

PRESENTACIÓN

Si, como afirmó Emile Zola¹, la honradez absoluta no existe en mayor cantidad que la salud perfecta, no queda sino adaptarse a la falta de rectitud.

La corrupción es un asunto que está en boca de todos y en manos de algunos. Nos lo recuerdan año a año la organización sin ánimo de lucro Transparencia Internacional con la publicación de su Índice de percepción de la corrupción por países², y semana a semana tribunales y periodistas con la publicación de sus respectivas sentencias y artículos.

Aquí reside en parte la pertinencia de este estudio. La corrupción es un fenómeno internacional – o incluso *transnacional* como dirían los defensores de la *lex mercatoria*; un fenómeno que atañe a todos y que por nadie es deseado, al menos no abiertamente. Se trata de un elemento que, siendo universal, es cada vez menos tolerado. Y como tal merece ser estudiado.

Antes de continuar debemos hacer una aclaración. Mientras que la corrupción, como veremos, se puede definir de distintas maneras y cubrir diferentes fenómenos, es importante explicar qué será considerado como "corrupción" a lo largo de este estudio. Corrupción será todo acto por el que una parte da y otra recibe un favor indebido, a cambio de un beneficio que no se puede recibir o no se debe dar. La corrupción englobará, por tanto, sobornos, tráfico de influencias, información privilegiada y cualquier otro fenómeno, tipificado o no por la ley, que encaje en este supuesto. Habrá corrupción cuando haya *una acción y efecto de corromper* o

¹ "*L'honnêteté absolue n'existe pas plus que la santé parfaite. Il y a un fonds de bête humaine chez tous, comme il y a un fonds de maladie*", Zola, E., "Le roman expérimental".

² https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017

de corromperse, como cita la RAE³: corrupción será la corrupción activa (ofrecer) y también la corrupción pasiva (recibir).

La corrupción en los cargos públicos une a los tres poderes y al cuarto. Mientras que la corrupción pasiva suele darse más en el ejecutivo, el judicial es el encargado de condenarla y la prensa de hacer eco de ello. Así, En España, diecinueve días alcanzaron para que dos escándalos de corrupción llenaran las páginas de periódicos nacionales y extranjeros, provocando un cambio de gobierno uno y culminando el otro en la entrada en prisión de un miembro de la familia del Rey.

Quizás la atención mediática contribuya a que la corrupción sea una de las tres principales preocupaciones de los españoles, elegida como tal por más del 30% de los encuestados en 61 de los últimos 62 meses⁴; o quizás, por el contrario, dar publicidad a las sanciones proporciona un verdadero sentimiento de justicia en una sociedad que lo necesita. Esta última parece la sensación que empieza a prevalecer, reafirmada con la renuncia siete días después de su nombramiento de un ministro condenado por corrupción. En todo caso, la actualidad y la relevancia del tema son innegables, y a esto ha sabido responder el poder legislativo.

Las últimas décadas fueron testigo de la sanción de numerosas leyes anticorrupción. Desde la Foreign Corrupt Practices Acts estadounidense de 1977 hasta las modificaciones al Código Penal francés introducidas por la Ley Sapin II de finales del 2016, corrupción activa y corrupción pasiva se ven acordadas penas cada vez más altas, por normas nacionales que pretenden un carácter extraterritorial⁵. A nivel internacional, similar objetivo persiguen tex-

³ Diccionario de la Real Academia Española, última edición (junio 2018), versión electrónica.

⁴ Datos del CIS, disponibles en línea: <http://www.cis.es/>

⁵ Boursier M.-E., "La mondialisation du droit pénal économique", *RSC*, 2017, p. 465.

tos redactados por la OCDE⁶ y por la Unión Europea⁷. Incluso la *lex mercatoria*, el teórico conjunto de reglas que, en ausencia de otra ley aplicable, regularía el comercio internacional por lo unánime de su contenido, se une a la corriente, con autores que afirman que a ella pertenece la lucha contra la corrupción⁸.

La ley española, sin liderar, sigue la tendencia. A las penas previstas en el Título XIX del Código Penal para corrupción en cargos públicos⁹, se sumaron recientemente aquellas relativas a la corrupción en las transacciones comerciales internacionales¹⁰, transposición del texto recién citado.

Lo amplio de la definición nos permite asegurar sin demasiados riesgos que todos los estratos de la sociedad están o pueden estar afectados por la corrupción. De la misma manera, todas las ramas del Derecho pueden intervenir en estos casos. Es el caso del Derecho civil y del Derecho internacional privado, objeto de este estudio.

Como lo indica el título, trataremos aquí de la corrupción en el arbitraje. Dejando de lado los aspectos penales de la corrupción, nos centraremos en las consecuencias civiles que su presencia desencadena en las relaciones entre las partes, y en concreto, en la nulidad que puede acarrear. La regla es que un contrato que tenga por objeto la corrupción es nulo y que un contrato que deriva de un acto de corrupción es anulable.

⁶ Convenio OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997.

⁷ Decisión Marco 2003/568, de 22 julio, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

⁸ La lucha contra la corrupción está incluida en la lista de principios TransLex, lista desarrollada por la Universidad de Colonia que enumera y define los principios comerciales considerados como transnacionales (página web: www.trans-lex.org). Sobre la *lex mercatoria*: ver entre otros Goldman, B., "Frontières du Droit et Lex Mercatoria", *APD*, 1964, pp. 177 y ss.

⁹ Contenidos en su mayoría en el Título XIX CP, aunque también en otros artículos; e.g. la prevaricación urbanística de los arts. 320 y ss. CP.

¹⁰ Arts. 286 bis y ss. CP, introducidos por el art. único núm. 155 y ss. de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

La aplicación de esta regla en el arbitraje merece ser estudiada. En particular, este estudio tratará sobre la traducción de una regla tal en una obligación para el árbitro. Varios problemas surgirán al respecto: ¿existe una obligación de declarar la nulidad? ¿Cuál es su origen o su fuente, y cuál su contenido? Y también, ¿dispone un árbitro de las mismas herramientas que un juez para aplicarla?

El arbitraje, al igual que la corrupción, lleva años inspirando libros de Derecho. Sin embargo, sigue siendo una materia en desarrollo. Preguntas como éstas nos darán la oportunidad de ahondar en cuestiones claves del arbitraje, como lo son el límite entre la libertad que tienen las partes y los árbitros y el control del Estado o el rol y responsabilidades del árbitro en el comercio interno e internacional, y contribuir así a su perfeccionamiento y expansión.

Antes de proceder al estudio fijaremos sus límites. Nos referiremos en este estudio a asuntos que, siendo civiles, involucren o tengan por objeto la corrupción. Los casos en que el árbitro es corrompido, incurriendo en una suerte de delito de prevaricación o similares no serán analizados. No lo serán tampoco los casos de corrupción en el arbitraje de inversión¹¹.

Entrarán dentro del campo de estudio los litigios de carácter civil o comercial: reclamaciones de sobornos no pagados, devoluciones de sobornos no efectivos, indemnizaciones por incumplimiento de acuerdos de confidencialidad, pago de intereses, o cualquier otro litigio similar surgido en un contexto de corrupción.

Finalmente, cabe hacer unas últimas aclaraciones lingüísticas:

- La mención al “arbitraje” debe entenderse como una referencia a todo arbitraje comercial, nacional o internacional.

¹¹ Arbitraje CIADI por ejemplo (ICSID o Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones).

- La mención al “árbitro” debe entenderse como una referencia a un árbitro único o a un tribunal arbitral.
- La mención a la “corrupción” debe entenderse como una referencia a la corrupción activa o pasiva, en la acepción más amplia de la palabra.
- La mención a las “partes” debe entenderse como una referencia a las partes de un proceso arbitral, sean personas físicas o jurídicas, privadas o públicas.
- La legislación aplicable dependerá de la ley aplicable al arbitraje, como determinada por la autonomía de la voluntad y la regla de conflicto de leyes. Las referencias a las normas que se citan, al igual que el resto de fuentes, se encuentran al final del trabajo bajo la sección Bibliografía.

El estudio estará dividido en dos partes. En la primera [*Parte I*] estudiaremos la responsabilidad que, en casos de corrupción, tiene el árbitro ante las partes y los Estados, y cómo ésta se traduce en obligaciones. En particular, analizaremos cómo el respeto de sus obligaciones por el árbitro puede influir en la competencia del tribunal [*Sección A*] y en la validez del laudo arbitral [*Sección B*]. En la segunda parte [*Parte II*], nos referiremos a las herramientas de que dispone el árbitro para cumplir con dichas obligaciones, en particular respecto a la complicada cuestión de la prueba y a cómo se conjuga con la libertad del árbitro [*Sección A*]. También en relación con la libertad arbitral repasaremos la existencia y límites de obligaciones de carácter transnacional para el árbitro [*Sección B*].