

CONFERENCIA HUGO GROCIO

La lucha contra la corrupción desde el arbitraje

VII Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje

JUAN FERNÁNDEZ-ARMESTO



CEU | Ediciones

La lucha contra la corrupción desde el arbitraje

La lucha contra la corrupción desde el arbitraje

Juan Fernández-Armesto



CEU | *Ediciones*

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

La lucha contra la corrupción desde el arbitraje

© 2018, Juan Fernández-Armesto
© De la edición, 2018, Fundación Universitaria San Pablo CEU

CEU *Ediciones*
Julián Romea 18, 28003 Madrid
Teléfono: 91 514 05 73, fax: 91 514 04 30
Correo electrónico: ceuediciones@ceu.es
www.ceuediciones.es

ISBN: 978-84-16477-86-9
Depósito legal: M-4603-2018

Maquetación: Luzmar Estrada Seidel (CEU Ediciones)
Impreso en España - Printed in Spain

Índice

1. Introducción.....	9
2. Contratos que encubren pagos corruptos	13
3. Contratos obtenidos por medio de pagos corruptos..	19
4. Arbitraje de inversión.....	25
5. La venganza contra el incorruptible	27
6. Conclusión	28
Referencia bibliográfica.....	29

Injustice anywhere is a threat to justice everywhere.

Martin Luther King Jr.

Carta desde la cárcel de Birmingham

1. Introducción

Es un placer para mí poder estar aquí con todos ustedes. Lo primero que quiero hacer es agradecer al CIAMEN la cortesía que ha tenido al invitarme a participar en esta Conferencia Anual Hugo Grocio.

Hoy he venido a hablar sobre la lucha contra la corrupción desde nuestro campo: el derecho y el arbitraje. Probablemente todos ustedes esperan que comience con unas palabras de exaltación hacia Hugo Grocio, y que les recuerde que fue él quien inició la lucha contra la corrupción. Siento decepcionarles. No he encontrado prueba alguna de que a Hugo Grocio le importara especialmente la corrupción. Y esto no es sorprendente, ya que la corrupción no era un problema del siglo XVII.

No todas las épocas han estado tan preocupadas como la nuestra por esta lacra. Cercano en el tiempo a Grocio, los diarios de Samuel Pepys, el primer organizador de la Royal Navy, están salpicados de detalles sobre los «presents», «gratifications» y «acknowledgments» que ingresaba en su propio peculio. El propio Churchill cuenta con candidez, en una carta a su esposa Clementine a finales de los 20, cómo había recibido sorpresivamente una jugosa suma de dinero de un empresario americano, fruto de una fantasmagórica inversión especulativa en bolsa. El americano alegaba haberla hecho por cuenta del político, pero Churchill, como reconocía a su mujer, nunca supo de la inversión y el pago era a todas luces una coima.

La lucha contra la corrupción internacional surge en Estados Unidos a finales de la década de los setenta con la *Foreign Corrupt Practices Act of 1977*, impulsada por el ejecutivo de Jimmy Carter. Esta ley sancionó por primera vez una conducta que hasta entonces era impune: la de corromper a funcionarios públicos extranjeros.

Años más tarde, el ejemplo americano encontró eco en el ámbito internacional cuando en 1997 la OCDE aprobó su *Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales* (también conocido como «Convenio Anticohecho»)¹. La norma exige a los Estados miembros sancionar penalmente la corrupción de funcionarios públicos en otros países². A esta le siguieron muchas otras convenciones internacionales, como los *Convenios Penal y Civil sobre la Corrupción* de 1999, ambos

¹ Este Convenio, ha sido suscrito hasta la fecha por 41 países: los 34 miembros de la OCDE (Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Israel, Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía), más Argentina, Brasil, Bulgaria, Colombia, Letonia, Rusia y Sudáfrica. Otros instrumentos de OCDE para luchar contra la corrupción de agentes públicos extranjeros son la Recomendación revisada de 2009 para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales y sus Anejos (Guías de buenas prácticas) y la Recomendación de 2009 sobre medidas fiscales para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

² El Convenio estipula obligaciones para los países en cuatro aspectos. Penal: el Convenio establece la obligación de definir como delito y castigar el cohecho realizado para la obtención de algún contrato internacional. Este instrumento también sanciona la complicidad. Contable: establece recomendaciones a las empresas para prevenir el encubrimiento de algunos gastos en los registros contables. Se sancionan las omisiones, alteraciones, fraude y falsificaciones de registros, cuentas, estados financieros y libros con el propósito de ocultar el cohecho. Blanqueo de dinero: el detectar un pago de soborno ilegal relacionado con transacciones internacionales es suficiente para provocar la aplicación de la legislación contra el blanqueo de capitales para que esos pagos puedan ser confiscados. Asistencia legal mutua: si se utilizan canales financieros internacionales para ocultar o realizar el cohecho internacional, el Convenio obliga a los países signatarios a proveer el apoyo legal oportuno, además de establecer provisiones relativas a la extradición.

del Consejo de Europa³ y la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* de 2003⁴, ratificada por 170 países.

En España tradicionalmente hemos mirado hacia otro lado cuando se nos confrontaba con la realidad de que empresas españolas facilitaban su éxito en el comercio internacional distribuyendo coimas entre políticos, funcionarios y directivos extranjeros. Hasta no hace mucho tiempo, los pagos corruptos en el extranjero se deducían sin embarazo en la declaración del Impuesto de Sociedades. España solo ratificó la Convención de la OCDE en el año 2000⁵, e incorporó al Código Penal el tipo delictivo del cohecho de funcionario público extranjero en el año 2003⁶. Más adelante, en la reforma de 2010, se tipificó el delito de corrupción entre particulares, por influencia de los citados Convenios del Consejo de Europa⁷.

El arbitraje no ha sido ajeno al devenir histórico y a las percepciones sociales. Hasta finales del siglo XX, los tribunales arbitrales adoptaron frente al fenómeno de la corrupción la misma posición pasiva que los demás operadores en el comercio internacional. Los árbitros consideraban que su actuación había de ceñirse estrictamente al derecho privado, centrándose solo en el contrato y en las alegaciones de las partes. El cometido

³ Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 y el Convenio civil sobre la Corrupción (Convenio número 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999.

⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, aprobada el 31 de octubre de 2003 por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 58/4.

⁵ Instrumento de Ratificación del Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997, Boletín Oficial del Estado núm. 46, de 22 de febrero de 2002, pp. 7155 a 7159.

⁶ Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Boletín Oficial del Estado, 12 de enero de 2000, núm. 10, pp. 1139-1150.

⁷ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 23 de junio de 2010, núm. 152, pp. 54.811-54.883.

del árbitro era resolver una disputa mercantil de conformidad con los términos acordados. La lucha contra la corrupción –se entendía– excedía de su misión, y las alegaciones de corrupción se dejaban a la exclusiva competencia de los jueces y fiscales nacionales en el orden penal.

Pero poco a poco esta postura fue cambiando. Uno de los primeros en promover una actitud más beligerante contra la corrupción fue el juez Lagergren⁸, al que se unieron después muchos.

Hoy en día los actos de corrupción son unánimemente considerados como contrarios al orden público internacional. Y las legislaciones nacionales modernas tipifican la corrupción como delito, tanto para el que paga como para el que recibe, y despliegan sus efectos tanto en el sector público como en el privado.

Desde el punto de vista del Derecho privado, la constatación de actos de corrupción priva al infractor de protección y acarrea consecuencias muy gravosas, llegando hasta la nulidad del contrato. Esto ha llevado a un resultado inesperado: en los procedimientos de arbitraje en los que están involucrados estados o entes públicos de países en desarrollo se ha generalizado el uso de la excepción de corrupción como arma defensiva⁹. En muchas ocasiones las alegaciones de corrupción tienen fundamento, pero también es verdad que se puede abusar de esta defensa de forma interesada para evadir responsabilidades.

En un procedimiento arbitral las alegaciones de corrupción surgen normalmente en cuatro escenarios: dos que afectan a arbitrajes comerciales, y dos a arbitrajes de inversión.

En los arbitrajes comerciales el caso más frecuente afecta a contratos que encubren pagos corruptos, y cuya única finalidad es dar una ficción de legitimidad a dichos pagos. Normalmente

⁸ Caso CCI N° 1110 de 1963 (consultado en www.trans-lex.org/201110).

⁹ Tamar Meshel: «The Use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration», *Journal of International Arbitration*, (Kluwer Law International 2013, Vol. 30, Núm. 3) pp. 267-281.

estos contratos tendrán como objeto el pago de una comisión a un agente, para que éste a su vez pague la dádiva a un funcionario público de cara a la obtención del contrato (1.).

El segundo grupo dentro de los arbitrajes comerciales lo forman aquellos contratos que han sido obtenidos por medio de pagos corruptos. En estos supuestos las partes celebran un contrato que tiene una apariencia externa de validez, pero en paralelo, han tenido lugar los pagos a políticos, funcionarios o directivos para asegurar la firma del contrato o de la concesión (2.).

Respecto a los arbitrajes de inversión, el primer grupo de casos son aquellos en los que el inversor incurre en actos de corrupción para así poder realizar su inversión u obtener una concesión (3.).

Y por último estaría el caso menos frecuente del inversor que alega haberse negado a realizar pagos corruptos, y al que el estado como represalia le ha expropiado su inversión o le ha dispensado un trato injusto e inequitativo (4.).

2. Contratos que encubren pagos corruptos

Estos contratos surgen ante la necesidad de justificar los pagos corruptos a través de instrumentos que den apariencia de probidad. Lo más habitual es que las partes –la empresa que está dispuesta a corromper y el beneficiario de la corrupción, o un agente intermediario– formalicen un acuerdo de intermediación u otro contrato de prestación de servicios. Frecuentemente en la operación aparecerán empresas interpuestas para canalizar los pagos corruptos hasta su destino final. Estos acuerdos y contratos simulan relaciones sinalagmáticas y formalizan obligaciones de pago, pero en realidad no hay un legítimo intercambio de bienes o servicios a cambio de los pagos recibidos –lo que subyace son pagos corruptos que se pretende justificar–.

En este tipo de contratos ambas partes incurren en dolo (*pari in delicto*), ya que ambas consienten en simular una relación

jurídica y económica legítima, que en realidad no existe, para enmascarar pagos ilícitos.

La mayoría de laudos arbitrales publicados que tratan la corrupción tiene como base este tipo de contratos¹⁰. El conflicto surge porque el empresario se niega a pagar al intermediario la cantidad que fue acordada previamente, y el intermediario le reclama lo debido.

Ante esta situación, se plantea una serie de cuestiones: ¿tiene el tribunal arbitral competencia para enjuiciar los actos de corrupción y sus efectos? ¿Cuál es el estándar de prueba, y sobre quién recae su carga?

2.1. Competencia

El primer arbitraje relacionado con la corrupción, y probablemente uno de los más conocidos, fue el caso CCI N° 1110 de 1963, instruido por un árbitro único, el incorruptible juez sueco Gunnar Lagergren.

En el contrato que subyacía a la disputa, un ingeniero argentino con cierta influencia sobre las autoridades gubernamentales, se comprometió a facilitar, en beneficio de una empresa inglesa, la adjudicación de varios contratos para el suministro a una empresa pública argentina de equipos eléctricos. Como contraprestación recibiría una jugosa comisión del 10% del valor de los contratos concluidos¹¹. El ingeniero argentino utilizaba a su vez parte de la comisión recibida para corromper a los funcionarios públicos y así obtener los contratos¹².

¹⁰ Hilmar Raeschke-Kessler y Dorothee Gottwald: «Corruption» en «The Oxford Handbook of International Investment Law» (Peter Muchlinski *et al.* eds.) (en adelante «Raeschke-Kessler»), p. 584, sostiene que de 36 casos estudiados, 25 pertenecen a esta categoría; Antonio Crivellaro: «The courses of action available to international arbitrators to address issues of bribery and corruption», en «Corruzione nazionale e internazionale» (Franco Bonelli y Massimo Mantovani eds.), contiene una lista actualizada de los casos publicados que tratan de corrupción (en adelante «Crivellaro»).

¹¹ Caso CCI N° 1110 de 1963, p. 4.

¹² Caso CCI N° 1110, p. 10, para. 17.

Posteriormente la empresa inglesa se negó a satisfacer las comisiones, y el ingeniero argentino inició el arbitraje para cobrar las cantidades a las que creía tener derecho.

El juez Lagergren se declaró incompetente por considerar que este contrato violaba el orden público internacional y era contrario a las buenas costumbres¹³.

Hoy en día admiramos la integridad del juez Lagergren, pero no compartimos la solución jurídica que adoptó para este caso. En virtud del principio de la separabilidad de la cláusula arbitral, el hecho de que en un arbitraje pueda subyacer un delito o que el acto sea contrario al orden público internacional no puede afectar a la competencia del tribunal¹⁴, ya que por lo general, la corrupción afectará al objeto del contrato y no a la cláusula arbitral¹⁵. Varios tribunales arbitrales y jurisdicciones estatales han reconocido que el árbitro tiene competencia para declarar la existencia de actos de corrupción¹⁶.

2.2. Los efectos civiles

En caso de constatar la existencia de un contrato que encubra conductas ilícitas de corrupción, corresponde al tribunal determinar los efectos civiles.

Desde el prisma del derecho internacional, los contratos que esconden pagos corruptos devienen nulos por ser contrarios al orden público internacional. El Art. 8 del Convenio civil sobre la corrupción es taxativo:

¹³ Caso CCINº 1110, p. 11, para. 23.

¹⁴ Hwang y Lim: «Corruption in Arbitration – Law and Reality», *Asian International Arbitration Journal*, (Singapore International Arbitration Centre en cooperación con Kluwer Law International 2012, Vol.8, Núm. 1), p. 63.

¹⁵ Véase por ejemplo el caso *Fiona Trust & Holding Corp v Yuri Privalov* [2007] APPLR. 01/24 en el que el Tribunal de Apelaciones inglés, en aplicación del principio de separabilidad, confirmó la validez de la cláusula arbitral de una serie de contratos, que había sido impugnada en base a la alegación de que los contratos que subyacían a la disputa habían sido obtenidos mediante actos de corrupción.

¹⁶ Véase *Raeschke-Kessler*, p. 611, *Crivellaro*, p. 255.

Cada Parte dispondrá en su derecho interno la nulidad de todo contrato o de toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción.

Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos [«PECL»] prevén que este tipo de contratos son ineficaces *ab initio*. Así el Art. 15:101 de los PECL establece que:

El contrato será ineficaz en la medida en que sea contrario a los principios reconocidos como fundamentales en la legislación de los Estados miembros de la Unión Europea.

En el Derecho civil continental el resultado es análogo: estaremos ante un contrato con causa ilícita, que violenta el orden público, cuyo objeto es enmascarar los pagos que constituyen el medio para cometer un delito, por lo que la sanción que se impone es la nulidad radical e insubsanable, que congela la restitución de las prestaciones: *in pari delicto, potior est conditio defendentis*. El que ha pagado no puede exigir la devolución; y el que aún no ha pagado no puede ser obligado a pagar. Esta solución es la prevista por el Art. 1.306 del Código Civil español¹⁷.

El Derecho civil continental trata los efectos civiles de la corrupción en los contratos desde el punto de vista sustantivo, decretando la nulidad del negocio jurídico. En cambio, en el Derecho anglosajón, si bien se llega a un resultado análogo, la sanción se impone a través de una norma procesal: la doctrina de las *clean hands*, que priva de acción a toda persona con las «manos manchadas» –doctrina que se origina en un famoso caso de 1725, cuando un bandolero intentó demandar a un compañero de partida¹⁸.

¹⁷ Artículo 1306.1 C.civ. español: «Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido».

¹⁸ *Everet v. Williams*, Ex. 1725, 9 L.Q. Rev. 197, más conocido como «*The Highwayman Case*».

2.3. Prueba

El mayor escollo con que se encuentran los árbitros en la lucha contra la corrupción es la prueba de su existencia. Debido a su naturaleza delictiva, las partes se esfuerzan en no dejar rastro de la ilegalidad de sus actos, por lo que es poco usual encontrar prueba documental que demuestre el ilícito. Y los testigos de hecho tampoco se atreven a decir la verdad, por miedo a incurrir en responsabilidad penal. Esto, sumado a que los árbitros carecen de las facultades de investigación de un juez o un fiscal, hace que la constatación de este tipo de ilícitos ocurra con muy poca frecuencia.

Además, en muchos ordenamientos el estándar probatorio de los actos en los que haya mediado dolo o fraude, o que impliquen actividades ilícitas, es de carácter reforzado. Y este fue históricamente el enfoque adoptado por varios tribunales arbitrales, como por ejemplo en el caso CCI N°. 6401 (el caso *Westinghouse*), en el que el tribunal declaró que no había «prueba concluyente»¹⁹ de que hubiese mediado un pago corrupto al Presidente de Filipinas, Ferdinand Marcos.

Aquí se corre el riesgo de que el arbitraje, por un celo excesivo en preservar valores procesales, se convierta en un puerto refugio para conductas indeseables. Por fortuna, en los últimos casos, los tribunales arbitrales han abandonado la idea del estándar probatorio reforzado, y han admitido la posibilidad de probar actos de corrupción mediante prueba indiciaria o circunstancial (como el porcentaje que suponen las comisiones en relación con el precio total de los servicios prestados, la forma y lugar en que se realizan los pagos o la inexistencia de justificación del destino dado a los fondos)²⁰. En mi opinión,

¹⁹ Traducción libre del Laudo del Caso CCI N°. 6401 de 1999, *Westinghouse and Burns & Roe (USA) v. National Power Company and the Republic of the Philippines*, en el que el tribunal se refiere a la necesidad de disponer de «clear and convincing evidence» para acreditar la corrupción.

²⁰ Caso CCI N°. 15.668 de 23 de marzo de 2011, *Middle-East agent vs. European contractor*, laudo de 23 March 2011, citado por Crivellaro p. 242. El enfoque del

este es el enfoque correcto, ya que las determinaciones a que arribe el árbitro solo tienen efectos civiles. Los estándares de convencimiento reforzados exigidos en el ámbito penal no deberían ser los exigibles en un procedimiento arbitral.

Con respecto a la carga de la prueba, la regla general *actori incumbit probatio* dicta que corresponde probar la corrupción a quien la alega. Sin embargo, esta regla general merece una matización²¹. Es casi imposible aportar prueba concluyente de que los dineros fluyeron a su destino y fueron la causa que precipitó la adjudicación del contrato; la situación normal será que el que alega corrupción solo pueda aportar indicios fundados del ilícito. En tal caso, el demandado no puede quedarse con los brazos cruzados. Debe reaccionar, y aportar la prueba que esté a su alcance, para desbaratar los indicios de corrupción en su contra y justificar el uso de los dineros recibidos²². Y en caso de que esa parte no aporte prueba alguna, el tribunal arbitral puede inducir inferencias negativas respecto a los hechos discutidos²³.

2.4. Deber de investigar

Los árbitros tienen un deber de combatir la corrupción.

En muchos casos las partes que han celebrado un contrato con finalidad corrupta negarán rotundamente la ilegalidad, y defenderán que el contrato tan solo pretende remunerar actividades legítimas. Si hay sospecha fundada de que el contrato oculta pagos corruptos, los árbitros deben investigar. Y si alcanzan la conclusión, tras oír a las partes, de que el contrato es

tribunal en *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI N° ARB/10/3, Laudo de 4 de octubre de 2013, («*Metal-Tech*»), para. 243, en el que el tribunal admitió la viabilidad de la prueba circunstancial para casos de corrupción.

²¹ *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/10/19, Laudo de 18 de noviembre de 2014, («*Flughafen Zürich*»), para. 154.

²² *Metal-Tech*, para. 238.

²³ *Metal-Tech*, para. 238.

un fraude, deben declarar *sua sponte* su nulidad, sin necesidad de que lo solicite una de las partes²⁴.

3. Contratos obtenidos por medio de pagos corruptos

En el segundo supuesto existe un contrato entre un empresario y un estado o empresa, con objeto lícito, en el que aquel se compromete a entregar alguna cosa o prestar un servicio, contra el pago de un precio. La dificultad surge cuando la adjudicación (o el cumplimiento) del contrato ha estado acompañado de pagos secretos y corruptos, bien a un político, bien a un funcionario o directivo. Estos personajes bien conectados se lucran torticeramente a costa del interés general (en caso de contratos públicos) o de los propietarios legítimos (en caso de contratos entre particulares).

En los casos descritos, la culpa en principio solo recae sobre el corruptor (y los corruptos), pero no sobre la contraparte perjudicada. Esta desconoce la existencia de corrupción y no se beneficia de ella. El único beneficiario es el funcionario, político o directivo que adjudica el contrato. Es más, la parte *in bonis* normalmente se ve perjudicada, al perfeccionar un contrato con precios inflados o peores condiciones.

Existe sin embargo un *caveat*: en circunstancias excepcionales en que el estado o la empresa perjudicada supo (o debió haber sabido) de la existencia de pagos corruptos, y no hizo nada para evitarlo, puede incurrir en *culpa in vigilando*: los estados y las empresas tienen un deber de supervisión y control de sus políticos, funcionarios y directivos. En estos casos el tribunal

²⁴ Véase Crivellano, p. 261. También en Juan Fernández-Armesto: «The Effects of a Positive Finding of Corruption, Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration», Baizeau and Kreindler (ed), Dossiers of the ICC Institute of World Business Law 13, International Chamber of Commerce (ICC), 2015, p. 168.

arbitral deberá tener en cuenta la conducta de cada parte, para determinar el correspondiente grado de responsabilidad²⁵.

En este tipo de contratos, obtenidos por medio de pagos corruptos, las disputas típicamente surgen cuando la empresa corruptora exige el cumplimiento del contrato, y el estado o contraparte se opone, alegando como defensa que ha tenido conocimiento de que el contrato se facilitó mediante pagos corruptos.

3.1. *World Duty Free c. Kenia*

El caso paradigmático es, por supuesto, *World Duty Free c. Kenia*²⁶, un caso administrado por el CIADI, pero que está basado en el incumplimiento de un contrato.

El Sr. Ali, presidente de World Duty Free, quería obtener la concesión de las tiendas libres de impuestos en Nairobi y Mombasa. Su socio keniano, el Sr. Sajjad, le recomendó que planteara la solicitud para obtener la concesión directamente ante el Presidente de Kenia, Su Excelencia Daniel Moi. Para ello, se desplazaron a la residencia oficial del Presidente, llevando consigo una cartera repleta con dos millones de Dólares en billetes, que entregaron al asistente personal del Presidente. Al salir, el asistente les devolvió la cartera. Los Dólares habían desaparecido, y la cartera estaba llena de granos de maíz. El Sr. Sajjad se mostró encantado: «Al Presidente le gusta tu propuesta –es una magnífica señal–». El Presidente Moi efectivamente ordenó que el contrato de las tiendas libres de impuestos se otorgara a World Duty Free. El contrato se firmó y la empresa invirtió una considerable suma de dinero en ejecutar su proyecto. Años después

²⁵ Véase Art. 6 del Convenio Civil sobre la Corrupción: «Cada Parte dispondrá en su derecho interno que podrá reducirse o suprimirse la indemnización del daño teniendo en cuenta todas las circunstancias, en el caso de que el demandante haya contribuido, con su culpa, a que se produzca el daño o a su agravación»; Véase también Richard Kreindler: «Die international Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und die Korruption», en *SchiedsVZ* 2010/1 p. 9.

²⁶ *World Duty Free Company Limited c. República de Kenia*, Caso CIADI N°. ARB/00/7, Laudo de 4 de octubre de 2006 («*World Duty Free*»).

surgieron problemas en la ejecución del contrato y el Gobierno keniano lo canceló – de forma irregular según World Duty Free. El estado reaccionó declarando la nulidad del contrato en el momento en que se enteró de que había sido obtenido por medio de pagos corruptos. Seguidamente, World Duty Free inició un arbitraje contra el estado alegando incumplimiento del contrato, y pidiendo la devolución de las tiendas o una indemnización por un importe de 500 millones de dólares.

El tribunal desestimó la demanda de World Duty Free al entender que la corrupción es contraria al orden público internacional, y contraria al Derecho inglés y keniano (derecho aplicable al contrato)²⁷. Por ello aceptó la declaración de anulación del contrato formulada por Kenia, y negó a la demandante legitimación activa, por haber cometido una violación del orden público internacional.

World Duty Free es un caso maravilloso – un caso que todo árbitro querría haber decidido. Pero es un caso trampa: el Sr. Ali reconoció en el arbitraje la existencia del soborno y la forma en que se había realizado, y ofreció la prueba de la corrupción en bandeja de plata.

Las cuestiones sobre la competencia del tribunal arbitral para enjuiciar estos casos y el estándar probatorio para la verificación de los actos de corrupción son comunes a las ya expuestas para los contratos que ocultan pagos ilegítimos.

Es en los efectos civiles donde existe una diferencia sustantiva.

3.2. Efectos civiles

A los contratos obtenidos a través de sobornos a políticos, directivos o funcionarios no se les puede aplicar la misma regla de nulidad radical que prevalece en los contratos que encubren pagos corruptos. En ellos existe un verdadero contrato, con un objeto real y una causa lícita. Lo que ha ocurrido es

²⁷ *World Duty Free*, para. 188.

que el consentimiento del estado o la empresa se ha obtenido dolosamente, mediante una maquinación corrupta para torcer su voluntad, haciendo llegar dádivas a los políticos, funcionarios o directivos que intervienen *de iure* (o *de facto*) en la adjudicación.

En estos casos, la simple nulidad del contrato no puede ser la única solución. La finalidad perseguida debe ser la de proteger a la parte *in bonis* de las consecuencias negativas de la corrupción mediante una «respuesta apropiada y proporcionada a la infracción»²⁸. Por lo tanto la parte inocente tendrá, en general, dos opciones: o bien decantarse por la anulación del contrato o bien optar por su convalidación.

3.3. Anulabilidad

Ex dolo malo non oritur actio: quien perfecciona o ejecuta contratos incurriendo en actos de corrupción lo hace a su cuenta y riesgo, renunciando a toda acción para proteger sus derechos contractuales y exponiéndose a que la parte *in bonis* solicite e imponga la anulación del contrato²⁹.

Cuando el contrato es declarado nulo antes de que las partes hayan satisfecho sus prestaciones, ambas quedarán exentas de realizarlas. Y si ya se ha iniciado o finalizado la ejecución

²⁸ PECL 15:102(3). También en Juan Fernández-Armesto, «The Effects of a Positive Finding...», p. 170.

²⁹ Véase Art. 1.305 C.civ.: «Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta.

Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido».

Todas las jurisdicciones coinciden en declarar un contrato nulo o ineficaz si viola la ley, el orden público o la moral. Cf. arts. 6 y 1162 del Código Civil francés o los párrafos 134 y 138(1) del Código Civil alemán. La misma solución recoge, más escuetamente, el art. 15:101 PECL.

del contrato, la parte inocente puede solicitar la restitución de lo que haya entregado; pero no así el corruptor³⁰.

Esta solución puede resultar aparentemente injusta (en el supuesto más extremo: parte corruptora que hace una mínima dádiva a un político, que cumple íntegramente con sus obligaciones, frente a la parte *in bonis* que, no habiendo pagado, pretende apropiarse de la prestación sin realizar desembolso adicional alguno). Cabe preguntarse si existe (o debería existir) una regla *de minimis*, que excluyera o al menos mitigara la sanción cuando la infracción sea de menor relevancia³¹, o si se debe reconocer al corruptor una acción por enriquecimiento injusto contra la parte *in bonis*³².

³⁰ Véase *supra* Art. 1.305 C.civ. Casi todos los ordenamientos hacen matizaciones a los efectos del principio *in pari delicto*, como muestran los artículos 15:104 y 15:102(3) PECL:

«Article 15:104 Restitution.

(1) When a contract is rendered ineffective under Articles 15:101 or 15:102, either party may claim restitution of whatever that party has supplied under the contract, provided that, where appropriate, concurrent restitution is made of whatever has been received.

(2) When considering whether to grant restitution under paragraph (1), and what concurrent restitution, if any, would be appropriate, regard must be had to the factors referred to in Article 15:102 (3).

(3) An award of restitution may be refused to a party who knew or ought to have known of the reason for the ineffectiveness.

(4) If restitution cannot be made in kind for any reason, a reasonable sum must be paid for what has been received».

«Article 15:102 Contracts Infringing Mandatory Rules.

(1) [...]

(2) Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement upon a contract, the contract may be declared to have full effect, to have some effect, to have no effect, or to be subject to modification.

(3) A decision reached under paragraph (2) must be an appropriate and proportional response to the infringement, having regard to all relevant circumstances, including: (a) the purpose of the rule which has been infringed; (b) the category of persons for whose protection the rule exists; (c) any sanction that may be imposed under the rule infringed; (d) the seriousness of the infringement; (e) whether the infringement was intentional; and (f) the closeness of the relationship between the infringement and the contract».

³¹ Los tribunales pueden tener cierta discreción. Véase Art. 3.3.1 (3) (d) Unidroit y Art. 15:102 (3) (d) PECL.

³² El tribunal de *World Duty Free* dejó abierta a discusión esta posibilidad. Véase *World Duty Free*, para. 156.

3.4. Convalidación

La parte *in bonis* también tiene la opción de convalidar el contrato, exigiendo su cumplimiento en los términos pactados.

Una cuestión discutida es si, a petición de la parte *in bonis*, el tribunal puede adaptar el contrato para que refleje las condiciones bajo las cuales se hubiese concluido de no haber mediado la corrupción.

Un ejemplo de esta solución es el Caso CCI n.º 10518³³. La disputa se centra en torno a un contrato sujeto a derecho neoyorquino, para la construcción de una planta industrial en un país del sureste asiático. El tribunal llegó a la conclusión de que el constructor había realizado pagos corruptos a un agente del dueño de la obra, y la solución que adoptó fue reducir el precio para que fuera equivalente al coste incurrido (excluyendo beneficio y las propias dádivas).

Esta es la solución que propone Raeschke-Kessler: en los casos en que no se anula el contrato, sino que se modifica o adapta, el árbitro debe tener en cuenta la voluntad contractual de las partes y su nivel de implicación en la corrupción, así como los intereses económicos en juego³⁴.

Para finalizar hay que añadir que, en cualquier caso, tanto si se anula el contrato como si se convalida, el afectado tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos, incluyendo «daños patrimoniales, el lucro cesante y los daños no patrimoniales»³⁵; los daños ascenderán al menos al importe del pago corrupto, que representa la diferencia entre el precio convenido y el que resultaría de una transacción no viciada.

³³ Caso CCINº. 10.518, laudo parcial de mayo de 2001 y laudo final de noviembre de 2002.

³⁴ Raeschke-Kessler, pp. 598 y 599.

³⁵ Artículo 3 del Convenio Civil sobre la corrupción: «1. Cada Parte dispondrá en su derecho interno que las personas que hayan sufrido daños resultantes de un acto de corrupción tengan el derecho a iniciar acciones a fin de obtener la indemnización íntegra de dicho daño. 2. Dicha indemnización podrá cubrir los daños patrimoniales, el lucro cesante y los daños no patrimoniales».

4. Arbitraje de inversión

Aquí me refiero a aquellos arbitrajes que tienen como base tratados internacionales –normalmente Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones [«APPRI»]– sin que exista necesariamente una relación contractual entre el estado y el inversor. El inversor reclama contra el estado, acusándolo de un incumplimiento de las garantías a las inversiones extranjeras otorgadas en el APPRI (en esencia, expropiación y trato justo e inequitativo). Y el estado se defiende, argumentando que el inversor realizó su inversión mediante actos de corrupción.

La mayoría de los APPRI exige que el inversor haya realizado su inversión de acuerdo con la legislación del estado receptor. Si el inversor ha realizado su inversión mediante actos corruptos –actos que todas las legislaciones califican como irregulares– carecerá de legitimación para demandar al estado, de acuerdo con el tenor literal del APPRI.

Pero aun en los APPRI que guardan silencio al respecto, el inversor que ha incurrido en corrupción pierde la protección iusinternacional. Esto es así porque existe un principio implícito en el derecho internacional, que excluye de la protección de los APPRI a aquellos inversores que al invertir hayan violado flagrantemente el ordenamiento jurídico³⁶. El resultado es igualmente que el inversor pierde la legitimación activa y el tribunal arbitral carece de jurisdicción³⁷.

³⁶ Véase *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI N°. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción de 8 de febrero de 2005, para. 138; *Phoenix Action Ltd c. República Checa*, Caso CIADI N°. ARB/06/5, Laudo de 15 de abril de 2009, para. 101; *Saur c. República Argentina*, Caso CIADI N°. ARB/04/4, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad de 6 de junio de 2012, para. 308.

³⁷ Véase *Flughafen Zürich*, paras. 129-132; y 153.

4.1. Metal-Tech c. Uzbekistán

El *leading case* es *Metal-Tech c. Uzbekistán*³⁸. Metal-Tech era un inversor israelí en Uzbekistán, que alegaba que su inversión había sido expropiada y que reclamaba una compensación bajo el APPRI entre Israel y Uzbekistán. El estado excepcionó que las inversiones habían sido promovidas mediante pagos corruptos a funcionarios, y que el tribunal por tanto carecía de jurisdicción para conocer de la controversia. En el curso del arbitraje, Metal-Tech reconoció haber pagado cuatro millones de Dólares (un 20% del importe del contrato) a tres asesores uzbekos.

Los contratos de asesoramiento parecían ficticios, los pagos se habían realizado a cuentas suizas y a favor de empresas interpuestas; uno de los asesores era el jefe de gabinete del Presidente del Gobierno, el otro el hermano del Presidente y el inversor fue incapaz de probar la probidad de los servicios pagados.

En cuanto al estándar probatorio, el tribunal se limitó a establecer que es difícil probar la existencia de corrupción, debido a su propia naturaleza, y que casi siempre se hace a través de pruebas circunstanciales. También realizó inferencias negativas: la falta de aportación de las pruebas solicitadas por el tribunal fue interpretada en contra de las demandantes –apoyándose en el Art. 9.5 de las Reglas de la IBA–. Tras una valoración en conjunto de toda la prueba, el tribunal llegó a la conclusión de que los pagos hechos a los tres asesores enmascaraban pagos corruptos, lo que constituía un delito en Uzbekistán. Por lo que determinó que el inversor no había cumplido con su deber de invertir de conformidad con las leyes de Uzbekistán, y que el tribunal carecía de jurisdicción

La decisión del tribunal *Metal-Tech* es una decisión habilidosa y convincente, siendo la primera que niega legitimación activa por corrupción en un arbitraje de inversión basado en un

³⁸ *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI ARB/10/3.

APPRI. Y lo hace invocando el propio texto del APPRI, no principios generales de Derecho internacional.

5. La venganza contra el incorruptible

Otro de los supuestos que se puede dar dentro de los arbitrajes de inversión, es aquel en el que el inversor ha hecho una inversión, cumpliendo con la normativa del estado receptor y sin incurrir en prácticas corruptas, pero posteriormente se ve confrontado con la exigencia de un funcionario o autoridad del estado receptor, que el inversor se niega a satisfacer. La conducta del inversor incorruptible desemboca en una venganza por parte de las autoridades del estado receptor, que a su vez se traduce en un trato injusto e inequitativo o una expropiación.

5.1. *EDF c. Rumanía*

El caso más conocido que responde a esta constelación fáctica es *EDF c. Rumanía*³⁹.

EDF era propietaria de tiendas libres de impuestos en Rumanía. Su gerente acusó al Primer Ministro Nastase de haberlo convocado a una reunión en el parking del hotel Hilton de Bucarest, y de haberle pedido USD 2.500.000 como soborno. Tras la negativa al pago, el Estado habría retirado la concesión a EDF.

En el arbitraje el tribunal concluyó que cuando un estado exige a un inversor extranjero un soborno, está violando el principio de trato justo y equitativo⁴⁰.

Pero al tratar la cuestión de la prueba, el tribunal llegó a una conclusión altamente controvertida⁴¹:

«There is a general consensus among international tribunals and commentators regarding the need for a high standard of proof of corruption».

³⁹ *EDF (Services) Limited c. Rumanía*, Caso CIADI N°. ARB/05/13, Laudo de 8 de octubre de 2009.

⁴⁰ *EDF*, para. 221.

⁴¹ *EDF*, para. 221.

Y aplicando ese estándar, decidió que el inversor había sido incapaz de probar sus alegaciones de corrupción.

No comparto esta conclusión. El hecho de que la corrupción sea difícil de probar, no implica que se exija un estándar de prueba excepcional. Lo que se exige es que el tribunal esté convencido de que los hechos alegados efectivamente han tenido lugar. Y este convencimiento puede alcanzarse a través de pruebas indiciarias, o de inferencias ante la negativa de una parte de aportar las pruebas solicitadas.

6. Conclusión

Es cierto que la actitud inicial del arbitraje frente a la corrupción fue algo tibia: ciertos árbitros vieron la corrupción como un problema endémico, como el precio que tradicionalmente se exigía para comerciar o invertir en ciertos países. Pero esto es el pasado. Hoy en día el arbitraje internacional ha asumido una postura altamente combativa. Nadie pone en duda que los pagos corruptos provocan una violación flagrante del orden público internacional, con el resultado de que:

- el contrato es nulo, salvo que la parte *in bonis* prefiera convalidarlo;
- el contratante carece de acción y el inversor carece de legitimación activa.

Estas conclusiones ya no admiten discusión, y me parece justo y equitativo –apropiándome del estándar *iusinternacional*– que así sea. Toda corrupción es detestable. Es rechazable que los gobernantes, los funcionarios y los políticos de un país se dejen comprar por intereses particulares. Pero es especialmente insidioso cuando son empresarios o inversores extranjeros los que obtienen contratos o prebendas, sobornando a las autoridades políticas o funcionarios de los países receptores, y realizando conductas que nunca se atreverían a ejecutar

en sus propios países; cuando lo que se exporta no es progreso, sino injusticia e inequidad. Los inversores y empresarios que actúan de esa manera no merecen la protección del arbitraje internacional.

Referencia bibliográfica

CRIVELLARO, Antonio: «The courses of action available to international arbitrators to address issues of bribery and corruption», en «Corruzione nazionale e internazionale» (Franco Bonelli y Massimo Mantovani eds.), *Transnational Dispute Management*, 2013.

FERNÁNDEZ-ARRESTO, Juan: *The Effects of a Positive Finding of Corruption, Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, Baizeau and Kreindler (ed.), *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law 13*, International Chamber of Commerce (ICC), 2015, pp. 167-174.

HWANG, Michael, y LIM, Kevin: «Corruption in Arbitration – Law and Reality», *Asian International Arbitration Journal*, (Singapore International Arbitration Centre (en cooperación con Kluwer Law International 2012, Vol.8, Núm. 1), p. 63.

KREINDLER, Richard, «Die international Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und die Korruption», en *SchiedsVZ* 2010/1, p. 9.

MESHEL, Tamar: «The Use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration», *Journal of International Arbitration*, (Kluwer Law International 2013, Vol. 30, Núm. 3) pp. 267-281.

PETERSON, Luke Eric: «Siemens Waives Rights Under Arbitral Award Against Argentina, Follows Company's Belated Corruption Confessions», en *Investment Arbitration Reporter*, 2 de septiembre de 2009.

RAESCHKE-KESSLER, Hilmar, y GOTTWALD, Dorothee: «Corruption» en «*The Oxford Handbook of International Investment Law*» (Peter Muchlinski *et al.* eds.), pp. 584 y sigs.



CEU

*Instituto Universitario
de Estudios Europeos*
Universidad San Pablo

CIAMEN

*Centro Internacional de
Arbitraje, Mediación y Negociación*



C I M A
CORTE CIVIL Y MERCANTIL
DE ARBITRAJE

Juan Fernández-Armesto (Nueva York, 1953) es un árbitro internacional, especializado en dirimir disputas entre empresas y Estados. De formación germana, es Doctor en Derecho y licenciado en Ciencias Empresariales. Ha sido socio del despacho Uría & Menéndez, Catedrático de Derecho Mercantil en ICADE y Presidente de la CNMV.



CEU | *Ediciones*

ISBN: 978-84-16477-86-9



9 788416 477869