y Mediación, sin que aquello signifique que los jueces ingresen a analizar el tema de fondo del asunto sometido por las partes...”.

18 Concordante con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNC) que señala “...el Procurador General del Estado tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades, demandará la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad” (Art.76). Igualmente, concordante con que “la denuncia sobre contratos celebrados con personas inhábiles o sobre aquellos que recayera alguna causa de nulidad, podrá presentarla cualquier persona al Procurador General del Estado acompañando los documentos probatorios del caso, para que se analice la procedencia de demandar la nulidad del contrato sin perjuicio de que se inicien las demás acciones civiles o penales a las que hubiere lugar” (Art.66). Una anotación importante es que la denuncia ciudadana ante el Procurador General del Estado no es un mecanismo excluyente, ni constituye un requisito previo, para comparecer como tercero interesado y alegar la nulidad absoluta del acto ante el tribunal arbitral.

aplicarla en arbitrajes locales relativos a contratación pública. Ello no significa que no sea posible, pues los distintos reglamentos que rigen los procedimientos de arbitraje institucional en Ecuador permiten al Tribunal de arbitraje solicitar pruebas a las partes para evacuar en la Audiencia de Sustanciación. Esas pruebas podrían ceñirse a las alegaciones sobre corrupción que serían objeto de una decisión preliminar del tribunal arbitral. Sin embargo, en caso de que la alegación prospere y el tribunal rechace conocer el caso operaría la extinción del contrato arbitral, habilitando a las partes a acudir a la justicia ordinaria, en la que igualmente se perseguiría la declaratoria de nulidad absoluta del contrato en cuestión. No debe olvidarse que el arbitraje es siempre un medio y no un fin en sí mismo.

## 7. Conclusiones

La doctrina de *Clean Hands* surge en el seno del arbitraje internacional interestatal y no del arbitraje de inversión. Sin embargo, ha sido en este último contexto donde la doctrina ha encontrado cierta acogida. Su aplicación puede surtir dos efectos distintos: a) que el tribunal arbitral rechace ejercer jurisdicción; o, b) que el tribunal declare los reclamos del inversionista improcedentes. La doctrina resulta aplicable a dos casos: a) cuando la inversión no cumple con los requisitos para ser considerada como tal bajo el ordenamiento jurídico del Estado anfitrión; o, b) cuando existen actos de corrupción relacionados con el establecimiento o desarrollo de la inversión.

Si la doctrina es aplicada porque la inversión no cumple con el ordenamiento jurídico del Estado anfitrión, el inversionista cuenta con tres posibles defensas: a) que se trata de un error menor; b) que se trata de un error de buena fe; o, c) que ha operado el *estoppel*<sup>19</sup> en contra del Estado. Ciertos factores como haber realizado un *due diligence* o que la infracción no haya reportado beneficio alguno al inversionista se consideran como indicios de buena fe por parte del mismo. Existen directrices que deben alertar a los árbitros y a las partes sobre posibles conductas vinculadas a la corrupción. En el ámbito internacional, la doctrina *Clean Hands* constituye la sanción más severa contra el inversionista pues se le priva de la posibilidad de exigir protección bajo el TBI correspondiente.

En el arbitraje local, la doctrina *Clean Hands* no resulta aplicable, o al menos no produce los mismos efectos que en el ámbito internacional (privar al demandante de toda posibilidad de tutela jurisdiccional internacional) En el ámbito local, si un tribunal arbitral se declara incompetente en razón de la materia, se produciría la extinción del contrato arbitral, habilitando a las partes procesales a acudir a la justicia ordinaria en garantía del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Cuando se descubran indicios de corrupción a instancia de parte, de un tercero, o por motivos fundados de los propios árbitros, el tribunal arbitral podrá requerir pruebas de oficio relacionadas a aquellos hechos.

De igual manera, cuando tribunal arbitral declare la causa o el objeto ilícito de un contrato público por motivos vinculados a corrupción, debe remitir las piezas procesales a la Fiscalía General del Estado (FGE) para que inicie las investigaciones de rigor frente a hechos que podrían constituir delitos de acción pública como cohecho, peculado, tráfico de influencias, entre otros. En criterio del autor, la remisión de las piezas procesales a la FGE debe realizarse una vez dictado el laudo arbitral que anula el contrato viciado por corrupción. En ningún caso debe suspenderse la sustanciación del procedimiento arbitral puesto que: el convencimiento pleno sobre el potencial cometimiento de un delito sólo se alcanza en el

19 Se trata de un principio general de derecho que norma la inadmisibilidad de actuar contra actos propios hechos con anterioridad, con miras a limitar o anular los derechos de la otra parte, que ha actuado de buena fe y en consecuencia de esos actos anteriores. Constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo, de una facultad o de una potestad.

laudo, tras haber escuchado a la defensa y haber evaluado la prueba. Además, ninguna norma del ordenamiento jurídico contempla la suspensión del procedimiento por estos motivos; y, finalmente, porque el tribunal arbitral puede calificar la corrupción en base a estándares distintos y menos exigentes —como se analizó a lo largo del artículo— que los utilizados en la imputación de responsabilidad criminal.

## Referencias bibliográficas

- Baizeau, D. y Hayes, T. (2017). The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte. En A. Menaker (ed.), *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity. Vol. 19* (pp. 225-265.), ICCA Congress Series, Kluwer Law International.
- Cervantes, A. (2016). Inconveniencia del Arbitraje de Inversión CIADI y de Órganos regionales arbitrales para América Latina. *Revista Internacional de Arbitraje, Universidad Sergio Arboleda*, (24), 104-123.
- (2017). “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Arbitraje de Inversión”. *Spain Arbitration Review. Revista Del Club Español de Arbitraje*, (30), 81-100.
- Dumberry, P. y Dumas-Aubin, G. (2014). The Doctrine of “Clean Hands” and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law. *Transnational Dispute Management*, 10(1). <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2404058](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2404058)>
- Fach Gómez, K. (2017). Inversiones internacionales y corrupción en América Latina: La función del arbitraje de inversiones en el avance de la institucionalidad democrática. *Max Planck Institute for Comparative Public Law, Research Paper Series*, (23), 1-39. <<https://ssrn.com/abstract=3052228>>
- Fitzmaurice, G. (1957). The General Principles of International Law. *RCADI*, 92.
- Gillis, J. (1994). Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals; The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case N° 1110. *Arbitration International*, 10 (4), 277-294.
- 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.
- Kaldunski, M. (2015). Principle of Clean Hands and Protection of Human Rights in International Investment Arbitration. *Polish Review of International and European Law*, 4, 69-101.
- Marchán, J. (2011). El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana. *Revista Iuris Dictio*, 12 (14), 203-215. <<http://dx.doi.org/10.18272/iu.v12i14.708>>
- Mirzayev, R. (2012). International Investment Protection Regime and Criminal Investigations. *Journal of International Arbitration*, 29, 71-106.
- Moloo, R. y Khachaturian, A. (2010). The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law. *Fordham International Law Journal*, 34, 1473-1501.
- Neira, E. (2007). El Estado y el juicio de arbitraje según la legislación ecuatoriana. *Revista Iuris Dictio*, 7 (11), 62-69. <<http://dx.doi.org/10.18272/iu.v7i11.674>>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2016). La corrupción y el desarrollo. <<http://www.anticorruptionday.org>>



- Pavic, B. (2012) and International Commercial Arbitration. The Role of Mandatory Rules and Public Policy. *International Law in the New Two Decades: Form or Substance?* (pp. 661-686). Wellington: Victoria University.
- Reinisch, A. (ed). (2008). *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press.

## Legislación

- Código Civil de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449, 20 de octubre de 2008.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 395, 4 de agosto de 2008.
- Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, en vigor desde el 14 de octubre de 1966.

## Sentencias y laudos arbitrales

- Corte Constitucional de la República del Ecuador (2015). Sentencia N° 325-15-SEP-CC, caso N° 1139-13-EP, 30 de septiembre de 2015.
- Corte Internacional de Justicia (1986). *Nicaragua vs. Estados Unidos*. Sentencia del 27 de junio de 1986.
- Cámara Internacional de Comercio. N°. 1110, 1963, dictado por el árbitro *Gunnar Lagergren* (partes confidenciales), YCA 1996.
- CIADI / Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (2001). *Salini Costruttori S.P.A. & Italstrade S.P.A. v. Reino de Marruecos*. Caso No. ARB/00/4.
- (2004). *Tokio Tokelés v. Ucrania*. Caso No. ARB/02/18.
- (2006). *F-W Oil Interests Inv. v. República de Trinidad y Tobago*, Caso No. ARB/01/14.
- (2006). *Inceysa Vallisotelana S.L. v. la República del Salvador*, Caso No. ARB/03/26.
- (2006). *World Duty Free Company Ltd. v. República de Kenia*, Caso No. ARB/00/7.
- (2007). *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas*. Caso No. ARB/03/25.
- (2008). *Desert Line Projects LLC v. República de Yemen*. Caso No. ARB/05/17.
- (2008). *Plama Consortium Ltd. v. República de Bulgaria*. Caso No. ARB/03/24.
- (2009). *EDF (Services) Limited v. Rumania*, Caso No. ARB/05/13.
- (2010). *Anderson y otros v. República de Costa Rica*. Caso No. ARB (AF)/07/3.
- (2010). *Gustav F.W. Hamester, GmbH & Co KG v. República de Ghana*. Caso No. ARB/07/24.
- (2010). *Señor Saba Fakes v. República de Turquía*. Caso No. ARB/07/20.
- (2013). *Metal-Tech Ltd. v. República de Uzbekistán*, Caso No. ARB/10/3.