



**ANTONIO GORDILLO
FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO¹**

ENTREVISTA

“Desde mi perspectiva, el arbitraje sirve como un instrumento adicional en la búsqueda de la justicia para sancionar la corrupción y anular los actos jurídicos derivados de prácticas corruptas”

Una entrevista² a Antonio Gordillo Fernández de Villavicencio, árbitro internacional y experto en Derecho del arbitraje, por Jean Pierre Baca Balarezo, coordinador general del Centro de Formación y Capacitación de la Procuraduría General del Estado.

¿Puede el arbitraje, como mecanismo de solución de controversias, ayudar en la lucha contra la corrupción en los Estados?

El arbitraje, como mecanismo de solución de controversias, desempeña un papel significativo en la lucha contra la corrupción en los Estados. Desde mi perspectiva, el arbitraje sirve como un instrumento adicional en la búsqueda de la justicia para sancionar la corrupción y anular los actos jurídicos derivados de prácticas corruptas. Encuentro al menos dos razones complementarias por las cuales el arbitraje puede contribuir a este fin.

En primer lugar, el arbitraje permite la sanción de la corrupción, esto no quiere decir que los árbitros puedan imponer una sanción penal o administrativa, sino que pueden derivar consecuencias jurídicas de la determinación de comportamientos corruptos. Por ejemplo, en el ámbito del arbitraje comercial, un tribunal puede negar efectos a un contrato si se demuestra que fue suscrito bajo actos corruptos, considerándolo nulo o anulable por tener una causa ilícita. De manera similar, en el arbitraje de inversiones, un tribunal puede declinar su jurisdicción sobre los reclamos de un inversionista si se determina que la inversión se realizó de manera corrupta y, por lo tanto, es ilegal.

En segundo lugar, el arbitraje facilita la identificación de situaciones de corrupción al promover una revisión exhaustiva de documentos y testimonios durante el proceso de resolución de disputas. Al ser un mecanismo eficiente de resolución de conflictos, el arbitraje permite descubrir rápidamente situaciones de corrupción que de otra manera podrían pasar desapercibidas o tardar años en salir a la luz. Este efecto indirecto del arbitraje actúa como un elemento disuasorio, ya que las partes, empresas y funcionarios tentados a cometer actos de corrupción pueden preferir abstenerse de hacerlo ante el temor de que un eventual arbitraje revele y sancione sus acciones ilícitas.

En resumen, el arbitraje tiene tanto un efecto directo, al sancionar los actos de corrupción, como un efecto indirecto, al disuadir la comisión de futuras prácticas corruptas. Estos aspectos hacen del arbitraje un valioso aliado en la lucha contra la corrupción en los Estados.

El arbitraje parece ser, entonces, un mecanismo complementario en la lucha contra la corrupción. En el ámbito del Derecho Penal, la persecución se centra en la persona individualizada, especialmente en los funcionario público, mientras que las

¹ Abogado español con más de diez años de experiencia en arbitraje internacional como árbitro, abogado de parte y secretario del tribunal. Máster en Derecho Internacional - Universidad Católica de Lovaina. Profesor asistente honorario de la Universidad de Sevilla.

² Las preguntas de esta entrevista fueron elaboradas por Jean Pierre Baca Balarezo y Marie Melisa Gonzales Cieza.

personas jurídicas involucradas en casos de corrupción rara vez son sancionadas, salvo en casos extraordinarios de corrupción como los que hemos presenciado en América Latina y algunos países de Europa, particularmente con el caso Odebrecht. Una gran red criminal, nacida a partir de la estrategia empresarial, para hacerse de obras en toda América Latina.

El arbitraje, por otro lado, parece ser un mecanismo especializado para abordar un aspecto que no se ha considerado lo suficiente en la lucha contra la corrupción: los intereses económicos de las empresas. ¿Serviría, entonces, como un mecanismo efectivo para prevenir que las empresas incurran en situaciones de corrupción, como ofrecer sobornos y participar en delitos vinculados con la corrupción?

Totalmente de acuerdo. En otras palabras, si una empresa sabe que cuenta con un mecanismo eficiente para resolver disputas que surjan de una relación con un origen corrupto, estará mucho menos inclinada a incurrir en actos de corrupción. Este mecanismo es un limitante para aquellos tentados a ejercer la corrupción, como bien se acaba de señalar.

Siempre se menciona que en el arbitraje se debe cumplir únicamente lo convenido en el convenio arbitral. ¿Considera usted que la corrupción es una razón de fondo? ¿Se relaciona con los principios de los Estados democráticos de derechos actuales, o debería ser más bien una cláusula? ¿Se entendería esto como una cláusula general incorporada en todo tipo de contratación con el Estado, o más bien tendría ser una cláusula expresa del convenio que permita a un tribunal arbitral declarar la nulidad del contrato en casos de situaciones de corrupción?

En el ámbito del arbitraje comercial, si un tribunal determina que ha existido un acto de

corrupción, puede conferir efectos jurídicos a esa determinación. Existen diversas posturas al respecto: algunos sostienen que esto puede llevar al tribunal a determinar a la nulidad del contrato, lo que implica la inexistencia de las prestaciones. Otros autores sugieren que más que nulidad, se trataría de la anulabilidad del contrato. En este sentido, la parte afectada por la corrupción, generalmente el Estado o una entidad estatal, debería solicitar dicha anulabilidad.

Existe también la opinión de que esto podría afectar la jurisdicción del tribunal, aunque esta visión es minoritaria, porque implicaría considerar que la cláusula de arbitraje también está afectada por la corrupción, lo cual no es necesariamente el caso. Por lo general, la cláusula de arbitraje se considera como un elemento independiente del contrato. En consecuencia, es común que un tribunal se considere competente para resolver la disputa y luego determine que no puede otorgar los derechos solicitados por la parte demandante, ya que el contrato se considera nulo debido al acto corrupto.

Si los tribunales arbitrales pueden actuar en materia de corrupción, ¿Podría este accionar afectar el debido proceso de las personas naturales o jurídicas acusadas de tales actos? ¿Debería un tribunal arbitral esperar una sentencia condenatoria o la determinación del hecho corrupto por parte de otro tribunal antes de declarar nulo o anulable un contrato?

No considero que el accionar de los tribunales arbitrales afecte al debido proceso de las partes, siempre y cuando estas tengan la oportunidad de expresarse y argumentar sobre la presunta corrupción y sobre los efectos que ello podría tener en el contrato. Estoy convencido de que entra bajo la potestad y la misión de un tribunal arbitral llegar a las conclusiones que estime pertinentes y otorgar validez o invalidez a un

contrato que considere afectado por la corrupción. Cuestión distinta sería imponer sanciones administrativas o penales, ya que estás van más allá de la competencia de un tribunal arbitral.

¿Cuáles son los beneficios específicos del arbitraje, en contraste con los procedimientos judiciales tradicionales, en la resolución de disputas relacionadas con la corrupción? ¿Usted puede identificar algunos beneficios particulares del arbitraje?

Por supuesto, identifico tres beneficios principales del arbitraje en la lucha contra la corrupción. En primer lugar, destaco la rapidez en la resolución de disputas; el arbitraje es más rápido que la justicia estatal, lo que permite procedimientos ágiles y eficientes que favorecen una respuesta eficaz frente a la corrupción. En segundo lugar, resalto la dedicación de los árbitros, quienes suelen disponer de más tiempo para analizar detalladamente los casos que podrían estar vinculados con la corrupción, en comparación con los jueces estatales que generalmente están sobrecargados de trabajo.

En tercer lugar, subrayo la independencia e imparcialidad de los árbitros, aspecto fundamental para garantizar un proceso libre de corrupción. Me explico, en algunas jurisdicciones, si la corrupción es un mal endémico, esta puede contaminar el proceso judicial en el que se está dirimiendo una disputa relacionada con hechos susceptibles de ser corruptos. Aunque lamentablemente existen algunas excepciones, el proceso arbitral es un campo bastante libre de corrupción en materia decisoria.

¿Cuál es el impacto del arbitraje en la resolución de disputas relacionadas con contratos públicos y proyectos de obras públicas?

El arbitraje tiene un impacto positivo para todas las partes involucradas en estos casos,

tanto para la contratista como para la parte estatal. Para la contratista, este impacto se evidencia en tres aspectos fundamentales: en primer lugar, garantiza un método eficiente para resolver cualquier disputa eventual con el Estado y con entidades públicas; en segundo lugar, proporciona un foro neutral que, especialmente para contratistas extranjeros, ofrece una percepción de imparcialidad y neutralidad que puede faltar en los tribunales estatales cuando el Estado o sus entidades están involucrados; finalmente, el arbitraje permite que las disputas sean resueltas por árbitros con experiencia relevante en la materia en disputa, lo que asegura una resolución especializada y dedicada.

En lo que respecta al ámbito estatal, además de los beneficios mencionados anteriormente, como la eficiencia, especialización y dedicación de los árbitros, el poner a disposición de los contratistas un método de resolución de disputas que ofrece todas las garantías señaladas aumenta el atractivo para las empresas, tanto nacionales como internacionales, de contratar con el Estado. Esto se debe a que tendrán la certeza de contar con un mecanismo efectivo para resolver cualquier conflicto que pueda surgir durante la ejecución del contrato. En términos prácticos, esto se traduce en la atracción de candidatos más sofisticados y competitivos a las licitaciones, lo que resulta en ofertas más beneficiosas para el Estado o la entidad estatal en cuestión. En resumen, el arbitraje aporta eficiencia, imparcialidad y seguridad jurídica a las contrataciones públicas, beneficiando tanto a las empresas contratistas como a las entidades estatales involucradas.

De la experiencia adquirida como miembro de diversas cámaras de comercio y centros de arbitraje en diferentes países de Latinoamérica y Europa, ¿los beneficios del arbitraje que usted mencionó se mantienen consistentes en los diversos países donde ha

trabajado? Pareciera que en algunos Estados, como el peruano, la falta de regulación o regulación incipiente en materia arbitral podría exponer a que se vulneren los intereses del Estado. ¿Usted apostaría por la normativización? ¿Cuál sería el modelo óptimo en arbitraje para proteger los intereses del Estado?

Desde el momento en que una entidad estatal, o el Estado directamente, está involucrado en un arbitraje, justifica la aplicación de medidas adaptadas, tal como se observa en el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), donde para ciertas decisiones se aplica un tratamiento especial que se ajusta al procedimiento cuando una entidad estatal está involucrada. Por ejemplo, en la CCI, para disputas de cierta cuantía, por defecto se designa un solo árbitro, pero esto varía si una de las partes es una entidad estatal, lo que justifica contar con un tribunal arbitral de tres árbitros que permita a la entidad nombrar a su propio árbitro. Estas medidas son justificadas siempre y cuando no generen desigualdades con respecto a los particulares que contratan con el Estado.

Algunas medidas adoptadas en Perú, como limitar el uso del arbitraje Ad Hoc en casos que involucran entidades estatales, parecen acertadas y necesarias debido a la naturaleza de las disputas que involucran al Estado.

¿Qué desafíos específicos enfrenta el arbitraje al abordar la corrupción en el sector público y cómo pueden superarse?

Considero que es importante distinguir entre los desafíos que afectan directamente la labor de los árbitros y aquellos que impactan la naturaleza del procedimiento arbitral.

En cuanto a los desafíos que afectan la labor de los árbitros, identifico dos desafíos derivados de cierta indefinición o uniformización de criterios. El primero concierne a la prueba de la corrupción, donde aún persisten distintos enfoques sobre la carga

y valoración de la prueba. Algunos tribunales exigen una prueba irrefutable, mientras que otros consideran suficiente identificar sólidos indicios de corrupción. Armonizar los criterios para valorar la prueba podría fortalecer la lucha contra la corrupción.

El segundo desafío se refiere a la incertidumbre sobre si el árbitro debe denunciar o no el acto corrupto ante el juez penal. Algunos sostienen que debe hacerlo, equiparando la función del árbitro con la del juez estatal, quien tiene la obligación de denunciar delitos conocidos en el ejercicio de sus funciones. Otros argumentan que el árbitro debe limitarse a aplicar los efectos derivados de la determinación de la corrupción, sin intervenir en la jurisdicción penal. Armonizar internacional o nacionalmente esta cuestión podría brindar claridad a los árbitros en tales situaciones.

En cuanto a los desafíos relacionados con la naturaleza del procedimiento, identifico dos. El primero es el riesgo de falta de control sobre arbitrajes que escapan al ámbito institucional, como los arbitrajes Ad Hoc. Limitar los mismos cuando están involucradas entidades estatales, como se ha hecho en el Perú, demuestra confianza en el trabajo de fiscalización de las instituciones arbitrales.

El segundo desafío está vinculado a la tradicional opacidad de los arbitrajes, lo que puede favorecer la corrupción. Una medida efectiva podría ser promover la transparencia. A nivel global, diversas acciones han sido adoptadas por organismos como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), las principales instituciones arbitrales y la comunidad arbitral en general. En el caso específico del Perú, se ha dado un paso adicional al requerir la publicación completa de los procedimientos arbitrales una vez concluidos, especialmente cuando involucran a entidades estatales. Considero que esta medida representa una decisión acertada y un avance significativo en el arbitraje.