

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

## LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL\*

### CORRUPTION IN INTERNATIONAL CONTRACTS CORRUPÇÃO NA CONTRATAÇÃO INTERNACIONAL

CLAUDIA MADRID-MARTÍNEZ\*\*

Recibido: 27 de noviembre de 2022 - Aceptado: 13 de marzo de 2023 -

Publicado: 23 de mayo de 2023

DOI: 10.24142/raju.v18n36a10

### Resumen

El pago de comisiones para disfrutar de posiciones privilegiadas en procesos de licitación, el pago de sumas de dinero para obtener o agilizar autorizaciones o para obviar algunos requisitos, o incluso la contratación de obras que nunca llegan a ejecutarse o se ejecutan solo

---

\* Trabajo realizado en el marco del proyecto “Efectos civiles de la corrupción en la contratación internacional. Colombia y Venezuela”, código 29-000020, Universidad Autónoma Latinoamericana.

\*\* Docente investigadora en la Universidad Autónoma Latinoamericana; parte del Grupo de Investigaciones Globalización del Derecho Privado (GLOPRI). Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogada de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); profesora titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); profesora de cátedra en la Universidad de Antioquia. CvLAC: [https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0000158961](https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000158961), Google Scholar: [https://scholar.google.es/citations?user=KqwV\\_\\_8AAAAJ&hl=es](https://scholar.google.es/citations?user=KqwV__8AAAAJ&hl=es), ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1813-0829>, correo electrónico: claudia.madridma@unaula.edu.co

de manera incompleta, son algunas de las múltiples situaciones de corrupción vinculadas a la contratación y que, en definitiva, pueden obstaculizar el cumplimiento de los fines del Estado en la búsqueda y garantía del bien común. Por tal razón, la corrupción se ha convertido en una constante preocupación para los Estados, que se han ocupado, por una parte, de establecer como tipo penal las diversas conductas que pueden calificarse como actos de corrupción, tal como ocurre con el peculado, el soborno o la colusión, y, por otra parte, han establecido normas para prevenirla, disponiendo obligaciones de transparencia en sus diversas actuaciones y que, en materia contractual, se traducen en el establecimiento de controles precontractuales. En este trabajo, con una mirada comparatista, queremos explorar el rol que puede jugar el Derecho de los contratos en la prevención y sanción de la corrupción.

**Palabras clave:** Corrupción, contratos de corrupción, contratos por corrupción, nulidad, anulabilidad, validez.

## Abstract

The payment of commissions to enjoy privileged positions in bidding processes, the payment of sums of money to obtain or expedite authorizations or to obviate some requirements; or even the contracting of works that are never—or incompletely—performed, are some of the multiple situations of corruption linked to contracting and that can hinder the fulfillment of the purposes of the State in the search and guarantee of the common welfare. Because of this reason, corruption has become a constant concern for States, which have taken care, on the one hand, to establish as a criminal offense the various behaviors that can be classified as corruption, as occurs with embezzlement, bribery, or collusion; and, on the other hand, they have established rules to prevent it, establishing transparency obligations which in

contractual issues implies establishing several pre-contractual duties. In this paper, with a comparative perspective, I want to explore the role that Contract Law can play in the prevention and punishment of corruption.

**Keywords:** Corruption, Contracts providing for corruption, Contracts procured by corruption, Nullity, Voidability, Validity.

## Resumo

O pagamento de comissões para usufruir de posições privilegiadas em processos licitatórios, o pagamento de quantias em dinheiro para obter ou agilizar autorizações ou para evitar algumas exigências; ou mesmo a contratação de obras que nunca são realizadas ou são realizadas apenas de forma incompleta, são algumas das muitas situações de corrupção ligadas à contratação e que, em última instância, podem dificultar o cumprimento das finalidades do Estado na busca e garantia do bem comum bom. Por esta razão, a corrupção tornou-se uma preocupação constante dos Estados, que têm tido o cuidado, por um lado, de tipificar como crime as diversas condutas que podem ser qualificadas como atos de corrupção, como o peculato, o suborno ou o conluio; e, por outro lado, estabeleceram regras para o prevenir, estabelecendo obrigações de transparência nas suas diversas atuações e que, em matéria contratual, se traduzem no estabelecimento de controlos pré-contratuais. Neste artigo, com uma perspectiva comparativa, queremos explorar o papel que o direito contratual pode desempenhar na prevenção e punição da corrupção.

**Palavras chave:** Corrupção, Contratos de corrupção, Contratos por corrupção, Nulidade, Anulabilidade, Validade.

## INTRODUCCIÓN: LA CORRUPCIÓN COMO OBSTÁCULO AL COMERCIO INTERNACIONAL

En la introducción (*Setting the Stage*) del reporte preparado por el Banco Mundial, titulado *Enhancing Government Effectiveness and Transparency: The Fight Against Corruption* (2020), James Anderson pone de manifiesto un hecho alarmante: miles de millones de dólares han sido robados de los distintos países mediante actos de corrupción. Ello, a pesar de que todos los días presenciamos protestas contra los actos de corrupción que amenazan la estabilidad política, y los nuevos gobiernos llegan al poder con la promesa de regímenes limpios, responsables y transparentes. En los países ricos, continúa el autor, el término “corrupción” se lanza de forma rutinaria a los oponentes políticos, a veces con hechos que respaldan las acusaciones, a veces no.

Desde la fundación de Transparencia Internacional en 1993 —continúa Anderson— y el sincero discurso de James Wolfensohn sobre el “cáncer de la corrupción” en 1996<sup>1</sup> se han realizado análisis más profundos y han evolucionado los enfoques para combatir la corrupción. Los gobiernos de todo el mundo están tratando de abordar este fenómeno que se manifiesta de diferentes formas y en diferentes sectores. La corrupción, sin embargo, no se detiene: en el 2020 se rompió el récord del mayor acuerdo legal de soborno en el extranjero cuando Airbus SE acordó un pago de 4 mil millones de dólares con Francia, el Reino Unido y Estados Unidos (World Bank, 2020).

En un documento publicado por el Banco Mundial en febrero del 2020, titulado *Elite Capture of Foreign Aid. Evidence from Offshore Bank Accounts* (Andersen *et al.*, 2020), se pone de manifiesto el impacto de la corrupción en el terreno de las ayudas extranjeras, al descubrir la correlación existente entre la entrega de ayudas a los Estados altamente dependientes de ellas y los fuertes aumentos en los depósitos bancarios en centros finan-

---

1 Siendo el noveno presidente del Banco Mundial, Wolfensohn se refirió al “cáncer de la corrupción” en un discurso ante la Asamblea Anual de Accionistas del Banco de 1996. Este discurso, reconocido como fundamental para impulsar la agenda de gobernanza del Banco, coincidió con la adopción de una política de tolerancia cero para la corrupción en los proyectos, y fue seguida poco después por el Informe de Desarrollo Mundial de 1997, que puso de manifiesto lo problemática que puede resultar la corrupción para el desarrollo, y declaró oficialmente la necesidad de un mayor compromiso del Banco para prevenir la corrupción en los proyectos. En su discurso, Wolfensohn ofreció la asistencia del Banco a los gobiernos que implementaran programas nacionales para desalentar las prácticas corruptas (Barham, 2016).

cieros extraterritoriales conocidos por el secreto bancario y la gestión de patrimonio privado, pero no en otros centros financieros. En este documento, a cargo de Andersen, Johannesen y Rijkers, se estima una tasa promedio de fuga implícita de alrededor del 7,5 %, cifra que tiende a aumentar con la relación entre la ayuda y el Producto Interno Bruto de esos Estados. En todo caso, la corrupción constituye un límite para la economía y el desarrollo de los países y frena la inversión extranjera. Ya en 1997 Kaufmann afirmaba que hacer inversiones en países relativamente corruptos podía resultar 20 % más costoso que hacerlas en un país sin corrupción.

La corrupción es también reconocida como uno de los grandes enemigos del comercio internacional. Con este reconocimiento inician Bonell y Meyer su reporte general sobre el impacto de la corrupción en los contratos comerciales internacionales, presentado en el 2015 en la Academia Internacional de Derecho Comparado, en el cual, los autores admiten que en los países en los que la corrupción corre desenfrenada, los jugadores justos no pueden acceder al mercado pues su desempeño y calidad son excluidos de la competencia por aquellos que usan el soborno como un medio para que ciertos contratos les sean adjudicados.

En ese reporte general, Bonell y Meyer también referían que, de acuerdo con las cifras del Banco Mundial, el costo de hacer negocios aumenta en un 10 % por causa de la corrupción, y en los países en desarrollo el porcentaje aumenta hasta el 25 %. El propio Banco Mundial también apunta que cada año se paga un billón de dólares en sobornos. Esta cifra era reportada por Forbes en el 2013 y ratificada por la Organización de las Naciones Unidas en enero del 2021. Algunos autores han llegado a reconocer que, “[b]ribery, some claimed, is customary and often necessary to transact business in many countries. Many business people consider bribes and gifts to be part of the cost of doing business in a foreign country” (Raoof y Rauf Butt, 1997, p. 27).

De hecho, esta especie de tolerancia hacia los actos de corrupción ha contribuido a su expansión. Así, en su *paradoxe de la corruption* Oppetit (1987) reconoció que esta es, paradójicamente, un fenómeno “unanimement réprouvé et universellement répandu”, pues en la conquista por los mercados internacionales la reprobación moral de la corrupción se debilita y llega incluso a desaparecer (pp. 5 y 11). Según estima Mayer (1991), si los exportadores se sirven de ella en Estados extranjeros, sus propios Estados llegan incluso a patrocinar actos de corrupción, por ello —afirma el propio Mayer— la corrupción no es considerada contraria ni a los usos del comercio ni a los principios generales del Derecho.

Según se lee en la Declaración de la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los Planos Nacional e Internacional, los Estados se mostraron convencidos “del impacto negativo de la corrupción, que obstaculiza el crecimiento económico y el desarrollo, socava la confianza pública, la legitimidad y la transparencia y entorpece la elaboración de leyes imparciales y eficaces, así como su administración, ejecución y aplicación”. Por ello, destacan “la importancia del Estado de derecho como elemento esencial para hacer frente a la corrupción y prevenirla, por medios como el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados con respecto a los asuntos penales” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012, párr. 25).

No obstante este reconocimiento y las acciones que los Estados han ido tomando para hacer frente a la corrupción, las cifras no hacen más que crecer y la corrupción, lejos de disminuir o controlarse, aumenta y alcanza prácticamente a todos los sectores. Autores como Gherzi, por ejemplo, estiman que el problema con la corrupción es que se la ve como una causa y no como un efecto. La corrupción, estima Gherzi, es consecuencia del costo de la Ley,<sup>2</sup> con lo cual, combatirla eficientemente supone reducir este costo. “Esto explica —afirma el propio autor— por qué existe una correlación negativa entre economía de mercado y corrupción, ya que con ella el costo de la legalidad es más bajo que en los sistemas intervenidos” (Gherzi, 2000, pp. 174 y 177).

Resulta, en este sentido, de interés una investigación avanzada por Gil, Llorca y Martínez (2019), en la que buscan medir los efectos de la corrupción en el comercio internacional. Los autores utilizan tres medidas diferentes de corrupción para abordar el problema: el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) y el Índice de Control de la Corrupción (ICC), ambos basados en la percepción, por un lado, y un Índice de Corrupción Estructural (SCI), construido por Dreher, Kotsogiannis y McCorriston (2007), que proviene de un modelo estructural que toma en cuenta causas e indicadores

---

2 Resulta de gran interés el estudio llevado adelante por profesores de la Universidad Simón Bolívar (USB), la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y el Colegio de Estudios Superior de Administración (CESA) en el cual muestran, mediante estadísticas concretas, la relación entre la extensión de la Constitución y los índices de corrupción, de manera que, mientras más extensa la Constitución, mayor el índice de corrupción. Así, a partir de los datos de Transparencia Internacional, los autores afirman que “nueve países que superan acaso los 30 puntos en el índice de corrupción y tienen constituciones que van desde los 98 artículos a los 375 artículos” Canova *et al.*, 2021, pp. 680-681).

de corrupción. Este análisis les permitió a los autores afirmar que, desde un punto de vista teórico, los efectos de la corrupción en los flujos comerciales internacionales son ambiguos. Por un lado, la corrupción puede actuar como una barrera al comercio aumentando el costo de hacer negocios internacionales. Pero, por otro lado, los agentes corruptos pueden facilitar el comercio en países con regulaciones estrictas (hipótesis de “engrasar las ruedas”). Determinar qué factor domina y en qué circunstancias es una cuestión empírica (Gil *et al.*, 2019).

El caso es que los Estados han emprendido la tarea de combatir la corrupción diseñando un complejo entramado normativo que apunta, en primer término, a tipificar como delito penal algunas de las conductas comúnmente calificadas como actos de corrupción, es el caso del peculado, el soborno o la colusión; y, en segundo lugar, ya en el terreno contractual, estableciendo normas para prevenir la corrupción, haciendo énfasis especial en temas relativos a la obligación de transparencia y en el establecimiento de rigurosos deberes precontractuales.

Sin embargo, suele notarse que el mayor interés en la regulación de la corrupción viene del derecho penal, rama del Derecho que ha sido habitualmente utilizada como un arma fundamental en la lucha contra la corrupción, pero que, en nuestra opinión, no ha tenido un impacto suficiente en el combate contra este flagelo. Las cifras de corrupción así parecen demostrarlo.

En tal sentido, Bonell y Meyer (2015) han reconocido esta situación y destacan la manera en la que los tratados internacionales suelen exhortar a los Estados para que tipifiquen como delitos las conductas corruptas, incluso destacan la expansión del ámbito territorial del derecho penal al trasladar el foco de atención desde el lugar donde ocurre el incidente de corrupción hasta el lugar donde ocurre la oferta, es decir, el país de origen del soborno. La Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 1997 —ratificada por Colombia— así lo ha hecho.

Sin embargo —continúan Bonell y Meyer (2015)—, la experiencia práctica ha demostrado que el derecho penal por sí solo no puede hacer frente a esta difícil tarea; otras ramas del Derecho también deben contribuir a la consecución de este objetivo común. Así, la lucha contra la corrupción se ha convertido en un tema de moda en muchas áreas del Derecho, como el derecho tributario y el derecho laboral; también se refleja en la optimización de las reglas de contratación pública, en el gobierno corporativo e incluso

en el arbitraje. Pero en este panorama, el derecho contractual ha sido subestimado.

Ello, a pesar de que, en fase precontractual, los Estados han reforzado las obligaciones de diligencia, regulando con cierto detalle los procesos de licitación y adjudicación de contratos, incluso en el sector privado, con el objetivo de prevenir y evitar conductas de los funcionarios competentes tendientes a obtener beneficios alejados de los fines últimos de la contratación. No obstante, la atención que la fase precontractual ha merecido en las diversas legislaciones contrasta con la ausencia o poca claridad en la regulación de las consecuencias que, desde el punto de vista estrictamente contractual, pueden producir los contratos precedidos por actos de corrupción.

En buena medida, la respuesta en tales casos apunta a la nulidad del contrato, bien sea por aplicación de normas especiales, bien sea por considerar la afectación del elemento, causa que puede producirse en estos casos. Sin embargo, hay casos en los cuales la nulidad, más que prevenir que las conductas corruptas vuelvan a producirse, las alienta, al liberar al agente de las obligaciones derivadas del contrato. Por tal razón, nuestra idea con este trabajo es evaluar la solución más eficiente en estos casos, considerando la respuesta —o su ausencia— que se ha dado desde los ordenamientos colombiano y venezolano. Pero antes de llevar adelante esta valoración, debemos precisar algunos conceptos fundamentales para la mejor comprensión de este trabajo. Veamos.

## Corrupción. Nociones generales

No existe un concepto unívoco de corrupción. Según afirman Bonell y Meyer (2015), tres tipos de obstáculos se interponen en la tarea de definirla: las fronteras estatales, pues lo que es corrupción en un Estado puede no serlo en otro; los límites interdisciplinarios, pues la corrupción es vista no solo desde el Derecho, sino también desde otras disciplinas, y, finalmente, los límites intradisciplinarios, pues incluso desde el punto de vista del Derecho, las diversas ramas jurídicas tienen perspectivas diversas respecto de la corrupción, que atienden a los propósitos de cada una de esas ramas.

Los tratados que regulan la corrupción, entre los que se destacan la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 1997; la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1997 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003 —las tres vigentes en



Colombia y solo las dos últimas en Venezuela—, no se han animado a definirla, conformándose, tal como ocurre con la mayoría de las legislaciones internas, con enumerar ciertas conductas consideradas como corruptas.

Según puede leerse en la *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, preparada por Transparencia Internacional en el 2009, la corrupción puede ser entendida, de manera muy general, como “el abuso del poder para beneficio propio” (p. 14). El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (2004), por su parte, define la corrupción como “[e]l mal uso del poder público o de la autoridad para el beneficio particular, por medio del soborno, la extorsión, la venta de influencias, el nepotismo, el fraude, el tráfico de dinero y el desfalco” (p. 2).

Esta definición ha sido asumida en Colombia en el documento CONPES 167 (2013), en el cual se afirma que corrupción es “el uso del poder para desviar la gestión de lo público hacia el beneficio privado”; y se entiende además que tal concepto “implica que las prácticas corruptas son realizadas por actores públicos y privados con poder e incidencia en la toma de decisiones y la administración de los bienes públicos” (pp. 18-19).

En el 2017 se publicó la *Guía anticorrupción para empresas*, un esfuerzo conjunto entre la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la Cámara de Comercio de Bogotá. En ella se entiende a la corrupción como un fenómeno que involucra tres elementos fundamentales: una relación de poder o confianza, el desvío de poder y la obtención de un beneficio particular. A estos elementos pueden añadirse otros que —tal como se reconoce en la guía citada— dan lugar a diversos tipos de corrupción.

Así, la corrupción puede ser pública o privada, en función de la cualidad de las personas que participan en ella; puede ser pluripersonal o unipersonal, según la cantidad de actores involucrados. En función de la valoración que se hace del comportamiento, puede ser blanca —la mayoría de las personas no lo concibe como un acto corrupto—, negra —todos lo consideran como un acto corrupto— o gris —algunos consideran que se trata de un acto corrupto, otros no—. La corrupción puede ser legislativa, administrativa, judicial, electoral o política, en función del sector involucrado. Puede tratarse de gran corrupción cuando afecta los niveles centrales del gobierno, o pequeña corrupción cuando implica el intercambio de pequeñas sumas de dinero, concesión de pequeños favores, empleo de familiares o amigos, entre otros.

Además, la corrupción puede ser ocasional —cuando es la excepción, no la regla—, sistémica —si se trata de una práctica común— o endémica

—cuando ha permeado la mayoría de las instituciones y procesos del Estado—. Finalmente, la corrupción puede ser activa, cuando se verifica una actuación intencionada; o pasiva, cuando el agente ofrece la oportunidad para la comisión de actos corruptos.

En todo caso, la corrupción es un concepto tan amplio que, tal como hemos afirmado, más que definirse, suele describirse mediante las conductas que pueden calificarse como tal. Así, por ejemplo, el artículo VI.1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción entiende como actos corruptos el requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; el ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; la realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo, y la participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el citado artículo.

Conviene considerar que la corrupción ha sido vista como un problema propio del sector público, no obstante, en el sector privado también se observan estas prácticas. Tal vez con esto en mente, en 1977 la Cámara de Comercio Internacional publicó sus Reglas para Combatir la Corrupción, convirtiéndose en el primer organismo privado en ocuparse del tema. Estas reglas fueron actualizadas en el 2011 y en ellas, luego de establecer una serie de prácticas prohibidas entre las que se destacan el soborno, la extorsión, el tráfico de influencias y el lavado de dinero producto de estas prácticas (Parte I), establece políticas corporativas para el cumplimiento de estas reglas (Parte II) y los elementos para un programa corporativo de cumplimiento eficiente (Parte III). Dichas reglas pueden ser incluidas en los con-

tratos mediante la llamada “Cláusula Anticorrupción”, cuyas posibilidades de expresión también han sido publicadas por la ICC (Cámara de Comercio Internacional, 2012).

## LA CORRUPCIÓN EN LOS DERECHOS COLOMBIANO Y VENEZOLANO

Tanto en Colombia como en Venezuela, la corrupción es tratada como un delito. En el caso de Colombia, el Código Penal (2000), en el libro relativo a los delitos contra la administración pública, establece como tipos penales al peculado (arts. 397-403A), la concusión (art. 404), el cohecho (arts. 405-407) y añade normas sobre la celebración indebida de contratos (arts. 408-410A). Además, el Estatuto Anticorrupción (República de Colombia, 2011), establece en su Capítulo VII una serie de medidas administrativas para la prevención y lucha contra la corrupción, fortaleciendo el sistema de vigilancia contractual y permitiendo a las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993, mediante la cual se establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, declarar el incumplimiento, cuantificar los daños derivados del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal; fortaleciendo los controles en la contratación directa, los criterios de selección de contratistas y la transparencia en la contratación de menor cuantía, entre otras medidas. Conviene además mencionar la Ley 1712 de 2014, sobre Transparencia y Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional, cuyo objeto es “regular el derecho de acceso a la información pública, los procedimientos para el ejercicio y garantía del derecho y las excepciones a la publicidad de información” (República de Colombia, 2014, art. 1).

En el caso de Venezuela, la regulación está concentrada en la Ley contra la Corrupción (República Bolivariana de Venezuela, 2022). Esta ley, luego de establecer como “principios rectores para la administración, manejo, custodia y salvaguarda del patrimonio público: la honestidad, probidad, decoro, honradez, transparencia, participación ciudadana, eficacia, eficiencia, legalidad, colaboración, rendición de cuentas, responsabilidad y corresponsabilidad” (art. 6), consagra como tipos penales la promesa, ofrecimiento o concesión de beneficios o ventajas (art. 52); el enriquecimiento ilícito (art. 53); la apropiación o distracción del patrimonio público (art. 59); el uso indebido de bienes del patrimonio público (art. 61); el destino diferente a fondo o rentas públicas (art. 63); la aplicación diferente a fondo o rentas

públicas (art. 64); la evasión de procedimientos, controles o restricciones en licitaciones (art. 65); los excesos para contraer gastos o deudas (art. 66); el soborno (arts. 67 a 69, 71 y 90); la persuasión e inducción a delinquir (art. 70); el uso indebido de información o datos reservados (art. 73); el acto arbitrario (art. 74); el favorecimiento o perjuicio electoral (art. 75); la cobranza de impuestos o tasas por medios no autorizados (art. 76); el concierto para la celebración de contratos (art. 77); la obtención de ventajas o beneficios económicos (art. 78); la procura de utilidades ilegales por actos de la administración (art. 79); el incremento injustificado de patrimonio (art. 80); el provecho o distracción de dinero, valores o bienes públicos (art. 81); la ausencia o disconformidad de balances (art. 82); el falseamiento u ocultamiento de datos en la declaración jurada de patrimonio (art. 83); la expedición de falsas certificaciones (art. 84); el ocultamiento, inutilización o alteración de libros (art. 85); el valimiento de relaciones (art. 86); la procura o pago de utilidades, ventajas o beneficios económicos (art. 87); la apertura de cuentas indebidas (art. 88) y la denuncia o acusación falsa (art. 89).

Ahora bien, ambos Estados han emprendido esfuerzos en su lucha y prevención de la corrupción. Quizá con mayores resultados en Colombia, pues la transparencia en los procesos del Estado fue una de las exigencias para su ingreso a la OCDE. No obstante, la corrupción no ha dejado de ser un problema. Así lo reconoce en el ámbito colombiano el citado documento CONPES 167 que entiende que “las oportunidades para materializar los riesgos de corrupción en la contratación estatal persisten” (CONPES, 2013, p. 36).

En efecto, este documento cita los resultados de la Encuestas sobre Ambiente y Desempeño Institucional, aplicadas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) del 2012, en los que se afirma que el 55 % de los contratos celebrados fueron contratos de servicios, con la posible existencia de nóminas paralelas e institucionalización de vinculación de personal con contratos temporales, lo cual permite “relacionar estrechamente el exceso en la contratación de personal por vía directa y por contratos de prestación de servicios con vínculos personales, familiares o políticos, lo que eleva el riesgo de corrupción para la toma decisiones de carácter imparcial” (CONPES, 2013, p. 35).

Más recientemente, en el Informe Colombia sobre Seguimiento al Compromiso de Lima (Observatorio Ciudadano de Corrupción, 2021a), el Observatorio Ciudadano de Corrupción reporta ciertos avances representados, fundamentalmente, por la aprobación de la ley 1882 del 2018 por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer

la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. Esta ley ordena la publicación obligatoria de la totalidad de las etapas de contratación en la plataforma del Sistema de Contratación y Compras del Estado (SECOPE), lo cual contribuye con la transparencia. No obstante, en el reporte se reconoce que a partir de la información publicada en el SECOPE también se evidencian ciertos problemas relacionados, fundamentalmente, con la calidad de los datos registrados, los tiempos de publicación y la actualización de la plataforma. La ley 1882 del 2018 fue modificada por la ley 2022 del 2020, mediante la cual se ordena a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente o quien haga sus veces, la adopción de documentos tipo que serán de obligatorio cumplimiento en la actividad contractual de todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente (ANCP-CCE), ente rector en materia de contratación pública, incorporó como requisito el denominado “compromiso anticorrupción”, de manera que los proponentes deben declarar y comprometerse a tomar las medidas necesarias para garantizar la transparencia en la celebración y ejecución del contrato.

El caso de Venezuela, por su parte, resulta dramático. En el informe “Seguimiento al Compromiso de Lima”, publicado en el 2021 por el Observatorio Ciudadano de Corrupción (2021b), se admite que

[l]as investigaciones realizadas, durante más de diecisiete años, por Transparencia Venezuela han permitido identificar un patrón de Gran Corrupción que, en forma generalizada y sistemática, ha capturado a las instituciones y los recursos públicos para beneficio de pequeños grupos con acceso y control del poder en Venezuela (p. 7).

El propio informe refiere algunos elementos que contribuyen a este desolador panorama: el monopolio en sectores económicos, producto de los esfuerzos del Estado por “incrementar su poder de mercado y convertirse en el único propietario y administrador de productos, bienes y recursos esenciales para los ciudadanos”; la adopción de políticas que han servido como incentivos a la corrupción, entre las que destaca el control de cambios y el control de precios; el gasto público discrecional; la participación del estamento militar en diversos órganos del Estado; el permanente estado de emergencia en que se ha mantenido al país, permitiéndole al Gobierno

incrementar sus potestades y suprimir los controles ejercidos por otros órganos del Estado; la impunidad institucionalizada; la opacidad y ausencia de rendición de cuentas; el impulso a la desinformación y la hegemonía comunicacional que mantiene el Gobierno; las designaciones en altos cargos, no por mérito, sino por lealtad; la legalización de grandes sumas de dinero y bienes provenientes de la corrupción, mediante redes internacionales que involucran gobiernos, empresas y otros grupos extranjeros, y, finalmente, el consecuente impacto de la corrupción en la violación de los derechos humanos de los venezolanos y la criminalización de la protesta (Observatorio Ciudadano de Corrupción, 2021a, pp. 8-13).

En materia de contrataciones públicas, el Observatorio destaca en su informe (2021a) la vigencia de la Ley de Contrataciones Públicas (República Bolivariana de Venezuela, 2014), instrumento cuyo principal problema no es no adaptarse plenamente a los parámetros internacionales de transparencia, competencia y uso de tecnologías, sino el hecho de no ser aplicado por las instituciones. En Venezuela la contratación directa, de carácter excepcional en la ley, se ha convertido en la regla. A esto se suma el hecho de que los datos relativos a los contratos adjudicados, los pagos efectuados y los porcentajes ejecutados no son publicados (Observatorio Ciudadano de Corrupción, 2021b).

Como se ve, el ámbito de los contratos parece terreno fértil para la corrupción. Los esfuerzos llevados adelante por los Estados no parecen suficientes y, en su labor de prevención y sanción de la corrupción, lamentablemente el Derecho de los contratos no es visto como una herramienta eficiente. Cuando un contrato es afectado por actos de corrupción, la sanción del agente es dejada en manos del derecho penal y, desde el Derecho de los contratos, la nulidad del acuerdo parece ser la única salida posible.

## ACTOS DE CORRUPCIÓN EN LOS CONTRATOS

Una de las conductas corruptas más frecuente en la contratación, tanto pública como privada, es el soborno o cohecho. El artículo 1.1. de la convención de la OCDE sobre la lucha contra el cohecho entiende que esta figura se pone de manifiesto cuando una persona, de manera deliberada, ofrece, promete o concede alguna “ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero”. Tales conductas pueden desarrollarse de forma directa o mediante intermediarios, en beneficio propio o de un tercero. La ventaja indebida tiene por objeto

Que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales (OCDE, 1997, p. 6).

La Convención de las Naciones Unidas se refiere al cohecho distinguiendo los casos en los que intervienen funcionarios públicos, sean nacionales (art. 15), o extranjeros o pertenecientes a organizaciones internacionales (art. 16), de aquellos que se desarrollan en el sector privado (art. 21). En todos los casos se entiende, por un lado, la promesa, ofrecimiento o concesión al funcionario o ente privado, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido en provecho propio o de otra persona o entidad, con el objeto de que dicho funcionario o ente privado actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones; y, por otro, la solicitud o aceptación por un funcionario o ente privado, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido en provecho propio o de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario o ente privado actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones.

Por su parte, el artículo VI de la Convención Interamericana contra la Corrupción, al enumerar los actos de corrupción a los cuales se aplica ese instrumento, se refiere, en primer lugar, al requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas. También se considera un acto de corrupción incluido en la Convención el hecho de ofrecer u otorgar tales ventajas en las condiciones indicadas. No obstante, al referirse al “soborno transnacional”, en el artículo VIII se limita a la oferta y el otorgamiento de ventajas indebidas.

En el ámbito de la Unión Europea, destaca el Convenio Civil sobre la Corrupción (1999), en cuyo artículo 2 se identifica la corrupción con el soborno. En efecto, de conformidad con esta norma:

se entenderá por corrupción el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario

del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida.

Finalmente, tanto el Código Penal colombiano (arts. 405 a 407) como la Ley contra la Corrupción venezolana (arts. 67 a 69, 71 y 90) califican al soborno como delito. Estos instrumentos estatales, tal como ocurre con los tratados antes citados, hacen hincapié tanto en la promesa, el ofrecimiento o la concesión directa o indirecta de una ventaja indebida, como en la solicitud o aceptación directa o indirecta de la misma, para que un funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones.

En materia de contratos, el soborno está presente en el esquema básico de la corrupción. En efecto, la forma más simple del intercambio corrupto es una relación triangular que involucra al principal, al agente y al pagador del soborno (Bonell y Meyer, 2015). Entre el principal y el agente existe una relación que puede revestir las más variadas formas. Así, el agente puede ser empleado del departamento de compras o incluso ser director general de una empresa, en todo caso, se trata de un sujeto que está en una posición que le permite actuar en nombre del principal y contratar con terceros, lo que requiere que exista cierta confianza entre ambos. El tercero vulnera esa relación de confianza y ofrece u otorga secretamente un beneficio al agente, beneficio que comúnmente es monetario, pero que puede también incluir beneficios de cualquier otro tipo, tales como joyas, invitaciones a viajes costosos, títulos honorarios o, incluso, favores sexuales.<sup>3</sup>

Bonell y Meyer (2015) destacan además el rol de la intermediación en estas relaciones, pues debido al carácter ilícito de las relaciones que giran en torno al pago del soborno, es común recurrir a un tercero que evite que las partes participen directamente en estos tratos. La intermediación, reconocen los autores, reviste muchas y muy variadas formas, siendo la consultoría una de las más comunes. Los autores reconocen que los servicios de consultoría son frecuentes en el comercio internacional y pueden ser un enfoque sensato, por ejemplo, con respecto a la situación política o económica en el país de destino o con respecto a las costumbres y prácticas regionales. Sin embargo, continúan Bonell y Meyer (2015), entre el rebaño de consultores hay ovejas negras cuya actividad principal o única consiste en canalizar sobor-

---

3 Bonell y Meyer (2015) citan, respecto de la naturaleza del beneficio, el caso *Korea Spplly Co. Vvs. Lockheed Martin Corp.*, de 2003, en el cual el demandado presuntamente sobornó a funcionarios públicos coreanos con favores sexuales en un negocio de armas.



nos a personas influyentes. Estas personas tienen a su disposición tanto los contactos políticos como el *know-how* para tales transacciones encubiertas. Para ello, hay un esquema común: A contrata a B para iniciar la celebración de un contrato con D. A cambio de las actividades que va a desarrollar B — muy superficialmente descritas en el contrato de consultoría— este recibirá una generosa tarifa de contingencia que, en parte, se dedicará al pago de sobornos.

Para poner de manifiesto el carácter aparentemente lícito del soborno, debido a las formas que adopta en la práctica, las reglas de la ICC (2012) se refieren al soborno, en el artículo 1.a, y luego de definirlo de manera similar a la antes descrita, establecen que

el soborno con frecuencia incluye (i) el compartir parte del pago de un contrato adjudicado, ya sea con el gobierno, funcionarios de partidos o empleados de la otra parte contratante, o sus parientes, amigos o Socios Comerciales o (ii) utilizar intermediarios tales como agentes, subcontratistas, consultores u otros terceros, para canalizar pagos al gobierno o funcionarios de partidos, o a empleados de la otra parte contratante, sus parientes, amigos o socios comerciales (p. 6).

El soborno, en todo caso, supone un acuerdo independiente del contrato cuya adjudicación se persigue. Por ello, es común distinguir —y así lo hacen Bonell y Meyer<sup>4</sup> y los Principios TransLex<sup>5</sup>— entre contratos de corrupción y contratos por corrupción. Antes de entrar en el análisis de ambos tipos de contratos haremos una breve referencia a un caso lamentable, muy sonado en nuestro continente: el caso Odebrecht.

## UN EJEMPLO TRISTEMENTE CÉLEBRE: EL CASO ODEBRECHT

En el 2016, en el curso de un proceso llevado por la Corte de Distrito de Nueva York, en el caso Odebrecht y Braskem, una de las filiales de Odebrecht, los representantes de estas empresas, con el objetivo de mitigar las sanciones a sus prácticas corruptas, aceptaron la culpabilidad en la violación

---

4 Los autores se refieren a “contracts providing for corruption” y “contracts procured by corruption” (Bonell y Meyer, 2015, p. 6).

5 Los Principios TransLex, en el principio IV.7.2, distinguen entre “contracts providing for the payment or transfer of bribes” y “contracts procured by the payment or transfer of bribes”.

de la Foreign Corrupt Practices Act de 1977 y acordaron pagar una multa de al menos 3,5 mil millones de dólares por los cargos en Estados Unidos, Brasil y Suiza, habiendo pagado cientos de millones de dólares en sobornos alrededor del mundo.

Según se lee en la nota de prensa del Departamento de Justicia de Estados Unidos (2016), Odebrecht, que contaba en su estructura con una especie de “Departamento de Sobornos”, se involucró en un esquema masivo e incomparable de soborno y manipulación de licitaciones a partir del 2001 y durante más de una década. Durante ese tiempo, Odebrecht pagó aproximadamente 788 millones de dólares en sobornos a funcionarios del gobierno, sus representantes y partidos políticos, en varios países, con el fin de ganar negocios en ellos. La conducta delictiva fue dirigida por los niveles más altos de la empresa, y los sobornos se pagaron a través de una compleja red de empresas fantasmas, transacciones fuera de libros y cuentas bancarias extraterritoriales.

El impacto en América Latina fue importante. Los mecanismos propios del derecho penal se activaron, se abrieron averiguaciones, se inició la judicialización de altos funcionarios, algunos de cuales fueron incluso privados de libertad. Los distintos Estados iniciaron averiguaciones enfrenando la encrucijada de no permitir la impunidad y la necesidad de no frenar los grandes proyectos de infraestructura confiados a la empresa brasileña.

En Perú, por ejemplo, a raíz de este caso se modificó el Decreto Ley 1071 que norma el arbitraje (2008), mediante el Decreto de Urgencia 020 de 2020. A partir de la modificación, los casos que involucren al Estado en causas cuya cuantía sea mayor a diez mil dólares deben ser atendidos en arbitraje institucional. Además, se exige fianza como contracautela para la ejecución de medidas cautelares y se prohíbe actuar como árbitros a quienes hayan tenido contacto previo con el caso sometido a arbitraje.

En Venezuela, por su parte, se generó mucho ruido, pero pocos fueron los resultados. En el 2017, luego de conocerse el acuerdo, el Ministerio Público abrió averiguaciones, se allanaron las oficinas de Odebrecht en Caracas y se dictaron algunas medidas cautelares. Sin embargo, la llegada de un nuevo fiscal general, nombrado por la cuestionada Asamblea Nacional Constituyente, supuso la persecución de los fiscales nombrados en el caso, uno de los cuales está preso, y el otro en el exilio.

En un informe publicado en el 2018 por Transparencia Venezuela se puso de manifiesto la estrecha relación de Odebrecht con Venezuela, la cual inició durante el gobierno de Hugo Chávez y continuó en el de Nicolás Ma-

duro. No obstante, la falta de transparencia en relación con los contratos, los pagos y demás detalles de las negociaciones dificulta dimensionar el impacto del caso Odebrecht en el país. Transparencia Venezuela (“Informe Odebrecht”, 2018) afirma haber identificado 33 obras y 40 contratos suscritos por algunos ministerios venezolanos, o entes adscritos a ellos, con Odebrecht —36 de ellos en la administración Chávez—, pero la organización solo tuvo acceso a nueve contratos, y solo logró ubicar información importante sobre dieciocho. De las 33 obras identificadas, solo nueve han sido terminadas.

En el 2017, presionado por los escándalos de la constructora brasileña, Maduro anunció la paralización de todas las obras en curso y la reasignación de los contratos a empresas venezolanas. Sin embargo, Transparencia Venezuela (“Informe Odebrecht”, 2018) hace énfasis en las dificultades de una decisión semejante, pues difícilmente esos proyectos con Odebrecht puedan ser cerrados y finiquitados desde el punto de vista financiero, de manera que se debe dar continuidad a las obras inacabadas y permitir a Venezuela acceder a las indemnizaciones correspondientes. Actualmente, según los cálculos de Transparencia Venezuela, el país adeuda cerca de 16 mil millones de dólares a Odebrecht.

En el 2019, el Ministerio de Transporte anunció que asumiría 17 de los contratos celebrados con Odebrecht y que concluiría las obras (“Gobierno venezolano termina contratos con Odebrecht”, 2019). No obstante, el 14 de abril del 2021, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia admitió tres demandas interpuestas el 3 de noviembre del 2020 por los abogados de la constructora brasileña, con fundamento en el silencio del Ministerio frente a su solicitud de no dar por terminados los contratos. La Sala, aunque admitió las demandas, rechazó decretar medidas de suspensión de la decisión del Ministerio argumentando que pronunciarse sobre las medidas podía suponer adelantar su decisión sobre el fondo del litigio. En marzo del 2022, la Sala anunció en una nota de prensa, sin mayores explicaciones, suspensión “hasta nuevo aviso” de las audiencias que debían realizarse entre los días 10 y 17 de marzo del 2022.

El 28 de septiembre del 2021 Maduro había aprobado 17,5 millones de dólares para la continuación de la línea 5 del Metro de Caracas, y una cantidad semejante para reactivar el proyecto del tren Guarenas-Guatire, ambos proyectos inacabados de Odebrecht (“Venezuela: Nicolás Maduro aprueba fondos para obras inconclusas de Odebrecht”, 2021). Nada se ha informado, sin embargo, sobre las consecuencias financieras de las terminaciones de los contratos.

Con respecto a Colombia, en el acuerdo firmado por directivos de Odebrecht en Nueva York se afirmó el pago de 11,5 millones de dólares, lo cual condujo a la judicialización de diversos funcionarios, de los cuales, hasta ahora, se ha condenado a once, incluyendo un exviceministro de infraestructura, por cohecho y delitos afines (“Los 11 condenados en Colombia por el escándalo de Odebrecht”, 2019). Además, es importante mencionar la nulidad del contrato de obras celebrado con la Concesionaria Ruta del Sol, al cual, por su importancia para nuestro trabajo, nos referiremos con detalle *infra*.

## CONTRATOS DE CORRUPCIÓN Y CONTRATOS POR CORRUPCIÓN

Tal como hemos adelantado, antes de tomar partido por la nulidad, hemos de distinguir entre los contratos de corrupción, es decir, aquellos celebrados para llevar adelante un acto corrupto como el soborno, y los contratos por corrupción, que son acuerdos cuya celebración es precedida por actos de corrupción. Veamos.

### Contratos de corrupción

Con la expresión contratos de corrupción —*contracts providing for corruption*— se hace referencia a los acuerdos que tienen por objeto el pago de una cantidad para obtener una ventaja indebida. Es el contrato de soborno, cuya ilegalidad —según afirman Bonell y Meyer (2015)— requiere oscuridad para encubrir la conspiración y el secreto de las negociaciones en las que confluyen sobornador y agente, así como el posterior canje de los beneficios. Tengamos en cuenta que es común que el soborno sea calificado como delito penal.

Las características del contrato de corrupción nos conducen a afirmar su nulidad. Sin embargo, el Convenio de la OCDE prefirió no pronunciarse al respecto, y en su artículo 3.4 deja a discreción de los Estados la consideración de la imposición de sanciones civiles. Por su parte, el ya citado Convenio Civil sobre la Corrupción ordena a los Estados parte, en su artículo 8, que dispongan en su derecho interno “la nulidad de todo contrato o de toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción”.

En un sentido similar, los Principios TransLex disponen, en su artículo IV.7.2.a, que “[c]ontracts providing for the payment or transfer of bribes are void”. En los comentarios a estos principios puede leerse que los derechos de las partes en estos contratos no merecen protección legal, y esta

negativa tiene como objetivo socavar la confianza mutua entre las partes y alentarlas a abandonar sus promesas ilegales (“Principle N.º IV.7.2”, s. f.). Con esta solución, la nulidad, más que una sanción que afecta la validez del acuerdo se convierte en un elemento persuasivo, sobre todo porque, tal como referiremos *infra*, su efecto retroactivo no se traduce, en estos casos, en la restitución de lo eventualmente pagado.

Así, es común que los distintos sistemas rechacen la posibilidad de hacer valer estos contratos ante un tribunal, de manera que, por ejemplo, el incumplimiento de la promesa de una ventaja indebida no ha de conceder acción a la víctima de tal incumplimiento para ejercitar los remedios correspondientes ante la autoridad judicial o arbitral competente. Tampoco suele admitirse, según hemos adelantado, una acción para recuperar lo indebidamente pagado.

Ahora bien, aunque en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, cuya última versión es del 2016, no se hace expresa referencia a los contratos de corrupción, estos sí son considerados al tratarse el tema de la ilicitud. En efecto, tal como ocurre en la mayoría de los diversos ordenamientos jurídicos, aunque no hay una norma expresa que se pronuncie sobre la suerte de un contrato de corrupción, la respuesta viene de manos de las reglas generales sobre licitud o legalidad de los acuerdos.

En el caso de los Principios UNIDROIT, el artículo 3.3.1, incluido en la sección referida la “ilicitud”, regula los casos de “contratos que violan normas de carácter imperativo”, las cuales, de conformidad con el artículo 1.4, pueden ser “de origen nacional, internacional o supranacional”, y resultar “aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado”.

La norma contenida en el artículo 3.3.1 no se pronuncia expresamente respecto de los efectos derivados de la violación de estas normas, sino que, más bien, deja su determinación a lo que disponga la norma violada o a lo que se considere razonable, cuando la norma no disponga expresamente tales efectos. Para la determinación de lo que se considera razonable, el párrafo 3 del artículo comentado ordena tener en cuenta, entre otros criterios, la finalidad de la norma violada, las categorías de personas que la norma busca proteger, la sanción impuesta por la norma violada, la gravedad de la violación, el hecho de que una o ambas partes hayan conocido o hayan debido conocer la violación, y el hecho de que el cumplimiento del contrato conlleve la violación y las expectativas razonables de las partes.

Ahora bien, cuando en los comentarios a este artículo se hace referencia a las formas en las que un contrato puede contrariar a las normas

imperativas, se menciona, en primer lugar, el caso de un contrato que viola normas imperativas en virtud de sus propias cláusulas. En estos supuestos se destacan los casos de corrupción y fraude. Precisamente, los dos primeros ejemplos referidos involucran el pago de sobornos. En el primer caso, el pago de comisiones estaría expresamente prohibido por los ordenamientos jurídicos de los dos Estados involucrados, y, en el segundo caso, tal pago, sin estar expresamente prohibido por la ley, violaría principios de orden público (Principios UNIDROIT, 2016, pp. 137-138).

En todo caso, la vulneración de una norma o de un principio protegido por el orden público es, precisamente, la condición valorada para determinar la ilicitud de una conducta y la consecuente nulidad del acuerdo,<sup>6</sup> y esta manera de proceder es algo común en el derecho comparado. En efecto, la ilicitud suele medirse respecto de la conformidad o inconformidad con normas imperativas, principios protegidos por el orden público, o las buenas costumbres. Aunque cada vez son menos las referencias a estas últimas en las codificaciones modernas, algunas de las cuales las identifican con el orden público, las buenas costumbres están pensadas para funcionar —afirma Mélich (2006)— como “un mero complemento de la eticidad implícita en el complejo de las normas del ordenamiento positivo”, con el cual “se busca impedir que allí donde falte todavía un principio de orden público aplicable, pueda utilizarse la autonomía privada para dar fuerza legal a ciertas conductas que están en contraste con la moralidad pública” (pp. 232-233).

Podemos entonces afirmar que, con muy sutiles diferencias entre los ordenamientos jurídicos, los contratos cuya prestación es el pago de un soborno, además de ser contrarios a la ley —el soborno es un delito— y al orden público —que atenta contra los principios esenciales del sistema— pueden calificarse como contrarios a las buenas costumbres, debido a su inmoralidad.

Kreindler y Gesualdi (2015) sostienen que este tipo de acuerdos no solo son nulos por disponerlos así el Derecho que les es aplicable, sino también de acuerdo con el “orden público internacional”<sup>7</sup> —*international public*

6 Se trata, de hecho, de una nulidad *ab initio* (Kreindler y Gesualdi, 2015, p. 401).

7 En otras oportunidades nos hemos mostrado en desacuerdo con esa expresión aplicada al rechazo a la aplicación del Derecho extranjero cuando resulte manifiestamente contrario a los principios esenciales del Estado del juez (Madrid, 2012, p. 209). No obstante, este cobra especialmente importancia en el mundo del arbitraje en el que ha de entenderse como un mecanismo de protección de principios morales universalmente reconocidos en todas las áreas, especialmente en materia de

*policy*— o, incluso, de conformidad con ambos. Los autores citan, respecto de esta idea, los laudos ICC 6248 de 1990 y 3913 de 1981. En el primero se declaró nulo el contrato de corrupción por considerarse contrario a las buenas costumbres, tanto de acuerdo con el derecho aplicable al contrato como de conformidad con el orden público internacional. En el segundo, el contrato de soborno se declaró nulo por ser contrario al orden público interno francés y al orden público internacional.

Así, puede verse que gran parte de los sistemas que respondieron el cuestionario que, en el 2013 circuló entre sus miembros la Academia Internacional de Derecho Comparado sobre los efectos civiles de la corrupción, admitió que un contrato de corrupción —generalmente con la forma de un contrato para el pago de un soborno— es un contrato ilícito por ser ilegal. Así lo admiten, por ejemplo, los ordenamientos ruso<sup>8</sup> y chino, aunque en este último caso, la ilegalidad, para ser calificada como tal, debe afectar normas imperativas contenidas en las leyes adoptadas por el Congreso Nacional del Pueblo o su Comité Permanente, o en reglamentos administrativos del Consejo de Estado (Liu y Ren, 2015). En otros sistemas, como el alemán,<sup>9</sup> el italiano,<sup>10</sup> el neerlandés,<sup>11</sup> el portugués<sup>12</sup> o el suizo,<sup>13</sup> el contrato de corrupción, además de ser contrario a una disposición imperativa y ser por ello ilegal, también es considerado como un contrato inmoral o contrario al orden público.

---

negocios internacionales (Matray, 1982, p. 244). Dentro de estos principios, Bucher (1995, p. 232) se refiere a la prohibición de los acuerdos que consagren prácticas de corrupción.

- 8 Es el caso del sistema ruso, pues “Russian law bans giving bribes to both public officials and officers of private companies. In turn, a contract to commit an illegal action is invalid as a matter of Russian law” (Usoskin, 2015, p. 294).
- 9 “The bribery contract is void for both illegality (Gesetzeswidrigkeit) and immorality/violation of public policy (Sittenwidrigkeit)” (Weller, 2015, p. 176).
- 10 “In Italy the bribery contract (the agreement between the briber and the bribetaker) is void on the grounds both of illegality (infringing mandatory rules) and immorality/violation of public policy (ordine pubblico e buon costume)” (Mariani, 2015, p. 193).
- 11 “The DCC provides the grounds upon which contracts tainted by corruption may be declared unenforceable. There are two primary categories (1) invalidity as contrary to public order and morality under Art 3:40(1) DCC and (2) invalidity on ground of being contrary to mandatory law under Art 3:40(2) DCC” (Makinwa y Kramer, 2015, p. 213).
- 12 La doctrina portuguesa aclara que la ilicitud del contrato de soborno excede el objeto del contrato e impacta su contenido (de Lima Pinheiro, 2015).
- 13 “The bribery contract as such is null and void as a consequence of its contents being illegal or (if not illegal) being contra bonos mores” (Kissling, 2015, pp. 360-361).

En Canadá, por ejemplo, se distinguen los casos en que el contrato es contrario a la ley, en particular a la Corruption of Foreign Officials as a Criminal Offence, de aquellos contratos para cometer delitos o ciertos agravios (particularmente fraude) y para defraudar a las autoridades públicas, los cuales se han declarado inejecutables por violar el orden público del *common law* (Karton y Shervill, 2015).

Algo semejante ocurre en el Derecho inglés, en el que la ilegalidad deriva de una prohibición expresa o tácita contenida en una ley o en el *common law*. Así, es posible que los jueces ingleses rechacen la ejecución de un contrato, a pesar de que no exista una prohibición legal expresa o tácita, cuando ese contrato se considere *injurious for society*, expresión bajo la cual se incluyen diversas formas de ilegalidad, “such as contracts against the public good, contracts constituting the commission of a crime, contracts driven by sexual immorality, contracts presenting risks to public safety or contracts that have arisen ex turpi causa” (Marique, 2015, pp. 147-148).

En el caso de Dinamarca, aunque el soborno es calificado como un delito por el artículo 122 del Código Penal, un contrato que implique dar o recibir un soborno es considerado como contrario al orden público, noción que, al traducir parámetros morales de la sociedad danesa, hace que el contrato sea considerado, además, inmoral (Damsholt y Langsted, 2015). Lo propio ocurre en Estados Unidos, donde la penalización del soborno en la Federal Corrupt Practices Act y en algunas normas estatales hace que un contrato que lo estipule se considere contrario al orden público (*public policy*) y sea, por ello, inejecutable (Ala'i, 2015).

No debemos dejar de mencionar que el sistema checo trata al contrato de soborno como un asunto de competencia desleal. En efecto, según señala la doctrina, las disposiciones sobre soborno tienen por objeto sancionar aquellos casos en los que se haya obtenido una prioridad o una ventaja en la competencia, otorgando un determinado beneficio, en detrimento de otros competidores (Valdhans, 2015). De manera similar, en Polonia, este criterio puede resultar determinante para la validez o nulidad del acuerdo, pues si bien la prestación de servicios cuya esencia es ejercer influencia en la empresa privada a cambio de una remuneración es normalmente una actividad lícita, cuando el proveedor de servicios se compromete a realizar acciones que constituyan actos de competencia desleal o que violen las reglas de trato justo, el contrato se verá afectado de nulidad (Pazdan y Zachariasiewicz, 2015).

En el caso de los sistemas colombiano y venezolano la nulidad del contrato de soborno es también un asunto de ilicitud. En el caso de Co-



lombia, tratándose de un delito (Código Penal, arts. 405-407), un contrato que contemple como prestación el pago de un soborno ha de considerarse como un contrato con objeto ilícito al estar prohibido por la ley, tal como lo dispone el artículo 1523 del Código Civil (Hinestrosa, 2015). Igualmente, en aplicación del artículo 1524 del propio Código Civil, puede entenderse que al pactarse un pago “en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral”, se trata de un contrato con causa ilícita. En ambos casos, de acuerdo con el artículo 1741 del Código Civil, el resultado es el mismo: la nulidad absoluta (Mantilla, 2007).

Venezuela —que curiosamente fue el único Estado latinoamericano presente en las respuestas al cuestionario de la Academia Internacional de Derecho Comparado— transita por un camino similar. El contrato de soborno se considera nulo, en primer lugar, por la ilicitud de su objeto, pues el objeto de la obligación del sobornado sería una violación de la ley (Código Civil, art. 1155 y Ley contra la Corrupción, arts. 67 a 69). Por la misma razón, este contrato tiene una causa ilícita (Código Civil, art. 1157). Se trata de un contrato simultáneamente ilegal y contrario al orden público y a las buenas costumbres (Madrid y Hernández, 2015).

Ahora bien, para evitar la imposibilidad de hacer valer tales acuerdos ante los tribunales, en la práctica suele recurrirse a la simulación de negocios jurídicos, de manera que se pueda disfrazar u ocultar la ilegalidad que los caracteriza. Es común, tal como hemos advertido antes, la celebración de contratos de consultoría con intermediarios en los cuales se establecen prestaciones tan ambiguas que admiten cualquier tipo de actividades de consultoría y cabildeo.

Por ejemplo, en el caso ICC 5622 de 1992, el tribunal arbitral consideró nulo un contrato de intermediación para la adjudicación de un contrato de obra pública en Argelia, porque consideró que este tipo de contrato estaba prohibido por el Derecho argelino y era considerado inmoral, contrario a las buenas costumbres, por el Derecho suizo, que era competente para regir el contrato.

El pago de comisiones también suele incluirse en esta categoría. Pero también —según afirma Sayed (2004)— los casos en que se produce un aumento en el precio finalmente adjudicado, en relación con el precio originalmente ofrecido, pues este aumento podría, en algunos supuestos, interpretarse como que algunos de los involucrados en la toma de decisiones para la celebración del contrato esperan recibir algún beneficio. El propio autor cita algunos laudos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en los cuales se verifica esta situación. Veamos.

En el caso ICC 4145 de 1985 el soborno fue alegado en relación con la asistencia de consultores para obtener aumentos en el proyecto inicial. En opinión del tribunal arbitral, tales aumentos no obedecieron en absoluto a meros incrementos del precio sin contrapartida, lo cual habría sido sospechoso, sino que se debió a un considerable incremento en la cantidad y calidad de la obra ofrecida por el demandado en su primera licitación.

El propio Sayed (2004) estima que el incremento en el precio objetivo puede aumentar debido a variaciones inesperadas del mercado, tales como el incremento en el precio de materias primas, desde el momento en que la oferta se presentó hasta que el contrato fue adjudicado, o debido a las fluctuaciones en la tasa de cambio producida entre las fechas señaladas. En tales circunstancias, la presencia de una comisión prometida, y la discusión entre el licitador y el intermediario sobre si tal comisión obedece a la necesidad de hacer frente a las citadas variaciones o si está referida a actos de corrupción, es determinante.

En el caso ICC 8113 (2000), la fluctuación en la tasa de cambio produjo una sobrecarga de costos en cabeza del contratista, pero no causó un incremento en el precio adjudicado por el gobierno. Sin embargo, esto condujo a que el consultor y el contratista discutiesen sobre cómo responder a esta situación sin modificar el precio. El tribunal arbitral puso de manifiesto que el consultor estuvo de acuerdo en reducir el monto de la comisión acordado originalmente, lo cual le permitió al licitador responder de mejor manera a las presiones del ente de compras públicas de bajar el precio.

En esta materia también puede citarse el caso ICC 9333 (Arnaldez *et al.*, 2009). En este caso, la demandante se comprometió, mediante un acuerdo, a proporcionar ciertos servicios para ayudar a la demandada para que le adjudicasen un contrato de construcción, a cambio de una comisión cuyo monto se fijó en el acuerdo. El 40 % de ese monto se pagó en una cuenta bancaria en un banco suizo y luego no se hizo ningún otro pago. Según la demandada, la política del grupo estadounidense del que había pasado a formar parte le prohibía realizar pagos en un país que no fuera aquel donde se encontraba el agente o donde se prestaban los servicios. Se alegó que esta política se introdujo para cumplir con la Foreign Corrupt Practices Act de Estados Unidos. La demandada cree que los motivos por los que la demandante deseaba recibir el pago en Suiza estaban relacionados con el soborno, considerado como un acuerdo con causa ilícita, y por ello nulo, de conformidad con el Código de Obligaciones suizo.

Ante el incumplimiento, el demandante solicitó al tribunal arbitral el pago de la comisión más los intereses correspondientes y los daños de-

rivados del incumplimiento. La demandada alegó la nulidad del contrato. El tribunal, conformado por un árbitro único, consideró el acuerdo como válido de conformidad con el derecho aplicable, y desestimó la acusación de corrupción debido a la falta de pruebas.

En efecto, el tema probatorio suele ser un serio obstáculo en estos casos. Al respecto, Scherer (2002) se pregunta si sería conveniente exigir estándares de prueba más altos, sobre todo considerando que, usualmente, la parte que acusa a la otra de corrupción es ella misma parte del contrato de corrupción. Al respecto, el autor cita el caso ICC 6401 (1992b), en el cual el tribunal arbitral sostuvo que, de conformidad con el Derecho de Filipinas, así como con el Derecho de Estados Unidos, debería aplicarse el principio de “preponderance of evidence”. Sin embargo, con respecto a la acusación de corrupción se aplicaría un estándar más alto:

clear and convincing evidence... fraud in civil cases must be proven to exist by clear and convincing evidence amounting to more than a mere preponderance, and cannot be justified by a mere speculation. This is because fraud is never to be taken lightly (p. 30).

En el ya citado caso ICC 5622, recuerda el propio autor, el tribunal arbitral exigió pruebas “beyond doubt” (Scherer, 2002, p. 30).

Por ejemplo, en el caso ICC 6497 (1999) se consideró que la negativa del funcionario público de entregar los registros bancarios que acrediten el pago ocasional a terceros se consideró como prueba circunstancial determinante de la irregularidad de los pagos corruptos. La negativa del agente a revelar información sobre sus actividades, sobre la estructura de su grupo también —al lado de la velocidad con la que fue adjudicado el contrato— fue considerada como evidencia circunstancial decisiva para probar el soborno en el caso ICC 3916 (1982).

Pero, sin duda, el caso más interesante es el ICC 1110 de 1963, en el cual, el árbitro Gunar Lagergren negó su competencia para conocer de una demanda arbitral que versaba sobre un acuerdo concluido entre un ingeniero argentino y una empresa inglesa. Mediante este acuerdo, el ingeniero, reconocido por su cercanía con las autoridades gubernamentales, se comprometió a facilitar la adjudicación de contratos estatales a la empresa inglesa. A cambio de ello recibiría el 10 % del valor de los contratos efectivamente celebrados. Según se afirma en el laudo, el ingeniero usaría parte de esa “comisión” para pagar el favor de los funcionarios involucrados en las contrataciones.

Frente a este panorama, el árbitro Lagergren afirmó que un caso como este, en el que se evidencian grandes violaciones de las buenas costumbres y el orden público internacional, no puede tener respaldo en ningún tribunal, ya sea en Argentina, en Francia, o en cualquier otro país civilizado, ni siquiera en un tribunal arbitral. Con este argumento, el árbitro declinó su competencia y concluyó que “[p]arties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realise that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes”.

Comentando esta sentencia, Fernández-Armesto (2018) ha estimado que, aunque moralmente es una decisión acertada —“Hoy en día admiramos la integridad del juez Lagergren”—, el principio de separabilidad del acuerdo arbitral ha debido servirle de fundamento para mantener la validez de la cláusula arbitral, que, de conformidad con el citado principio, no se vería afectada por la suerte del contrato en el cual está contenida. Según concluye el autor, “la corrupción afectará al objeto del contrato y no a la cláusula arbitral” (p. 15).

No obstante, bajo la argumentación de Lagergren subyace un principio acogido por la mayoría de los sistemas en los que se admite que un pacto inmoral no puede ser llevado ante los órganos de administración de justicia, que no merece protección, pues nadie puede alegar su propia torpeza, lo que haría que una acción semejante sea inadmisibile. A pesar de ello, la doctrina ha visto en este caso un tema de inarbitrabilidad más que de lo que realmente se trata, un caso de inadmisibilidad.<sup>14</sup>

Al respecto, Gaillard y Savage (1999) reportan, como en casos posteriores, que los tribunales arbitrales no han declarado inarbitrables este tipo de disputas ni han recurrido a la regla *nemo auditur*, sino que han declarado la nulidad de los contratos. Así, refieren los autores citados, en el caso ICC 2730 de 1982, respecto de un contrato simulado para otorgar a una parte un préstamo al que no tenía derecho, se consideró que el contrato no solo era contrario al Derecho yugoslavo —que era el Derecho aplicable al contrato—, sino también a la moral y a las buenas costumbres (“bones mores”). Así —se afirmó en el laudo— :

14 “It has been noted that this decision was in fact based not so much on a finding of non-arbitrability, but rather on the inadmissibility of the claim founded on a rule similar to that reflected by the adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. In any event, this award has long been construed as holding disputes involving allegations of corruption to be non-arbitrable” (Gaillard y Savage, 1999, pp. 353-354).

De manière générale, tout contrat ayant un objet contraire à des lois impératives ou d'ordre public, à la morale et aux bonnes mœurs est nul d'une nullité absolue ... Ce principe est admis dans tous les pays et par toutes les législations. Il constitue une règle internationale, un élément du droit commun des contrats dans le domaine international.

Aunque Gaillard y Savage (1999) admiten que este análisis es generalmente aceptado por la doctrina, reconocen la poca claridad que se produce respecto de los casos en los cuales ninguna de las partes solicita al tribunal arbitral que se pronuncie sobre la cuestión de la nulidad. Esto dejaría a los árbitros —afirman los autores— sin otra opción que ignorar la cuestión de la nulidad o renunciar si creen que no deben verse involucrados en una violación del orden público internacional.

Sanquínico (2021) ha afirmado que, en el curso de un arbitraje, debe ser la relación jurídica debatida la que determine la arbitrabilidad del litigio. El acto corrupto, por su parte, puede ser valorado por el árbitro respecto de los efectos que este produzca sobre la relación debatida, pues la calificación del hecho como corrupción y la determinación de sus correspondientes efectos penales es un asunto reservado al poder judicial de cada Estado. Distingue así el autor, precisamente, entre los contratos de corrupción y los contratos por corrupción.

Cuestión distinta, tal como lo destaca Mantilla Espinosa (2007, pp. 9-10), es que “móviles inmorales” hayan llevado a las partes a celebrar el acuerdo arbitral, con el objetivo de evitar que la jurisdicción ordinaria conozca de sus “actividades censurables”. En tal caso, en virtud del principio Kompetenz-Kompetenz, el árbitro habrá de declarar nulo el acuerdo arbitral y el asunto volvería a manos del juez ordinario, quien sería competente para pronunciarse sobre el contrato.

En todo caso, la convicción de que una pretensión ilícita no debe ser escuchada por el tribunal —ordinario o arbitral— ha conducido incluso a negar la restitución de los pagos hechos en virtud de un acuerdo nulo por ser contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres. Así, el artículo 1157 del Código Civil venezolano dispone, en su último párrafo, que “[q]uien haya pagado una obligación contraria a las buenas costumbres, no puede ejercer la acción en repetición sino cuando de su parte no haya habido violación de aquellas”. En sentido similar, el artículo 1525 del Código Civil colombiano establece que “[n]o podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”.

La razón de esta imposibilidad de repetir lo pagado es el principio según el cual “*nemo auditur quem propriam turpitudinem allegans*” (Hines-trosa, 2015; Hernández y Madrid, 2015; Mantilla, 2007; Mélich, 2006) o — como afirma Herbert— “A dirty dog will get no dinner from the Courts” (citado en Bonell y Meyer, 2015, p. 15). En estos casos, el legislador prefiere autorizar un enriquecimiento injusto que permitir que estas pretensiones sean planteadas ante los tribunales. Tal fue el criterio utilizado por la Corte de Apelaciones de París en el caso *Société European Gas Turbines SA vs. Westman International Ltd.*, decidido el 30 de septiembre de 1993. En la citada sentencia se afirmó que el Derecho francés sanciona penalmente la corrupción, por lo que los contratos de corrupción son nulos por inmoralidad o ilicitud de la causa o del objeto, de conformidad con el artículo 1133 del Código Civil, y si esa ilicitud es conocida por las partes, se aplica el adagio según el cual nadie puede alegar su propia torpeza, el cual tiene por objeto entorpecer la ejecución de ese contrato inmoral o ilícito, privando de toda seguridad a la parte que lo cumplió primero.

Al respecto, Bonell y Meyer (2015) afirman que, el hecho de que quien ofrece el soborno pueda negarse a pagarlo, alegando la ilicitud del acuerdo, luce como doblemente injusto, pues, por un lado, se traiciona a la otra parte del contrato principal —aquel para cuya celebración se ofrece el soborno— ofreciendo un soborno a su agente y, por otra parte, se logra la adjudicación del contrato principal sin pagar el soborno, con lo cual la ley parece funcionar a favor de la más deshonestas de las partes. No obstante, los propios autores entienden que, a pesar de esta posibilidad, la nulidad del contrato de corrupción busca socavar la confianza entre el pagador del soborno y el intermediario.

Los propios autores citan una decisión dictada en 1995 por la Cour d’appel de París, en la que el tribunal afirmó que el conocimiento por las partes del fin inmoral o ilícito del contrato, exigido por la jurisprudencia, no pretende —independientemente de sus consecuencias reales— disminuir el rigor de la sanción de nulidad; por el contrario, procura reforzarlo protegiendo al contratante que nada tiene que reprocharse en cuanto a la celebración del contrato. La imposibilidad de exigir cumplimiento o de repetir lo pagado tiene por objeto impedir la ejecución de un contrato inmoral o ilícito, privando de toda protección a la parte que primero lo ejecuta.

## Contratos por corrupción

Los contratos por corrupción son aquellos cuya celebración ha sido precedida por actos de corrupción que se han llevado a cabo, precisamente, para que este contrato pueda perfeccionarse. Se trata de un contrato que, en principio, no adolece de vicio alguno, pero respecto del cual cabe preguntarse si los actos de corrupción que lo han precedido alcanzan a contaminarlo. En este caso, a diferencia de lo que ocurre con los contratos de corrupción, la respuesta no ha sido uniforme y los sistemas, a pesar de cierta inclinación por la nulidad, también admiten otras salidas como la anulabilidad o nulidad relativa, e incluso la validez.

No dejamos de reconocer que la nulidad es tal vez la respuesta natural, debido al atentado contra las concepciones morales que comporta la corrupción. De hecho, cuando desde el arbitraje se enuncian los principios que estarían incluidos dentro del concepto de *lex mercatoria*, junto a principios como el *pacta sunt servanda* o la ejecución de buena fe, un contrato obtenido por corrupción es necesariamente nulo.<sup>15</sup>

En los comentarios al artículo IV.7.2 de los Principios TransLex se afirma con claridad que

[L]ike the prohibition of racial discrimination, child labor, money laundering, anti-competitive practices, terrorism or drug trafficking, the prohibition of bribery belongs to those fundamental values of morality and justice which are widely recognized by civilized nations around the globe. The Principle is therefore part of transnational public policy (“Principle N.º IV.7.2”, s. f.).

Sin embargo, es posible que la solución más eficiente para el caso concreto sea dejar en manos de la parte perjudicada la decisión de solicitar la nulidad o, incluso, mantener la validez del contrato.

Bonell y Meyer (2015) afirman que estas tres soluciones se pueden observar en la práctica, aunque solo en relativamente pocas decisiones judiciales. Parece —afirman los autores— que las partes de estos contratos prefieren evitar la solución judicial y, en cambio, buscan una solución amis-

---

15 Se trata de un principio basado en la protección del interés general (Gaillard y Savage, 1999). También Mustill (1988) lo reconoce como un principio de *lex mercatoria*, para quien “A contract obtained by bribes or other dishonest means is void, or at least unenforceable” (p. 86). (También citado en Bonell y Meyer, 2015, p. 20, nota 79).

tosa. Esto sería más probable en el comercio internacional, ya que la nulidad del contrato —que es la solución a la que suelen tender los tribunales— a menudo no beneficia a ninguna de las partes.

Ahora bien, estas tres posibilidades apuntan a tres objetivos diferentes que enunciaremos siguiendo a Nell (2008). La nulidad, al negar la efectividad legal de un contrato que se considera inmoral y anticompetitivo por haber sido inducido por soborno, protege los intereses vinculados a una comunidad de valores y a la competencia leal, y protege, además, el patrimonio de los competidores que fueron excluidos debido al soborno. La anulabilidad, que permite que sea la parte perjudicada la que decida sobre la validez o nulidad del contrato, privilegia los intereses del órgano contratante, como parte habitualmente perjudicada, por ejemplo, por un sobreprecio, y tiene derecho a decidir si solicita la nulidad o si no lo hace, sobre la base de un simple cálculo de costo-beneficio.

Finalmente, el sistema que admite mantener la validez del contrato protege los intereses del contratista, por lo que, en principio, no se considera una solución adecuada para proteger los intereses colectivos, prevenir la corrupción o proteger los intereses de las partes perjudicadas. No obstante, el propio Nell (2008) advierte que las tasas de detección aleatoria de la corrupción son bajas y la lucha contra la corrupción depende, en buena medida, de los datos aportados por las personas que posean información privilegiada, las cuales, por ello, pueden estar involucradas en el acto de corrupción. En tal sentido, mantener la validez del contrato puede persuadir más fácilmente a las partes para denunciar la corrupción.

Bien, el Convenio Civil sobre la Corrupción (1999) se acerca al sistema de la anulabilidad cuando, en su artículo 8.2 dispone que

[c]ada parte establecerá en su derecho interno la posibilidad de que todas las partes contratantes cuyo consentimiento esté viciado por un acto de corrupción puedan solicitar ante tribunal la declaración de nulidad de dicho contrato, sin perjuicio de su derecho a la reclamación de daños.

Una solución semejante puede verse en los Principios TransLex, cuyo artículo IV.7.2.b dispone: “Contracts procured by the payment or transfer of bribes are *voidable by the innocent party* pursuant to Principle IV.7.3” (La cursiva no es del original). El artículo IV.7.3 hace referencia a los casos de nulidad del contrato por error de hecho o de derecho. Según se lee en los



comentarios a estos principios, esta situación es menos clara que la posición adoptada respecto de los contratos de corrupción, los cuales se consideran nulos. La solución aquí adoptada obedece al hecho de que algunos sistemas entienden que los contratos por corrupción deben considerarse nulos, tal como ocurre con los contratos de corrupción, mientras que otros sistemas prefieren dejar que la parte inocente decida sobre la validez del contrato (“Principle N.º IV.7.2, s. f.”). Los propios comentarios afirman que, si ambas partes tuvieron conocimiento del acto de corrupción, estas pierden el derecho de pedir la nulidad y el contrato se considerará válido.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2005) parece inclinarse, más bien, hacia la pérdida de validez del contrato al disponer, en su artículo 34, que

Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva.

Es necesario considerar que el contrato precedido por actos de corrupción no tiene, necesariamente, un contenido ilícito y podría, por ello, conservar su validez (Bonell y Meyer, 2015). Esta tesis puede verse en la sentencia dictada el 6 de junio de 1999 por el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (Bundesgerichtshof). En este caso, una empresa alemana abrió un proceso de licitación en 1992 para la remodelación de varios edificios de su propiedad. Al proceso acudió un arquitecto que prometió al director de la empresa —quien aceptó— un pago mensual de 5000 marcos alemanes (aproximadamente 2500 euros) si le adjudicaban el contrato, lo cual en efecto ocurrió. Ambos acordaron pagos mensuales anticipados al arquitecto por un valor de 100 000 marcos alemanes (aproximadamente 50 000 euros).

En mayo de 1993, la firma dejó de pagar las cuotas al arquitecto sin dar mayores explicaciones. Acto seguido, el arquitecto informó a la firma sobre el pago de sobornos a su director, por lo que la empresa despidió al director y canceló el contrato de remodelación con el arquitecto, alegando servicios incompletos y deficientes por parte de aquel. Por tal razón, el arquitecto demandó a la empresa, reclamando el pago de los honorarios aún

debidos, mientras que la empresa reconvino la repetición de los honorarios ya pagados al arquitecto. El tribunal de distrito desestimó la solicitud del arquitecto y accedió al reclamo de la empresa argumentando, precisamente, que el contrato era nulo al estar contaminado por el soborno que precedió su celebración.

El tribunal de apelaciones confirmó la sentencia del tribunal de distrito, y, en 1999, el Bundesgerichtshof anuló la sentencia del tribunal de apelación y aclaró que, si bien el contrato con el arquitecto fue inducido por soborno, ese contrato, en sí mismo, no estaba viciado de la misma ilicitud, pues los servicios del arquitecto se valoraron de conformidad con las tarifas oficiales para arquitectos e ingenieros y, además, el soborno no supuso un sobreprecio. En su decisión, el Bundesgerichtshof afirmó que —y eso es lo que nos interesa destacar— si bien el acuerdo de soborno es nulo, sin que sean necesarias mayores explicaciones, esa nulidad no tiene por qué afectar, sin más, al contrato con el arquitecto, pues para que este sea nulo es necesario que él, en sí mismo, sea considerado ilegal (§134 BGB) o inmoral (§138 BGB).

Actualmente, la doctrina reporta que para el Bundesgerichtshof el criterio central gira en torno a la determinación de si el contrato principal ha sido negativamente influenciado por el soborno, considerando, a tales efectos, cualquier desventaja en el contrato principal derivada del soborno. Pero también se reconoce como una alternativa el recurso a las normas en materia de agencia, de manera que, si el agente y un tercero actúan en su propio beneficio, en detrimento del principal, el contrato contraído en su nombre por el agente y el tercero es nulo por colusión, pues el agente y el tercero conocían que el agente actuó *ultra vires*, por lo que no hay razón para que el principal continúe vinculado por ese contrato (Weller, 2015).<sup>16</sup>

Precisamente, el dilema que enfrentan los diversos sistemas es la determinación de si el contrato por corrupción se vería contaminado por el acto corrupto y sería por ello nulo de pleno derecho o, por el contrario, mantendría su validez. En particular, el asunto podría vincularse al complejo concepto de causa, tal como ha sido considerado en los sistemas colombiano y venezolano, según veremos *infra*.

---

16 El autor cita, en el caso de la agencia, una decisión del Bundesgerichtshof de fecha del 17 de mayo de 1988.

Así, por ejemplo, el sistema italiano se inclina por la nulidad del contrato partiendo de la idea según la cual este supuesto solo se plantea en la contratación estatal. Sin embargo, no hay uniformidad respecto del fundamento de tal nulidad. Así, Mariani (2015) identifica en la jurisprudencia italiana al menos cuatro tendencias: algunas decisiones han considerado que en estos casos el consentimiento está viciado por haberse obtenido de manera fraudulenta, lo cual hace que solo el ente contratante pueda solicitar la nulidad; otras decisiones consideran que la corrupción que precede al contrato afecta tanto la causa como el objeto, haciendo que ambos elementos sean considerados ilícitos, lo cual hace que la nulidad pueda ser invocada por cualquiera que tenga interés e, incluso, puede ser invocada de oficio por el juez. La violación del procedimiento de licitación genera dos alternativas más: de acuerdo con la primera se declara la ineficacia automática de los contratos adjudicados, debido a que el procedimiento administrativo está relacionado funcionalmente con el contrato y la nulidad del procedimiento produce automáticamente la ineficacia del contrato, de manera similar a lo que ocurre en los contratos conexos. Finalmente, se admite la ineficacia, pero no automática, pues solo podría declararse cuando es reclamada por el órgano de contratación o los licitadores excluidos.

En el sistema portugués (de Lima Pinheiro, 2015) se descarta la aplicación de las reglas sobre causa ilícita, pues en estos casos no necesariamente se ve afectado el contenido del contrato y es común que el principal no tenga conocimiento del acto de corrupción, por lo que no puede hablarse del común propósito de las partes. Además, estos principios no consideran los casos en que el principal esté interesado en mantener la validez del contrato. Así, la doctrina distingue dos situaciones, según que quien recibe el soborno participe o no en la conclusión del contrato principal. En el primer caso se aplicarían, más bien, las normas sobre agencia voluntaria, de manera que, si la conducta del agente es contraria a su deber de lealtad, un abuso de autoridad podría afectar al contrato. Lo mismo, *mutatis mutandi*, podría aplicarse a los representantes o administradores de una empresa que recibieren sobornos para la celebración el contrato.

En caso de que quien recibe el soborno no participe en la celebración del contrato, sino que se limite a influir en la otra parte para la celebración del contrato principal, tampoco se habla de nulidad. En este caso, el contrato solo será nulo si la conducta del “agente” constituye *dolus malus* o, en su defecto, induce a error sobre otros elementos esenciales para la formación de la voluntad de la parte inocente.

Otros sistemas se inclinan, como hemos adelantado, porque sea la víctima quien decida si conserva o no la validez del contrato. Al respecto, Bonell y Meyer (2015) admiten que el principal podría tener razones económicas legítimas para querer mantener el contrato por considerar, por ejemplo, que el contrato aún podría ser comercialmente rentable, a pesar de un precio inflado por la corrupción. Además, este puede temer que la nulidad del contrato conduzca a más pérdidas que resulten de la inevitable demora en la adjudicación de un nuevo contrato.

El error como vicio de la voluntad suele ser la causa de la nulidad en este caso, pues al tratarse de una causal de nulidad relativa, su alegato depende exclusivamente de la parte cuya voluntad fue viciada. Es lo que ocurre, por ejemplo, en los Países Bajos, cuyo sistema permite al principal pedir la nulidad si logra demostrar que el contrato se celebró sin la información completa o con información incorrecta sobre el estado de cosas relacionado con el contrato (Makinwa y Kramer, 2015).

En el caso del sistema venezolano, la respuesta de la doctrina ha sido la nulidad del contrato, en el entendido que la ilicitud del acto de corrupción contamina la causa, e incluso el objeto del contrato principal. Así, partiendo de la idea según la cual los tratos, las negociaciones, los acuerdos o pagos anteriores a la celebración de un contrato, que se realicen en violación de la Ley contra la Corrupción, serán ilícitos y, por ello, nulos de pleno derecho,

[i]f any of the foregoing actions can be considered as the cause of a subsequent agreement executed with the Public Administration, in the sense that any of those actions constituted the motive or reason that lead the parties to execute the agreement, then the cause can be treated as unlawful, and the agreement will be null and void (Hernández y Madrid, 2015, pp. 444-445).

En todo caso, la doctrina ha considerado que las normas contenidas en la Ley contra la Corrupción son de carácter imperativo, y reflejan altos estándares morales —buenas costumbres— por lo que cualquier conducta que las viole hace que el contrato no solo se considere ilegal, sino también ilícito (Hernández y Madrid, 2015). Puede entonces afirmarse, al menos en los contratos estatales, que cualquier desviación del objetivo de satisfacer el bien común vulnera la ley y hace que la causa del contrato se considere ilícita.

Al respecto, conviene citar una decisión de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, dictada el 1 de julio

del 2008, en la que, si bien no se hace referencia a un caso de corrupción propiamente dicho, sí se considera la vulneración del interés general en un contrato estatal, como un motivo de nulidad por ilicitud de la causa y del objeto. En efecto, la sentencia comentada declaró la nulidad de dos contratos celebrados por la Alcaldía del municipio Chacao del Estado Miranda, mediante los cuales se modificó un contrato de concesión del servicio de aseo. En este caso, la Sala estimó que la omisión de las obligaciones establecidas por el contrato original y la prórroga del término de ese contrato son contrarios a la satisfacción del interés general y, por lo tanto, vician estos acuerdos

no solo por causa ilícita, sino también, indirectamente en su objeto, pues si bien en principio, este se centra en la prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario, es intrínseco a la noción de servicio público y, por ende, a la de contrato administrativo, la satisfacción del interés público, resultando, en consecuencia, contrarias a estos intereses las modificaciones efectuadas (República Bolivariana de Venezuela, 2008).

Ahora bien, debido a que, conforme al derecho venezolano, se considera que la corrupción, además de ilegal, es también una conducta inmoral por ser contraria a las buenas costumbres, la consecuencia, según hemos afirmado *supra*, es la imposibilidad de repetir lo pagado antes de declararse la nulidad, en aplicación del artículo 1157 del Código Civil. Tal acción solo podría ser ejercida por la parte que desconocía la existencia de una causa inmoral.

En el caso de Colombia, tal como adelantamos *supra*, es forzoso referir el caso Ruta del Sol. Se trata del contrato celebrado en enero del 2010 entre la concesionaria Ruta del Sol —cuyo principal accionista es Odebrecht— y el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) —hoy Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)—, que tuvo por objeto la construcción de una gran autopista para comunicar Bogotá con la costa atlántica. En el contrato se incluyó una cláusula de conformidad con la cual “[t]oda controversia o diferencia relativa a este contrato, con excepción del cobro ejecutivo de obligaciones” sería sometida a la decisión de un tribunal arbitral en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Bien, la ejecución del contrato inició con normalidad, pero en el acuerdo firmado en el curso del juicio contra Odebrecht en Nueva York, en el 2016, se admitió el pago de sobornos para que este contrato le fuese

adjudicado, como en efecto ocurrió, a la concesionaria propiedad de la constructora brasileña. Así, puede leerse en el acuerdo que

in or about between 2009 and 2010, Odebrecht agreed to pay and later paid through the Division of Structured Operations with Odebrecht Employee 6's authorization, a \$6.5 million bribe to a government official in charge of awarding a construction project with the Colombian government in exchange for assistance with winning the project (párr. 52).

En dos solicitudes de arbitraje que fueron acumuladas en un solo procedimiento, Ruta del Sol pretendió que se declarase al contrato como vigente y vinculante para las partes y, además, que se reconociera el carácter eximente de responsabilidad de una serie de hechos ocurridos durante la ejecución del contrato. En la reconvención, la ANI solicitó que el contrato fuera declarado nulo “por contar con objeto ilícito y por haber sido celebrado con abuso y desviación de poder”.

El tribunal arbitral, en un laudo de fecha 6 de agosto del 2018, dio la razón a la ANI y anuló el contrato por considerar que el mismo recaía sobre un objeto ilícito, que tenía una causa ilícita y que hubo desviación de poder. Así, respecto del objeto y de conformidad con los artículos 1519, 1521 y 1523 del Código Civil colombiano, el tribunal arbitral afirmó que

[u]n contrato estatal tiene objeto ilícito cuando para su celebración se vulneran normas de orden público contenidas en la Ley (80, 1150, etc.), tales como las que desarrollan los principios de selección objetiva y transparencia y, en general, todas aquellas disposiciones que regulan los procesos de selección de los contratistas.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1524 del Código Civil, la causa, entendida como “el motivo que induce al acto o contrato”, es calificada como ilícita cuando resulte contraria a las normas imperativas, al orden público, o a las buenas costumbres. En este caso, el tribunal arbitral afirmó que “la promesa de dar algo en recompensa de un hecho punible o de un hecho inmoral (cohecho impropio, interés indebido en la celebración de contratos, enriquecimiento ilícito con motivo de la contratación, prevaricato por acción) tiene una causa ilícita”.

La desviación o abuso de poder se configura —continúa el tribunal arbitral— “cuando un contrato estatal se celebra en virtud de o en desarrollo

de conductas irregulares, ilícitas y delictivas”, de manera que el sujeto actúa con fines propios, distintos del beneficio común y el interés general.

Declarada la nulidad del contrato, el tribunal arbitral entró a examinar los efectos económicos de su declaratoria. Las complicaciones de este análisis se vincularon a la dualidad de regímenes previstos frente a los efectos de la declaratoria de nulidad del contrato, por un lado, en el Código Civil, y, por otro, en la Ley 80 de 1993.

En efecto, de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, el efecto retroactivo de la declaratoria de nulidad se traduce en el derecho de las partes “a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”. En estos casos, tal como lo dispone el artículo 1525 del mismo Código, “[n]o podrá repetirse lo que se haya dado o pagado”. Este régimen difiere del consagrado para la contratación estatal en el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, norma de conformidad con la cual, refiriéndose a los contratos de ejecución sucesiva, la declaratoria de nulidad “no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria”.

La propia norma refiere que, en el caso particular de la nulidad por objeto o causa lícita, podrán reconocerse y pagarse las prestaciones ejecutadas

cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público (República de Colombia, 1993).

Este principio se encuentra ratificado, para los casos de asociaciones público-privadas, por la Ley 1882 del 2018, cuyo artículo 20 modificó el artículo 32 de la Ley 1508 del 10 de enero del 2012, por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. De acuerdo con el párrafo 1 de esta norma, una vez declarada la nulidad absoluta del contrato,

en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el

contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. Estos factores serán actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación (República de Colombia, 2012a).

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-207 del 16 de mayo del 2019, en el entendido de que las restituciones estarán dirigidas

al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud (República de Colombia, 2019).

Con fundamento en estas normas y su interpretación por la Corte Constitucional, el tribunal arbitral condenó a la ANI al pago de 211 mil millones de dólares, cantidad que debería destinarse al pago de pasivos externos del proyecto a terceros de buena fe, incluida la banca, y se admitió que el remanente podría ser adjudicado a contratistas que hubieren actuado de buena fe, sin dolo o desconociendo la ilicitud.

El laudo fue objeto de un recurso de nulidad que fue desestimado por el Consejo de Estado que, en decisión del 10 de septiembre del 2020, por considerar que no se probó ninguna de las causales de nulidad contenidas en el artículo 41 de la Ley 1563 del 2012 que contiene el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.

Así, Ruta del Sol recibió lo que logró acreditar que invirtió en el proyecto y, a pesar de los daños causados al Estado, no pagó un solo centavo por ello. Sin embargo, en diciembre del 2020 la Superintendencia de Industria y Comercio impuso multas por 295 mil millones de pesos, por prácticas anticompetitivas a la Concesionaria y a Odebrecht. Tales multas fueron confirmadas en mayo del 2021 (“La sic confirmó multas de \$295.000 millones en caso Ruta del Sol II”, 2021).

Es importante considerar que, para el momento de la declaratoria de nulidad del contrato, se había ejecutado aproximadamente el 52 % de la



obra que fue entregada a Invías para su continuación. A tal efecto, en julio del 2021 este organismo inició un proceso de licitación que culminó, entre mayo y junio del 2022, con la adjudicación de la Troncal del Magdalena 1 a la estructura plural Autopista Magdalena Medio, integrada por KMA Constructores S. A. S. y Ortiz Construcciones y Proyectos S. A.; y la Troncal del Magdalena 2 al concesionario Autovía Magdalena Medio, integrado por las mismas sociedades (Eljach, 2022).

Respecto de la restitución resulta interesante destacar el caso ICC 11307, en el que el tribunal arbitral hizo énfasis en la necesaria distinción entre la nulidad del contrato y el efecto restitutorio que esta puede producir, respecto de las prestaciones que las partes hayan ejecutado antes de la declaratoria de nulidad, en función de los posibles supuestos. En este laudo el tribunal arbitral distinguió tres posibles situaciones. En la primera situación, puesto que quien paga el soborno demanda por un contrato contaminado precisamente por ese soborno, el tribunal desestimaré la petición por *turpis causa*. En segundo lugar, si quien paga el soborno demanda por enriquecimiento injusto el tribunal podría, dependiendo de las circunstancias y de la conducta del sujeto, desestimar su petición o concederle alguna compensación. En la tercera situación, la parte inocente demanda por restitución. En general, si bien esta puede pedir la restitución, también debe restituir los beneficios que ha recibido en virtud del contrato; de lo contrario, “the guilty party will be ‘robbed’”, es decir, la parte inocente se enriquecería injustamente al recibir de vuelta aquello de lo que se había desprendido y podría retener lo que había recibido.

Aunque, en general, según afirman Kreindler y Gesualdi (2015), los tribunales arbitrales parecen inclinarse a negar el reintegro total de lo pagado. Precisamente, en el caso ICC 11307 —también citado por los autores—, el tribunal arbitral negó la restitución total y ordenó al contratista que reembolsara al principal únicamente el saldo entre la contraprestación total que recibió en virtud de los contratos y la comisión que pagó a un intermediario para asegurar ilícitamente que los contratos le fueran adjudicados.

## BREVE CONCLUSIÓN

La corrupción, definitivamente, sigue siendo un cáncer en nuestras sociedades. Las medidas tomadas por los Estados lucen siempre insuficientes, tanto para prevenir —estableciendo controles y deberes de transparencia— como para sancionar este mal. La impunidad parece campear, y junto

a la normalización social de las conductas corruptas este mal no ha hecho más que agravarse.

El mundo de los contratos, tanto estatales como entre privados, ha sido terreno fértil para la corrupción y, sin embargo, desde el derecho de los contratos poco se ha hecho al respecto. Tal como hemos podido constatar en este breve recorrido, la nulidad parece ser el arma por excelencia, pero no se reflexiona mucho sobre las consecuencias de este remedio, sobre todo respecto del patrimonio de los Estados.

La reacción del derecho de los contratos debe considerar con atención las diversas relaciones que se tejen frente al acto corrupto, pues si bien la nulidad absoluta está más que justificada frente a los contratos de corrupción, cuya patente ilegalidad e inmoralidad hace innecesaria cualquier otra justificación para tal reacción, el caso de los contratos por corrupción, en cambio, necesita algo más de análisis. El caso Odebrecht es un triste ejemplo de esto: contratos anulados, obras inconclusas, pérdidas millonarias para los Estados y gastos nada despreciables para iniciar nuevos procesos de licitación y adjudicación de contratos.

La idea que queremos dejar clara es que, frente a los contratos por corrupción, antes de decidir su nulidad, el operador jurídico debe adelantar un análisis del caso concreto y evaluar los pros y contras de tal decisión. Anular un contrato e impedir la repetición de lo pagado puede terminar beneficiando al corrupto. Tengamos presente que mantener la validez del contrato puede, en algunos casos, tener un efecto persuasivo sobre la parte corrupta. Esto nos invita a pensar que la tarea pasa por encontrar un balance en el cual se siga rechazando la conducta corrupta a la vez que se protegen los intereses de la parte inocente y, en el caso de los contratos estatales, el patrimonio de todos los ciudadanos. Así puede verse al derecho de los contratos como un arma efectiva en la lucha contra la corrupción.

No queremos terminar estas líneas sin recordar las palabras de Delia Ferreira Rubio, presidente de Transparencia Internacional, que nos recuerda que combatir la corrupción es una tarea en la que todos debemos estar comprometidos: “People’s indifference is the best breeding ground for corruption to grow. Only by working together can we hope to end impunity for corruption and the corrupt”.

## REFERENCIAS

Ala'i, P. (2015). The United States' multidimensional approach to combatting corruption. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 411-438). Springer.

Andersen, J., Johannesen, N. y Rijkers, B. (2020). *Elite capture of foreign aid. Evidence from Offshore Bank Accounts*. <https://bit.ly/3cP0zvw>.

Asamblea General de las Naciones Unidas (2012). Declaración de la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los Planos Nacional e Internacional, Resolución A/RES/67/1. <https://bit.ly/3OHZpPX>.

Barham, E. (2016). *Passing the buck: World Bank anti-corruption reform and the politics of implementation*. [Tesis]. Weinberg College of Arts and Sciences, Northwestern University, Estados Unidos. <https://bit.ly/3Q1oZ3w>.

Bonell, M. J. y Meyer, O. (2015). The impact of corruption on international commercial contracts – general report. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 1-36). Springer.

Bucher, A. (1995). *Droit international privé suisse* (Tome I/2). Helbing & Lichtenhahn.

Bundesgerichtshof (s. f.). Urteil von 06.05.1999, VII ZR 132/97. <https://bit.ly/3ODpr6J>.

Cámara de Comercio Internacional (2011). *Reglas de la ICC para Combatir la corrupción*. Cámara de Comercio Internacional. <https://bit.ly/3voPloa>.

Cámara de Comercio Internacional (2012). Cláusula ICC contra la corrupción, París, Cámara de Comercio Internacional. <https://bit.ly/3S8EoAG>.

Canova, A., Jaffe, K., Martínez, E., Correa, J., Soares, A., Contreras, J. y Baroni, R. (2021). ¿Tiene la constitución de un país un efecto práctico sobre su institucionalidad y socioeconomía? *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, (165), 663-740.

Código Penal colombiano (2000). [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2000\\_codigopenal\\_colombia.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2000_codigopenal_colombia.pdf).

Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). (2013). *Documento CONPES 167*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=83097>.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2005). [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2\\_ecu\\_anexo16.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo16.pdf).

Convenio Civil sobre la Corrupción (4 de noviembre de 1999). <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/corruptcion/1999-Convenio-civil-sobre-corruptcion.htm#a2>.

Damsholt, P. y Langsted, L. (2015). The civil law consequences of corruption according to the laws of the least corrupt country in the world-Denmark. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 119-140). Springer.

de Lima Pinheiro, L. (2015). Corruption in international commercial contracts. A portuguese substantive and private international law perspective. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 267-289). Springer.

Department of Justice, Office of Public Affairs (2016). Odebrecht and Braskem plead guilty and agree to pay at least \$3.5 billion in global penalties to resolve largest foreign bribery case in history. <https://bit.ly/3S89gBq>.

Dreher, A., Kotsogiannis, C. y McCorriston, S. (2007). Corruption around the world: evidence from a structural model. *Journal of Comparative Economics*, 35(3), 443-466.

Eljach, M. (11 de julio de 2022). Nueva Ruta del Sol 2: adjudicaciones. *Asuntos Legales*. <https://bit.ly/3OMXJEK>.

Fernández-Armesto, J. (2018). *La lucha contra la corrupción desde el arbitraje*. Fundación Universitaria San Pablo CEU.

Gaillard, E. y Savage, J. (Eds.). (1999). *Fouchard Gaillard y Goldman. On international commercial arbitration*. Kluwer Law International.

Gherzi, E. (2000). Economía de la corrupción, *Advocatus*. (002), 173-178.

Gil, S., Llorca, R. y Martínez, J. A. (2019). Corruption and international trade: A comprehensive analysis with gravity. *Applied Economic Analysis*, 27(79), 3-20.

Gobierno venezolano termina contratos con Odebrecht y asume control de obras inconclusas en sector transporte (12 de septiembre de 2019). *América Economía*. <https://bit.ly/3oDaWFB>.

Hernández, E. y Madrid, C. (2015). Fighting corruption from the civil side: Echoes from the silence of venezuelan contract law. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 439-446). Springer.

Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*. Universidad Externado de Colombia.

Informe Odebrecht (2018). *Transparencia Venezuela*. <https://bit.ly/2F5SlvL>.

Karton, J. y Shervill, J. (2015). New wine in old bottles: Corrupt foreign contracts in canadian private law. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 37-75). Springer.

Kaufmann, D. (1997). Economic corruption: Some facts. *Foreign Policy*. <https://bit.ly/3beEgPC>.

Kissling, C. (2015). Impact of bribery on contracts under swiss civil law. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 351-390). Springer.

Kreindler, R. y Gesualdi, F. (2015). The civil law consequences of corruption under the UNIDROIT principles of international commercial Contracts: An analysis in light of international arbitration practice. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 119-140). Springer.

La sic confirmó multas de \$295.000 millones en caso Ruta del Sol II (24 de mayo de 2021). *Forbes*. <https://bit.ly/3tdfGn6>.

Liu, Q. y Ren, X. (2015). Balancing public interest with transactional security: The validity of contracts tainted with corruption under chinese law. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 77-98). Springer.

Los 11 condenados en Colombia por el escándalo de Odebrecht (30 de abril de 2019). *RCN Radio*. <https://bit.ly/3BpCrKg>.

Madrid, C. (2012). Instituciones generales de derecho internacional privado: más allá del problema conflictual. En V. Guerra, C. Madrid y Y. Pérez (Coords.), *Estudios de derecho internacional privado, Homenaje a Tatiana Maekelt* (pp. 155-226). Universidad Católica Andrés Bello.

Makinwa, A. y Kramer, X. (2015). Contracts tainted by corruption: Does dutch civil law augment the criminalization of corruption? En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 205-228). Springer.

Mantilla, F. (2007). El árbitro y la lucha contra la corrupción en el comercio internacional. *Revista Internacional de Arbitraje*, (7), 66-89.

Mariani, P. (2015). The effects of corruption on contracts in Italy: The long road towards a legal and fair, competitive market. En M. Bonell

y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 189-204). Springer.

Marique, Y. (2015). English judges: Little mice in the big business of corruption? En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 141-158). Springer.

Matray, L. (1982). Arbitrage et ordre public transnational. En J. Schultz y A. van Den Berg (Dirs.), *The art of arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders* (pp. 241-252). Kluwer.

Mayer, P. (1991). La règle morale dans l'arbitrage international. En P. Bellet, *Etudes offertes à Pierre Bellet* (379-402). Litec.

Mélich, J. (2006). *Doctrina general del contrato* (4.<sup>a</sup> ed.). Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Mustill, M. (1988). The new lex mercatoria: The first twenty-five years. *Arbitration International*, 4(2), 86-119. <https://www.trans-lex.org/126900>.

Nell, M. (2008). Contracts induced by means of bribery: Should they be void or valid? *BGPE Discussion Paper*, (42), 1-17.

Observatorio Ciudadano de Corrupción (2021a). Informe Colombia: seguimiento al Compromiso de Lima. <https://bit.ly/3PVwBVi>.

Observatorio Ciudadano de Corrupción (2021b). Informe Venezuela: seguimiento al Compromiso de Lima. <https://bit.ly/3S8TGFJ>.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y Cámara de Comercio de Bogotá (CCB). (2017). *Guía anticorrupción para empresas*. [https://www.unodc.org/documents/colombia/2014/Diciembre/Guia\\_Anticorrupcion\\_empresas\\_UNODC\\_Web.pdf](https://www.unodc.org/documents/colombia/2014/Diciembre/Guia_Anticorrupcion_empresas_UNODC_Web.pdf).

ONU [@ONU\_es]. (1 de enero de 2021). 3 datos sobre la corrupción: - Consume más del 5% del PIB mundial, - Cada año se pierden 2,6 billones de dólares, - Casi 1 billón de dólares se pagan anualmente en sobornos [tweet]. <https://bit.ly/3vjxY8f>.

Oppetit, B. (1987). Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du Droit du commerce international. *Journal de Droit International*. 5 ss.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (1997). Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. [https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/convcombatbribery\\_spanish.pdf](https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/convcombatbribery_spanish.pdf).

Pazdan, M. y Zachariasiewicz, M. (2015). Civil law forfeiture as means to restrict the application of the in pari delicto-principle and other private law consequences of corruption under polish law. En M. Bonell y O.

Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 229-265). Springer.

Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016). <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-bl.pdf>.

Principle N.º IV.7.2 (s. f.). <https://www.trans-lex.org/938000>.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2004). Anticorrupción. Nota Práctica .

Raoof, A. y Rauf Butt, A. (1997). Corruption in international business. *Pakistan Economic and Social Review*, 35(1), 25-41.

Sanquírigo, F. (2021). Corrupción: un problema más allá de la arbitralidad. *Principia*, (4), 106-117.

Sayed, A. (2004). *Corruption in international trade and commercial arbitration*. Kluwer Law International.

Scherer, M. (2002). Circumstantial evidence in corruption cases before international arbitral tribunals. *International Arbitration Law Review*, 5, 29 ss

Société European Gas Turbines SA contra société Westman International Ltd, Cour d'appel de Paris (30 de septiembre de 1993). <https://www.trans-lex.org/312030>.

The Real Cost Of Bribery (2013). *Forbes*. <https://www.forbes.com/sites/hbsworkingknowledge/2013/11/05/the-real-cost-of-bribery/?sh=418ca0b673e8>.

Transparencia Internacional (2009). *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*. Transparencia Internacional.

United States District Court Eastern District of New York (21 de diciembre de 2016). United States of America vs. Odebrecht S. A., Cr. No. 16-643, Attachment B, Plea Agreement. <https://bit.ly/3zF4Ri1>.

Usoskin, S. (2015). Russian experience and practice on civil law consequences of corruption. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 291-300). Springer.

Valdhans, J. (2015). Consequences of corrupt practices in business transactions (including international) in terms of czech law. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 99-117). Springer.

Venezuela: Nicolás Maduro aprueba fondos para obras inconclusas de Odebrecht (29 de septiembre de 2021). *DW*. <https://bit.ly/3vlg4C8>.



Weller, M. (2015). Who gets the bribe? The german perspective on civil law consequences of corruption in international contracts. En M. Bonell y O. Mayer (Eds.), *The impact of corruption on international commercial contracts* (pp. 171-188). Springer.

World Bank (2020). *Enhancing government effectiveness and transparency: The fight against corruption*. <https://www.worldbank.org/en/topic/governance/publication/enhancing-government-effectiveness-and-transparency-the-fight-against-corruption>.

## Leyes y decretos

República Bolivariana de Venezuela (22 de mayo de 1997). Congreso de la República. Ley aprobatoria de la convención interamericana contra la corrupción. Gaceta Oficial 36211. [https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/09/gaceta-oficial-de-la-republica-de\\_734.html](https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/09/gaceta-oficial-de-la-republica-de_734.html).

República Bolivariana de Venezuela (23 de mayo de 2005). Asamblea Nacional. Ley aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Gaceta Oficial 38192. [https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/09/gaceta-oficial-de-la-republica\\_254.html](https://pandectasdigital.blogspot.com/2017/09/gaceta-oficial-de-la-republica_254.html).

República Bolivariana de Venezuela (19 de noviembre de 2014). Ley de Contrataciones Públicas. Gaceta Oficial 6154 Extraordinario. <http://crespial.org/wp-content/uploads/2018/10/A%C3%B1o-2014-Ley-Org%C3%A1nica-de-Cultura-Gaceta-Oficial-Extraordinaria-6.154.pdf>.

República Bolivariana de Venezuela (2022). Asamblea Nacional. Ley contra la Corrupción. Gaceta Oficial 6699 Extraordinario. <https://www.asambleanacional.gob.ve/leyes/sancionadas/ley-de-reforma>.

República de Colombia (1993). Congreso de Colombia. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>.

República de Colombia (1997). Congreso de Colombia. Ley 412 de 1997. Por la cual se aprueba la “Convención Interamericana contra la Corrupción”. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0412\\_1997.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0412_1997.html).

República de Colombia (2005). Congreso de Colombia. Ley 970 de 2005. Por medio de la cual se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, adoptada por la Asamblea General de las Na-



ciones Unidas. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17079>.

República de Colombia (2011). Congreso de Colombia. Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292>.

República de Colombia (2012a). Congreso de Colombia. Ley 1508 de 2012. Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=45329>.

República de Colombia (2012b). Congreso de Colombia. Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48366>.

República de Colombia (2012c). Congreso de Colombia. Ley 1573 de 2012. Por medio de la cual se aprueba la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. [https://www.ani.gov.co/sites/default/files/ley\\_1573\\_2012.pdf](https://www.ani.gov.co/sites/default/files/ley_1573_2012.pdf).

República de Colombia (2014). Congreso de Colombia. Ley 1712 de 2014. Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=56882>.

República de Colombia (2018). Congreso de Colombia. Ley 1882 de 2018. Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84899>.

República de Colombia (2020). Congreso de Colombia. Ley 2022 de 2020. Por la cual modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y se dictan otras disposiciones. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=136375>.

República del Perú (2020). Decreto Ley 1071. Que norma el arbitraje, mediante el Decreto de Urgencia 020-2020, 23 de enero de 2020. <https://bit.ly/3PKJcur>.

## Sentencias

República Bolivariana de Venezuela (2008). Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa. Sentencia 0753. <http://historico.tsj.gob.ve/cuentas/spa/2008/cuentaspa-09072008.htm>.

República Bolivariana de Venezuela (2020a). Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa. Sentencia 0059. <https://bit.ly/3cOL-RVE>.

República Bolivariana de Venezuela (2020b). Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa. Sentencia 0065. M. P. Eulalia Coromoto Guerrero Rivero. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abr/311756-00065-15421-2021-2020-0065.HTML>.

República Bolivariana de Venezuela (2021). Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa. Sentencia 0072. <https://bit.ly/3bf7WMo>

República de Colombia (2019). Corte Constitucional. Sentencia C-207 de 2019. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-207-19.htm>.

República de Colombia (2020). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia 11001-03-26-000-2019-00168-00 (65136). C. P. María Adriana Marín. <https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2020/10/RutaSol.pdf>.

## Laudos arbitrales

Arnaldez, J.-J., Derains, Y. y Hascher, D. (2009). *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007 / Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI 2001-2007*. Kluwer Law International.

Cámara de Comercio de Bogotá (6 de agosto de 2018). Tribunal Arbitral, Laudo, 6 de agosto de 2018 Concesionaria Ruta del Sol S. A. S. vs. Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). <https://bit.ly/3zHZRtk>.

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (1982). ICC Award N.º 3916. *Collection of ICC Arbitral Awards*.

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (1984a). ICC Award N.º 2730. Clunet. <https://www.trans-lex.org/202730>.

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (1984b). ICC Award N.º 3913. Derains, Y. Note to ICC Award No. 2730. Clunet. [https://www.trans-lex.org/203913/\\_/icc-award-no-3913-cited-by-derains-yves-note-to-icc-award-no-2730-clunet-1984-at-918-et-seq/](https://www.trans-lex.org/203913/_/icc-award-no-3913-cited-by-derains-yves-note-to-icc-award-no-2730-clunet-1984-at-918-et-seq/).

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (1985). ICC Award N.º 4145 (Second Interim Award). Clunet. <https://www.trans-lex.org/204145>.

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (1992a). ICC Award N.º 5622. Revue de l'arbitrage. [https://www.trans-lex.org/205622/\\_/icc-award-no-5622-yca-1994-at-105-et-seq-/](https://www.trans-lex.org/205622/_/icc-award-no-5622-yca-1994-at-105-et-seq-/).

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (1992b). ICC Award N.º 6401. Mealey's International Arbitration Report, 1992, Cov B-1. [https://jusmundi.com/en/document/publication/en-arbitration-case-law-on-bribery-is-sues-of-arbitrability-contract-validity-merits-and-evidence#lvl\\_18416](https://jusmundi.com/en/document/publication/en-arbitration-case-law-on-bribery-is-sues-of-arbitrability-contract-validity-merits-and-evidence#lvl_18416).

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (1994). ICC Award N.º 6248. Yearbook commercial arbitration (Vol. XIX). <https://www.trans-lex.org/206248>.

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (1996). ICC Award N.º 1110 (by Gunnar Lagergren). Yearbook Commercial Arbitration. <https://www.trans-lex.org/201110>.

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (1999). ICC Award N.º 6497. Yearbook Commercial Arbitration. [https://www.trans-lex.org/206497/\\_/icc-award-no-6497-yca-1999-at-71-et-seq/](https://www.trans-lex.org/206497/_/icc-award-no-6497-yca-1999-at-71-et-seq/).

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (2000). ICC Award N.º 8113. ICC International Court of Arbitration Bulletin. <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-partial-award-in-case-8113-extracts>.

Cámara de Comercio Internacional (ICC). (2012). Cláusula ICC contra la corrupción. [https://www.icccostarica.com/images/Anticorrupcion/ICC\\_Clausula\\_Anticorrupcion.pdf](https://www.icccostarica.com/images/Anticorrupcion/ICC_Clausula_Anticorrupcion.pdf).

