

Práctica arbitral

Recibido: 31 enero 2016
Aceptado: 28 febrero 2016

Arbitraje, vol. IX, nº 1, 2016, pp. 191–211

Arbitraje y corrupción

Gonzalo JIMÉNEZ–BLANCO *

Sumario: I. Introducción. II. Corrupción en el arbitraje. III. Corrupción en el objeto del arbitraje. 1. Aproximación tradicional y actual. 2. Normas internacionales aplicables. 3. Ley aplicable para determinar la existencia de corrupción. 4. Consideraciones generales sobre la corrupción. 5. Estándares de prueba. 6. Ejercicio de acciones penales y prejudicialidad. 7. Obligación de investigación de los tribunales arbitrales. 8. Obligación de denuncia por parte del tribunal arbitral. IV. Consideraciones finales.

Resumen: Arbitraje y corrupción

Cuando se habla de arbitraje y corrupción se habla normalmente de corrupción producida fuera del arbitraje pero que es conocida dentro del arbitraje. Por ejemplo, cuando se reclama una cantidad por una de las partes en relación a un contrato de consultoría o asistencia que encubría el pago de unos servicios inconfesables. O en el arbitraje de inversiones, cuando la concesión objeto de inversión ha sido obtenida mediante cohecho o de cualquier otro modo irregular. Muchas preguntas pueden hacerse: ¿Es el contrato válido o no? ¿Cuál debe ser la ley aplicable para determinar la existencia de corrupción? ¿Tiene obligación de iniciar una investigación el tribunal arbitral? ¿Tiene obligación de denunciar los hechos ese mismo tribunal interviniente? ¿Cómo juega aquí la confidencialidad del arbitraje?

Palabras clave: ARBITRAJE – CORRUPCIÓN – DEBER DE INVESTIGACIÓN – DENUNCIA – DEBER DE CONFIDENCIALIDAD.

Abstract: Arbitration and Corruption

When we speak on arbitration and corruption we usually speak on corruption produced outside the arbitration but known inside the arbitration. For instance, when the claimed amount derives from a consultancy agreement that in reality covered illegal payments. Or in investment arbitration, when the investment has been done through bribe or other irregular manner. A lot of questions can be made: Is the relevant contract valid? Which is the applicable law for qualifying the existing corruption? Has the tribunal any duty to investigate? Has the tribunal any duty to give notice to the authorities? How plays here the confidentiality duty?

* Ashurst LLP.

Abstract: ARBITRATION – CORRUPTION - DUTY INVESTIGATION – COMPLAINT -DUTY OF CONFIDENTIALITY.

I. Introducción

Cuando se habla de corrupción y arbitraje, normalmente se habla solo de una de sus dos facetas: la corrupción aparece como fuera del arbitraje, esto es, producida “fuera del arbitraje” aunque deba surtir efectos dentro del arbitraje (*v.gr.*, se discute sobre un contrato internacional que ha sido celebrado mediante corrupción). Pero en este artículo también nos vamos a plantear la corrupción producida “dentro del arbitraje” (*v.gr.*, cuando hay árbitros corruptos). No nos consta la existencia de corrupción dentro del arbitraje, pero creemos que puede existir en teoría al menos y que debe ser analizada.

Hwang y Lim¹ señalan que el nivel de corrupción ha aumentado en el mundo de los negocios: en los últimos años, en el índice de corrupción percibida publicado por Transparencia Internacional en 2010 una parte muy significativa de los países avanzados (tres cuartas partes de los 178 países analizados suspendían los correspondientes índices)².

El tema de arbitraje y corrupción es un tema de moda como demuestra que se haya publicado un dossier³ de la CCI sobre el tema. Como señala Derains⁴, el temor de que el arbitraje pueda contribuir a ejecutar un acuerdo conseguido por medio de corrupción aumenta la desconfianza en el arbitraje. Incluso en una jurisdicción como Francia donde los tribunales han mostrado tradicionalmente la mayor confianza al arbitraje, limitando su control a casos extremos donde la violación del orden público era clara, efectiva y concreta, la decisión de los árbitros sobre la existencia de corrupción ha venido a estar plenamente sometida a revisión plena por los tribunales de acuerdo con la corte de apelación de París⁵: “cuando se pide de un laudo que dé efecto a un contrato obtenido por corrupción corresponde al juez en el procedimiento de evaluación identificar en la ley y en los hechos todos los elementos que permitan pronunciarse sobre la alegada ilegalidad del acuerdo y apreciar

¹ Hwang y Lim, en *Corruption in Arbitration— Law and Reality* –http://www.arbitration-icca.org/media/0/13261720320840/corruption_in_arbitration_paper_draft_248.pdf.

² En 2015, los resultados publicados por Transparencia Internacional son similares: El IPC 2015 contempla la percepción de corrupción en el sector público en 168 países. Más de dos tercios de estos 168 países obtuvieron una puntuación inferior a 50, en una escala de 0 (percepción de altos niveles de corrupción) a 100 (percepción de ínfimos niveles de corrupción). *Vid.*: http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/aspectos_destacados_ipc-2015.pdf.

³ Una publicación imprescindible en este ámbito es el documento publicado por ICC “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration” (Dossier XIII of the ICC), en el que se contienen muchos trabajos sobre la materia, que desglosamos en el epígrafe de bibliografía. El dossier recoge los papeles discutidos en la reunión 34 de ICC de 24 noviembre 2014.

⁴ Y. Derains, Foreword en ICC: “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration” (Dossier XIII of the ICC).

⁵ Sentencia *cour d'appel* 4 marzo 2014 *Sté Gulf Leaders for Management and Services Holding Company v SA Credit Foncier de France*, *Rev. arb.*, 2014, p. 502.

si el reconocimiento o la ejecución del laudo viola el orden público internacional de una manera efectiva y concreta”.

II. Corrupción en un arbitraje

En otro lugar publiqué⁶:

“Las encuestas dicen que una de las preocupaciones de los españoles es la corrupción. Parece que la corrupción está bien arraigada en el ámbito político, donde habría alcanzado grandes niveles de penetración. Y esa penetración habría golpeado a todos los escalones de la política, pero parece presentar el mayor grado en la política municipal. La cuestión que nos planteamos muchas veces es si la corrupción no existe nada más que en política o si, por contra, la corrupción política no es más que un reflejo de la corrupción generalizada que razonable: existe en la sociedad una cierta corrupción equiparable a la que pueda que pueda existir en el ámbito político.

¿Puede decirse que exista corrupción en todos los ámbitos de la vida humana? ¿Y en el arbitraje? ¿Existe también corrupción en el arbitraje?

En el ámbito del arbitraje, ha sido muy frecuente la elaboración de códigos de conducta que han elevado los estándares exigibles. Y sin duda han aumentado las buenas prácticas en el mundo del arbitraje. Quizá el campo en el que más se ha avanzado sea el de definir con rigor las exigencias de independencia de los árbitros por distintas asociaciones como en España el Club Español de Arbitraje, así como con la definición de las causas de conflicto de interés de los árbitros, con las famosas reglas de la IBA y sus listados rojo, naranja y verde.

Pero, aún con esos códigos y reglas, seguirán existiendo supuestos de corrupción, que probablemente estén presentes donde de tener menos embargo que la corrupción en el arbitraje es insólita.

¿Y cuáles serían los casos más típicos de corrupción, si existiera, en el arbitraje?

Desde luego, la compra de los árbitros, como supuestamente ocurría antes en el mundo del fútbol. Es decir, hacer entrega a uno o varios árbitros de un conculuto, esto es, de sobornarles para que dicten una determinada resolución. Nos cuesta creer que este caso sea posible, pero seguramente todos habremos oído de algún caso del que se habla de que un árbitro habría recibido una determinada cantidad por dictar un laudo favorable a una determinada parte. Ese es desde luego el caso más típico y directo de corrupción en el arbitraje.

Pero no es el único caso posible de corrupción. También el árbitro de parte que descaradamente trata de favorecer en todo momento a la parte que le ha designado está incurriendo en una cierta forma de corrupción o al menos de corruptela.

También sería corrupción o una forma de corrupción las conversaciones de un árbitro con una de las partes, dándole cuenta del contenido del debate en el seno del tribunal o incluso todavía más anticipándole el contenido del laudo o la decisión antes de que esta se haya producido y notificado a las partes. Paulson se refiere a un supuesto acaecido en un caso real en un arbitraje bajo las reglas de la London Court of International Arbitration, en el que el procedimiento estaba llegando a su fin, con el laudo ya redactado y preparado para ser enviado a las partes. En ese punto, una de las partes recusó al árbitro designado por la parte contraria, sobre la base de que éste habría violado el secreto de las deliberaciones, filtrando el resultado a esa parte. Como las partes estaban negociando, el conocimiento anticipado del laudo por una de las partes le otorgaba notoria ventaja en la negociación. La parte recusadora sostenía que la mala conducta del árbitro resultaba evidente viendo la postura de la parte en las negociaciones. El árbitro en cuestión admitió que había revelado la decisión, por entender que el caso había terminado. La consecuencia fue que el árbitro tuvo que ser sustituido y el caso reabierto.

Otro ejemplo podría ser el del árbitro que, teniendo una relación muy estrecha con una de las partes o sus abogados, no hace full disclosure de esa relación y aparece ante las partes como un árbitro verdaderamente independiente e imparcial. En Estados Unidos fue muy conocido el caso de un árbitro que tenía una relación sentimental con la abogada que ganó el caso que, por supuesto, no declaró ni a las partes...ni probablemente a su mujer, aunque esto no tenga consecuencias respecto del arbitraje.

Pero no todas las formas de corrupción que podemos imaginarnos van a tener como protagonistas a los árbitros. También pueden ser corrompidos los testigos o peritos, que no digan lo que es su verdadero testimonio u opinión sino que den al tribunal un testimonio o una opinión tergiversados para favorecer indebidamente a una de las partes.

⁶ G. Jimenez-Blanco, *El arbitraje en 55 lecciones prácticas*, Editorial Aranzadi, 2016.

¿Y cuáles son los remedios de los que se dispone para enfrentarse a los casos de corrupción cuando pueden ser probados? Desde luego, la acción de anulación basada en la letra f) del artículo 41 de la Ley del Arbitraje (laudo contrario al orden público⁷). Pero una vez transcurrido el corto plazo previsto para esa acción, podría pensarse en acciones penales y hasta en la vía de la revisión, al amparo del artículo 43 de la Ley de Arbitraje en relación con el artículo 510.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Otra cosa es que pueda existir prejudicialidad penal, pero Paris bien vale una misa”

Varias son en consecuencia las posibles modalidades de corrupción que podemos estudiar en cuanto a sus sujetos: corrupción en los árbitros, corrupción en las partes, corrupción en los representantes de las partes, corrupción en los testigos, corrupción en los peritos, corrupción en las cortes arbitrales.

Ya he mencionado algo sobre la corrupción de los árbitros y los efectos que ello puede producir efectos en el procedimiento arbitral y en el laudo mismo, que podría estar incurso de causa de anulación en el caso de que se pueda probar su existencia. Ya sabemos que en todo caso existen multitud de códigos de conducta que tienden a elevar los estándares de comportamiento por parte de los árbitros.

Como ya anunciamos en nuestro anterior trabajo, creemos que en el caso en que uno de los árbitros estuviera inmerso en corrupción en el propio arbitraje (por ejemplo, cobrando por favorecer a una parte) y que ésta pudiera probarse, el correspondiente laudo podría anularse al amparo de la letra f) del art. 41 LA, en cuanto ese laudo podría ser considerado contrario al orden público.

Pero además, y ya en el caso de los abogados, su papel en el arbitraje puede ser central y por eso es también necesaria su actuación impecable. A ellos precisamente se dedica el último documento de la IBA, que establece con claridad ciertas normas de comportamiento de sus partes en relación no sólo con los árbitros en relación con las partes mismas y con los testigos. Son las reglas (llamadas directrices) de la IBA sobre representación de las partes⁸.

Las Directrices de la IBA sobre Representación de las Partes en Arbitraje Internacional (las “Directrices”) están inspiradas en el principio de que los representantes de parte deberían actuar con integridad y honestidad.

Varias son las reglas que establecen esas directrices que tratan de evitar todo motivo de corrupción por parte de los representantes de las partes. No

⁷ Así resulta del informe final de la *Internacional Law Association* de 2002 sobre el orden público como motivo de denegación del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales, que sitúa las normas contra la corrupción entre los principios fundamentales pertenecientes a la justicia y la moralidad y entre las reglas para servir los intereses políticos, sociales, y económicos del Estado. Es verdad que parece que ese informe final se refiere sobre todo a esa corrupción que puede ser objeto de conocimiento arbitral (un contrato internacional obtenido mediante soborno al funcionario correspondiente), más que a la corrupción en el arbitraje mismo (que también menciona), pero no nos parece discutible que un laudo dictado mediante corrupción puede ser considerado contrario al orden público y eliminado en consecuencia del mundo jurídico mediante el ejercicio de la acción de anulación fundada en esta causal.

⁸ <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=6FoC57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F>.

vamos a exponerlas todas pero sí algunas de ellas, porque nos pueden dar idea de lo que son comportamientos aceptables y de los que no, muchos de los cuales probablemente entren ya en el terreno de la corrupción:

“7. Salvo acuerdo en contrario entre las Partes, y sujeto a las excepciones que más adelante se indican, un Representante de Parte debe abstenerse de incurrir en cualesquiera Comunicaciones *Ex Parte* con un Árbitro que se relacionen con el arbitraje.

(...)

9. El Representante de Parte no debe hacer, a sabiendas, ninguna declaración de hecho falsa ante el Tribunal Arbitral.

(...)

11. El Representante de Parte no debe presentar pruebas de Testigos o Peritos que él o ella sepa que son falsas.

12. Cuando un procedimiento arbitral involucre, o sea probable que involucre, exhibición de Documentos, un Representante de Parte debe informar al cliente acerca de la necesidad de preservar, en la medida de lo razonablemente posible, Documentos, incluyendo Documentos electrónicos, que pudieran ser potencialmente relevantes para el arbitraje, y que de otra manera se borrarían de acuerdo con una política de retención de Documentos o en el curso ordinario del negocio.

(...)

16. Un Representante de Parte no debe eliminar u ocultar, o aconsejar a una Parte eliminar u ocultar, Documentos que hayan sido solicitados por otra Parte o que la Parte que él o ella representa se ha comprometido a exhibir, o se le ha ordenado exhibir.

(...)

21. Un Representante de Parte debe buscar asegurarse de que una Declaración Testimonial refleje la propia versión del Testigo de los hechos, eventos y circunstancias relevantes.

22. Un Representante de Parte debe buscar asegurarse de que un Dictamen Pericial refleje el propio análisis y opinión del Perito.

23. Un Representante de Parte no debe invitar o incitar a un Testigo a presentar pruebas falsas.

(...)”

La consecuencia de que los representantes de las partes puedan cometer alguna de esas actuaciones indebidas la contempla el propio documento de la IBA:

“26. Si el Tribunal Arbitral, después de haber notificado y otorgado un tiempo razonable a las Partes para ser oídas, encuentra que un Representante de Parte ha incurrido en una Conducta Indebida, el Tribunal Arbitral, según el caso, podrá: (a) amonestar al Representante de Parte; (b) hacer inferencias apropiadas al evaluar las pruebas utilizadas por el Representante de Parte o los argumentos legales expuestos por el Representante de Parte; (c) considerar la Conducta Indebida del Representante de Parte al momento de distribuir los costos del arbitraje, indicando, en caso de ser apropiado, cómo y en qué medida la Conducta Indebida del Representante de Parte lleva al Tribunal a determinar una distribución de costos diferente; (d) tomar cualquier otra medida que sea necesaria a efectos de preservar la justicia e integridad del procedimiento.

27. Al analizar cuestiones relacionadas con Conducta Indebida, el Tribunal Arbitral debe tomar en consideración: 16 (a) la necesidad de preservar la integridad y justicia del procedimiento arbitral y la ejecutabilidad del laudo; (b) el posible impacto, en los derechos de las Partes, de una decisión sobre Conducta Indebida; (c) la naturaleza y gravedad de la Conducta Indebida, incluyendo el grado en que la conducta indebida afecta el desarrollo del procedimiento; (d) la buena fe del Representante de Parte; (e) consideraciones relevantes de confidencialidad y de secreto profesional; y

(f) la medida en que, la Parte representada por el Representante de Parte, sabía de, dispensó, dirigió o participó en la Conducta indebida.

Pero podría ocurrir que la conducta del abogado no pudiera probarse antes de dictarse el laudo y sin embargo pudiera demostrarse una actuación irregular con posterioridad, aunue ese acto irregular pudiera haber producido efecto en el arbitraje o incluso en el laudo que pudiera dictarse. En tal caso, si tuviera relevancia suficiente, podía considerarse que el laudo es también contrario al orden público al efecto de la correspondiente acción de anulación.

O los testigos. En ese caso no hay que olvidar que incluso la ley de arbitraje se refiere a la posibilidad de ejercicio de la acción o de recurso de revisión en los supuestos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como hemos dicho también en otro lugar⁹:

“Teóricamente la declaración falsa de testigos o peritos podría también dar lugar a la revisión del laudo, pero nos encontramos al respecto con la dificultad insalvable de que en principio parece imposible que pueda declararse judicialmente la falsedad de esa declaración de testigos o peritos, porque el tipo penal se reserva para que declaren falsamente en juicio y en consecuencia excluyendo la posibilidad de perseguir la falsedad de la declaración de testigos o peritos cuando la misma se ha fundado en un proceso arbitral.

Remón Peñalver señala al respecto:

“Contra los laudos cabe también interponer revisión, dentro de los cinco años siguientes a la notificación del laudo y en los plazos fijados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y sólo por los motivos tasados; (...) la posterior condena por falso testimonio de los peritos y testigos del procedimiento, si bien el Código Penal únicamente tipifica el falso testimonio prestado en “causa judicial” o ante “Tribunales internacionales” (arts. 458 y 459 del Código Penal), lo que hace difícilmente trasladable al arbitraje este motivo de revisión”.

También Xiol Rius se manifiesta en el mismo sentido:

“Sin embargo, algunos de estos motivos no parecen aplicables al arbitraje. Así, no será posible invocar como motivo la condena por falso testimonio de los testigos o los de mi padre peritos, puesto que el código penal no contempla el falso testimonio en el procedimiento arbitral sino sólo en procesos judiciales (causa judicial, causa criminal, juicio: artículo 458 y siguientes del código penal).

Resulta totalmente erróneo pensar en este caso en una aplicación analógica pues el motivo exige una previa condena judicial y ésta está sujeta al principio de taxatividad de la ley penal, que impide la analogía. Cabe pensar, sin embargo, estos casos en acudir a la maquinación fraudulenta como motivo de revisión previsto en el número 4 del artículo 510 LEC.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 318/2006 de 6 marzo. RJ 2006\1829 señala que:

“El delito de falso testimonio definido en el art. 458 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), se comete cuando una persona miente en lo que sabe y se le pregunta. Decir la verdad es un deber moral sin cuyo cumplimiento la vida social, basada en la confianza mutua, se hace har-to difícil. No siempre, sin embargo, la mentira –acto inmoral– recibe una respuesta punitiva porque en una sociedad plural y libre sólo un reducido núcleo de la moral debe estar respaldado por la coacción penal, siendo éste seguramente uno de los más certeros indicadores del grado de libertad garantizado en cada grupo social a sus miembros. La reacción penal frente a la mentira sólo es

⁹ *Revista internacional de arbitraje*, 2016.

admisible –y obligada– cuando ésta lesiona concretos bienes jurídicos, individuales o colectivos, cuya salvaguarda es indispensable para una sana y pacífica convivencia. Así, por ejemplo, faltar a la verdad en la declaración que se presta como testigo en un procedimiento judicial es delito porque el testimonio es uno de los medios de prueba sobre los que se puede basar la convicción del juzgador sobre los hechos que han de constituir la premisa menor del silogismo judicial. Existe, pues, la posibilidad de que un testimonio falso, si induce a error al juez o tribunal ante el que se presta y es valorado como verdadero, provoque una resolución injusta, esto es, un pronunciamiento en que no se realice el valor superior de la justicia y se lesione un interés que debe ser protegido por el poder judicial. Esta es la razón fundamental por la que, en una sociedad democrática, el falso testimonio es tipificado como delito en la Ley penal. De acuerdo con esta «ratio», el CP 1995 ha prescindido de la casuística tipología que presidía la regulación del falso testimonio en los textos anteriores y distingue únicamente, en su art. 458, dos tipos delictivos según la importancia de los bienes jurídicos que pueden ser vulnerados como consecuencia de una alteración sustancial de la verdad en la declaración prestada por un testigo en causa judicial: el falso testimonio dado en contra del reo en causa criminal por delito –castigado con pena más severa en consideración a las privaciones o restricciones de derechos, incluso fundamentales, que podrían eventualmente derivarse de una condena provocada por la declaración falaz– y cualquier otro falso testimonio dado en causa judicial, que constituye el tipo básico. El tipo agravado, a su vez, figura en el apartado 2 del citado artículo acompañado de un subtipo aún más grave definido por la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad: la de que, como consecuencia del testimonio, hubiera recaído sentencia condenatoria (véase la STS 1624/2002, de 21 de octubre [RJ 2002, 9990]).

(...) El falso testimonio ha de prestarse en causa judicial, esto es, ante cualquier procedimiento que tenga esta naturaleza; correlativamente no será posible ante órganos de naturaleza administrativa. Es un delito especial y propio, en tanto que solamente pueden cometerlo aquellos que sean testigos en causa judicial, como analizaremos más adelante, y los «extranei» pueden participar mediante un acto de inducción, pero difícilmente mediante cooperación necesaria

(...)

Digamos que este delito de falso testimonio tiene una gran importancia como delito contra la Administración de Justicia, pues la declaración prestada por los testigos tiene por objeto acreditar o desacreditar las diversas tesis mantenidas en un proceso por las partes litigantes, de modo que la contrapartida de un falso testimonio reside en la carga negativa penal que ha de conferirse a faltar a la verdad en aquello que le fuere preguntado al testigo, deduciéndose el oportuno tanto de culpa ante la jurisdicción penal. Observamos que dicha contrapartida no se exige con el necesario rigor en la práctica de los Tribunales.

(...)

En segundo lugar, que la cuestión sobre la que versaba su manifestación está excluida del recurso de anulación del Laudo, regulado en el art. 45 de la Ley de Arbitraje (RCL 2003, 3010) . Comenzando por esto segundo, al no venir reflejado en los hechos probados de la sentencia recurrida, es claro que no puede ser tenido en cuenta. Y con respecto a la primera objeción, los únicos que pueden ser confesantes son aquellos que ostentan en el proceso civil la condición de partes, no los terceros en el mismo, por más que se encuentren (directa o indirectamente) afectados por la resolución judicial que se dicte. Desde luego, lo que no puede hacerse en el proceso penal por falso testimonio es discernir si el tema por el que declaró el acusado era procedente o no, expresa del como parece querer sugerir el Ministerio fiscal en esta instancia.

(...). Cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.

Segun Xiol Rius:

“También existirán dificultades en el caso de cohecho, pues esta figura no es aplicable a los árbitros, salvo, como señala la doctrina, en aquellos casos en los cuales uno o todos los miembros del tribunal arbitral tienen la condición de funcionarios públicos. La mención que a los árbitros se hace en el artículo 423 del código penal no se refiere a los tribunales arbitrales. En todo caso, las con-

ductas de esta naturaleza podrán alegarse al amparo del motivo de revisión consistente en haber ganado injustamente el laudo en virtud de maquinación fraudulenta.

Sólo existe una figura que podría ser aplicable a los árbitros, la de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos recogida en artículo 440 del código penal, que los incluye expresamente; pero al no estar comprendida dentro del cohecho, únicamente podría ser susceptible de canalización una vez más en un recurso de revisión fundado en existencia de una maquinación fraudulenta”.

No obstante dicha opinión, entendemos que el delito de cohecho si puede ser cometido por árbitros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 422 del código penal, en virtud del cual después de los artículos precedentes será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

Asimismo, podrá ser objeto de revisión del laudo cuando se hubiera dictado interviniendo algún tipo de violencia o una maquinación fraudulenta. Parece que eso habría de probarse en el procedimiento judicial de revisión y no será necesaria una declaración judicial penal con carácter previo. Así resulta de la Sentencia de 28 mayo 2014 (RJ 2014\3352), aunque se refiere también al recurso de revisión en la vía contenciosa:

Y en relación con la causa prevista en la letra d) del art. 102.1 LJCA –habrá lugar a la revisión de una sentencia firme “si se hubiere dictado la sentencia en virtud de cohecho, prevaricación, violencia u otra maquinación fraudulenta” –. Esta Sala ha señalado que el precepto «contempla supuestos de conductas ilícitas aptas para viciar el resultado del proceso, dentro de las cuales, algunas son delictivas (cohecho y prevaricación), mientras que otras, siendo ilegítimas, no presentan necesariamente los caracteres de delictivos (violencia o maquinación fraudulenta)»; y si bien “la apreciación de las primeras, ya que de delitos se trata, exige la previa declaración de un tribunal penal”, “las segundas incluyen supuestos de violencia moral o intimidación y de actuaciones dirigidas intencionadamente a falsear ilegítimamente el resultado del proceso», siendo preciso para ser apreciadas «acreditar la realidad de la conducta maliciosa de la parte beneficiada con la sentencia, tendente a conseguir mediante argucias o artificios una ventaja o lesión de la contraria” (así, en Sentencia de 17 noviembre 2006 (rec. rev. nº 3/2004 (RJ 2006, 7944)), FD Séptimo).

También hemos señalado, en la misma línea, que para que prospere este motivo «es preciso probar la realidad o certidumbre de haberse realizado maquinaciones fraudulentas o engañosas; que tales maquinaciones hayan torcido erróneamente la conciencia o voluntad del Juzgador, y que la sentencia sea injusta» (por todas, las Sentencias de 14 septiembre 2007 (rec. rev. nº 19/2006 (RJ 2007, 6943)), FD Tercero ; y de 21 octubre 2008 (rec. rev. nº 21/2007), FD Quinto); y, en fin, que es necesario en todo caso “que se haya llevado a cabo una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo recurrido por medio de argucias o artificios, dolosos e intencionados, encaminados a impedir la defensa de la otra parte” (Sentencia de 11 diciembre 2007 (rec. rev. nº 14/2006 (RJ 2008, 485)), FD Cuarto).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo 2007 Sentencia nº 531/2007 de 9 mayo (RJ 2007\3104) señala que:

“Como recuerda la Sentencia de 19 mayo 2003 (RJ 2003, 5213), por maquinación fraudulenta, a los fines del recurso de revisión, se ha de entender todo artificio realizado, personalmente o con auxilio de extraño, por la parte que haya obtenido la sentencia deseada, o por quienes la representen, que implique una conducta o actuación maliciosa llevada a cabo mediante falacia o engaño por el litigante vencedor, con consciente y voluntario aprovechamiento de actos directos o inmediatos que provocan una grave situación de irregularidad procesal, con la consiguiente indefensión de la contraparte.

En términos de la Sentencia de 14 mayo 2003 (RJ 2003, 4754) una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta a que se refiere el artículo 510.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1) es aquella de la que se sirve la parte actora para ocultar al demandado el planteamiento del litigio, con la alegación de que desconoce su domicilio o la indicación de uno inexacto, para intere-

sar su emplazamiento por edictos y conseguir que se sustancie el juicio en rebeldía y no acuda el emplazado a defender sus intereses.

Para que la revisión de la Sentencia firme sea admisible se requiere que la maquinación quede cumplidamente demostrada (Sentencias de 25 junio 1992 [RJ 1992, 5477] y 6 octubre 1993 [RJ 1993, 7309]).

Con los antecedentes relatados se impone dar una respuesta afirmativa a la primera de las cuestiones planteadas con el recurso, ya que se ha demostrado, por medio de los documentos referidos, que D^a María Milagros conocía que D. Serafin había trasladado su domicilio a la ciudad alemana de Bonn, y que lo ocultó al Juzgado, ante el que el mismo no se pudo defender”.

III. Corrupción en el objeto del arbitraje

Expuestas en las líneas anteriores algunas consideraciones sobre la posible corrupción dentro del arbitraje, vamos a entrar en lo que es quizá el objeto más habitual de los trabajos publicados sobre corrupción y arbitraje; vamos a hablar de la corrupción que es conocida en el arbitraje aunque es producida fuera de él.

Como señala Tezuka¹⁰, en el campo del arbitraje de inversión se ha incrementado el foco sobre los temas de corrupción: cuando los estados descubren que pueden utilizarla como un arma defensiva y los inversores la invocan para argumentar violaciones de las protecciones de las inversiones. Cuando los estados alegan la existencia de corrupción a menudo se convierte en una “*gateway issue*” requiriendo al tribunal considerar cuándo y cómo debe continuar el procedimiento arbitral desde un primer momento.

1. Aproximación tradicional y actual¹¹

Tanto en el sistema de *civil law* como el de *common law* es un principio bien arraigado que no hay posible tutela judicial para reclamaciones fundadas en un contrato ilícito en base al principio de Derecho romano “*ex turpi causa non oritur actio*”. En base a ese principio, en caso de que la corrupción sea declarada en el correspondiente procedimiento arbitral, el contrato se declara nulo e inválido y no se concede pretensión alguna para el declarante en el caso de los tribunales de arbitraje de inversión, o bien el tribunal declina su jurisdicción o bien se considera que la demanda es inadmisibile. Todo lo anterior implica que cuando tanto el demandante como el demandado están inmersos en corrupción, el demandado estará invariablemente en mejor posición. De acuerdo con ello, si el demandado alega la ilegalidad del contrato para exonerarse de cualquier obligación, los tribunales normalmente le dan la razón incluso en el caso en el que el demandado haya promovido y/o participado activamente en la estructura corrupta.

¹⁰ H. Tezuka, Corruption Issues in the Jurisdictional Phase of Investment Arbitrations ICC: “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration” (Dossier XIII of the ICC).

¹¹ G. Rojas Elgueta, “The Legal Consequences of Corruption in International Arbitration: Towards a More Flexible Approach?” Kluwer Arbitration Blog, January 20, 2016.

Actualmente, los tribunales consideran una aproximación más flexible apartándose de la tradicional de que ningún amparo podía ser concedido al demandante en el caso de una actividad ilegal. En ese sentido algunos tribunales han contemplado la posibilidad de reconocer, en favor del demandante, algún tipo de protección legal no obstante su participación en la estructura corrupta. Así las cosas, en el caso de un contratista que he cumplido todos sus obligaciones bajo el contrato, y el demandado invocando la defensa de la ilegalidad de contrato rechaza pagar el precio importante restante, en tal caso parece razonable que el tribunal arbitral conceda una estimación parcial para permitir el pago del trabajo efectuado.

En el arbitraje de inversiones¹² se aplica la doctrina de la legalidad, esto es, tratando la corrupción como una materia que afecta a la jurisdicción del tribunal en el sentido de que los inversores no tienen derecho al arbitraje de inversión y que el Estado no ha dado el consentimiento al arbitraje sino dentro de los límites de las leyes nacionales para hacer inversiones. El reciente caso *Metal-Tech v. Uzbekistan* es un ejemplo de un tribunal declarando, después de haber encontrado corrupción (en este caso tráfico de influencias) que carecía de jurisdicción porque el consentimiento del Estado al arbitraje está condicionado a que la inversión se hubiera hecho legalmente. También este autor cita la aplicación de la doctrina de “manos sucias”: la máxima es “quien viene al arbitraje debe venir con las manos limpias”. No obstante lo cual el reciente caso *Yukos v. Federación rusa* ha puesto en cuestión la aplicación de esta doctrina de manos sucias: “el tribunal no está convencido de que exista un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas que impida a un inversor hacer una reclamación basada en un tratado de inversión porque tenga las así llamadas manos sucias”.

2. Normas internacionales aplicables

Muchas normas existen a nivel internacional que establecen un cierto estándar universal de lo que se consideran conductas ilícitas por contraposición a comportamientos adecuados.

Podemos citar aquí¹³ la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) (2005), el Código de Conducta Anticorrupción para los Negocios (2007), el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC); las Reglas para Combatir la Corrupción (2011) de la Cámara de Comercio Internacional (CCI); la Guía de Buenas Prácticas sobre Control Interno, Ética y Cumplimiento de Normas (2010), de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE); los Principios para hacer frente al cohecho, de la Iniciativa de Alianza contra la Corrupción (PACI) del Foro Económico Mundial (2005); los Principios Empresariales para Contrarrestar el

¹² A. Llamzon, On Corruption's Peremptory Treatment in International Arbitration ICC: “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration” (Dossier XIII of the ICC)

¹³ https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255_Ebook.pdf.

Soborno (2009), de Transparencia Internacional (TI)², y los Lineamientos para el Cumplimiento de la Integridad (2010), del Grupo del Banco Mundial.

Los países de la OCDE adoptaron en 1997¹⁴ el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (también conocido como “Convenio Anticohecho”), que junto a 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, son los instrumentos de la OCDE que obligan a los países miembros a luchar contra la corrupción de agentes públicos extranjeros, tipificándose a la vez el blanqueo de dinero como delito conexo al de corrupción.

El Convenio tiene como objetivo asegurar una libre competencia, no viciada por prácticas corruptas. Este objetivo se ha traducido en el compromiso, asumido por los países firmantes, de introducir las modificaciones legales necesarias para poder castigar los actos de soborno a funcionarios públicos extranjeros realizados por sus nacionales, con el fin de conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.

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.

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 paí-

¹⁴ <http://www.comercio.gob.es/gl-es/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/convenio-ocde-lucha-contra-corrupcion/paxinas/convenio-ocde-lucha-contra-corrupcion.aspx>.

ses signatarios a proveer el apoyo legal oportuno, además de establecer provisiones relativas a la extradición.

Hay una convergencia de reglas jurídicas autoridades y opiniones condenando la corrupción y apoyando la idea de que hay una política pública internacional contra la corrupción.

3. Ley aplicable para determinar la existencia de corrupción

Una cuestión que debe ser planteada es la de la ley aplicable para determinar la existencia de corrupción, por cuanto una misma conducta puede ser corrupción en un país y no en otro¹⁵. Por ello, creemos que deben valorarse distintas posibilidades: la ley del lugar del arbitraje, la ley de fondo aplicable al arbitraje, la ley del lugar de cumplimiento de la obligación, la ley de nacionalidad de los árbitros, la ley de nacionalidad de las partes, etcétera.

Nos parece que debe ser tenida en cuenta en primer lugar la ley del lugar del arbitraje, es decir, si una conducta está considerada corrupta en el lugar del arbitraje, los árbitros tienen que darle esa consideración y resolver en consecuencia. De igual forma, nos parece que puede ser relevante la ley aplicable al fondo del asunto¹⁶, es decir, si una ley aplicable determina la existencia de corrupción, creemos que el tribunal no puede desconocer esa circunstancia. Lo mismo debemos decir de la ley del lugar de cumplimiento de la obligación.

También hemos de considerar la posible existencia de un conflicto de leyes, en cuanto la conducta puede aparecer como corrupta en una de esas leyes pero no en las otras, en cuyo caso puede ser discutible cuál es precisamente la ley que deberá ser aplicable para determinar la existencia o no de esa corrupción¹⁷.

Sin embargo, entendemos que la ley de nacionalidad de las partes o del árbitro no es aplicable aquí: es decir que si la ley personal del de las partes o la del árbitro considera existente corrupción en un determinado supuesto pero no es tal corrupción en la legislación aplicable en el lugar del arbitraje o en el asunto o en el lugar de cumplimiento de la obligación, entendemos que no existe corrupción a los efectos del arbitraje y que su posible aplicación por los árbitros carecería de todo sustento.

4. Consideraciones generales sobre la corrupción

Hwang y Lim¹⁸ se plantean las diversas situaciones en que un tribunal arbitral puede plantearse la existencia de corrupción en el objeto del arbitraje:

¹⁵ Así como el cohecho puede estar considerado como corrupción en todos los países del mundo, no ocurre lo mismo necesariamente con el tráfico de influencias y en general con las actividades de lobby.

¹⁶ Hwang y Lim (*loc. cit.*) sostienen que, en primera instancia, el tribunal deberá observar la ley elegida por las partes para gobernar el contrato.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

a) cuando la prueba evidencia *prima facie* la existencia de corrupción pero ninguna de las partes presentar alegaciones de esa corrupción, entonces la cuestión es si el tribunal está autorizado para investigar y preguntar sobre ese tema por su propia iniciativa;

b) cuando toda la prueba se encuentre a los ojos del tribunal (tanto si es alegada por las partes como si deriva de una investigación del tribunal) el tribunal entonces tendrá que hacer averiguaciones de hechos para concluir sobre la existencia de corrupción. Esto plantea el problema de que parte corresponde la prueba con la carga de la prueba. Cuál es el requisito de estándares de prueba exigible;

c) al objeto de concluir que una parte ha cometido un hecho corrupto y en ese caso cuáles deben ser las consecuencias, un tribunal puede considerar los hechos probados desde el punto de vista de la definición de corrupción en la ley aplicable. En primera instancia, el tribunal deberá observar la ley elegida para partes para gobernar contrato pero también las normas del lugar de cumplimiento de las prestaciones o las de la ley de la sede del arbitraje pueden ser tenidas en cuenta;

d) ¿qué consecuencias legales deben extraerse del caso de que una o dos partes sean culpables de conducta corrupta? Debe de tenerse en cuenta la existencia de corrupción puede afectar a la jurisdicción del tribunal y así mismo a la arbitrabilidad, admisibilidad y fundamentos de las pretensiones de las partes;

e) una cuestión que debe ser también analizada es la de si los árbitros que tienen sospecha de la existencia de corrupción tienen la obligación de comunicar a las autoridades competentes y cómo esa obligación puede afectar a su obligación de mantener la confidencialidad de las actuaciones arbitrales.

f) también puede plantearse los temas de corrupción en las acciones de anulación o en el momento de ejecución del laudo.

Ante un contrato obtenido por corrupción, la forma más eficaz sería oponer esa defensa en un arbitraje y de esa forma evitar así que ese contrato pueda producir efectos entre las partes.

Pero puede ocurrir sin embargo que el tribunal arbitral no aprecie que existe esa corrupción o que la parte correspondiente no haya sido capaz de probarla y en tal caso puede ocurrir en esa prueba la obtenga con posterioridad.

Si esa obtención se produce antes del transcurso del plazo para el ejercicio de la acción de anulación, creemos que podrá hacerse valer esa condición en el correspondiente ejercicio de la acción de anulación, también para el caso de que el tribunal arbitral no haya entrado en la existencia de esa corrupción a pesar de haberse probado en el procedimiento arbitral.

En todo caso, si esa prueba de la existencia de corrupción no ha podido obtenerse en el corto plazo de ejercicio de la acción de anulación, pero sí se ha obtenido antes de que se haya ejecutado el correspondiente laudo, creemos que podía la parte afectada oponerse a la ejecución fundándose precisamente en que es el laudo ha sido dictado sin considerar la existencia de esa corrupción¹⁹.

5. Estándares de prueba²⁰

El problema fundamental de los contratos obtenidos mediante corrupción puede ser el de la prueba de su existencia, y si la prueba debe obtenerse en el procedimiento arbitral o por contra sería necesaria la obtención de la prueba en un procedimiento judicial.

Tezuka señala que en el caso *Metal-Tech* el tribunal reconoció que tenía una relativa libertad para determinar el estándar necesario para probar la existencia de una determinada corrupción, especialmente teniendo en cuenta que la corrupción es difícil de probar en muchas ocasiones. Incluso más, en casos en que existió una razonable sospecha de corrupción, la misma es difícil de probar. El leading case en la materia es el caso *World Duty Free v. Kenia* en el que el Estado alegó como defensa que se había pagado 2 millones de dólares en dinero líquido al presidente de Kenia por el cual como derecho de Kenia, inglés y de orden público internacional el contrato no tenía fuerza de ley.

La Demostración de hechos por el tribunal fue bastante directa porque el demandante WDF adjuntó una declaración de un testigo que declaró como su CEO aseguró la conclusión de un contrato de concesión pagando esos 2 millones al presidente de Kenia.

En el laudo *EDF v. Rumanía*, el tribunal recalcó que “hay una tendencia general entre los tribunales internacionales y los autores respecto de la necesidad de un estándares de prueba alto respecto de la existencia de corrupción”. De hecho los árbitros internacionales tienen a exigir un alto estándar de prueba de la corrupción: clara prueba de corrupción a pesar de las sospechas que puedan tener.

¹⁹ En relación con los laudos extranjeros, debe tener en cuenta lo dispuesto en el convenio de Nueva York de 10 julio 1958, en cuyo art. V se establece

“(…)

2. También se podrá denegar el reconocimiento o ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

a) Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”.

²⁰ V. Khvalei, Standards of Proof for Allegations of Corruption in International Arbitration ICC: “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration” (Dossier XIII of the ICC)

El propio Tezuka analiza las estadísticas arbitrales sobre las decisiones en materia de corrupción. De acuerdo con lo que indica los tribunales señalaron los siguientes estándares²¹:

- prueba directa o incluso circunstancial
- con certeza
- prueba clara y convincente
- alegaciones no apoyadas en prueba y basadas en meras suposiciones
- prueba de tráfico de influencias
- prueba concluyente o alto grado de probabilidad de soborno
- una mera sospecha por los miembros del tribunal arbitral es completamente insuficiente.

Finaliza el propio autor considerando que este alto nivel de prueba no puede exigirse en los procedimientos arbitrales de la forma que en el procedimiento penal porque es imposible para los inversores cumplir los estándares de prueba del procedimiento penal. Señala que las decisiones de los tribunales arbitrales demuestran que no hay un consenso generalizado respecto del estándares de prueba para las alegaciones de corrupción fraude o ilegalidad.

Nos parece que sería suficiente que las partes pudieran probar la existencia de corrupción en el procedimiento arbitral para que esa corrupción pudiera ser observada por el tribunal arbitral con los correspondientes efectos que este tribunal derive en el mismo.

Pero podría también plantearse que fuera necesaria la declaración por parte de un tribunal de la existencia de esa corrupción. En un mundo ideal, sería más que conveniente pero los plazos de los tribunales pueden no ser compatibles con el procedimiento arbitral, en el sentido de que los árbitros deberán dictar su laudo en un corto plazo y el procedimiento judicial correspondiente pueda exigir el transcurso de mayores plazos. Además puede ocurrir que por razones prácticas no sea posible el ejercicio de acciones judiciales en el país correspondiente, por estar los tribunales en sí mismos en sí mismos corrompidos.

Por ello, entendemos que el tribunal arbitral si se presenta una prueba suficiente que la existencia de corrupción, podría apreciar la misma sin necesidad de una previa declaración judicial. En todo caso parece mínimamente exigible a la parte que invoca la existencia de corrupción que haya actuado en consecuencia y que haya ejercitado donde corresponda las consecuentes acciones penales o de otro tipo en relación a la conducta denunciada. Como señal Derains y ha sido recientemente destacado por la corte de apelación de París no puede ser aceptado que un Estado quiera liberarse de sus obligacio-

²¹ A.J. Menaker y B.K. Greenwald, Proving Corruption in International Arbitration ICC: "Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration" (Dossier XIII of the ICC): cita numerosos casos de laudos de la CCI que establecen altos estándares de prueba.

nes contractuales alegando un “clima general de corrupción” en su organización sin especificar los funcionarios implicados y sin que los beneficiarios sean perseguidos.

En el arbitraje internacional, se asume que la carga de la prueba de los hechos recae en aquella parte que se apoya en ellos para su demanda o contestación. Se plantea al respecto qué estándares de prueba son exigibles en materia de corrupción. El caso *EDF (Services) Ltd vs Romania* ilustra algunas de las dificultades enfrentadas por las partes para probar la existencia de corrupción en el arbitraje internacional. En aquel caso la prueba sobre la posible existencia de corrupción se encontraba apoyada sólo por testimonios de empleados de la empresa que denunciaba haber sido objeto de corrupción por oficiales de la administración rumana. Ante la dificultad de prueba, sin perjuicio de la eventual simpatía del tribunal por la posición de la empresa frente a los oficiales de la administración rumana, el tribunal pedía una clara y convincente prueba para apreciar la existencia de corrupción, lo que no ocurría en el citado caso. Por ello, la regla general es la de exigir una clara y completa prueba de la existencia de corrupción y no basta, por tanto la simple sospecha.

6. Ejercicio de acciones penales y prejudicialidad

Puede ocurrir, sin embargo lo dicho anteriormente, que a pesar de que el tribunal pueda decidir por sí mismo, se hubieran ejercido acciones penales y que en consecuencia, pendiente el precedente arbitral y en paralelo a él, se esté tramitando un procedimiento judicial para determinar la existencia o no de esa conducta corrupta²².

²² En el artículo “El orden público como excepción al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros”, *Spain Arbitration Review*, n° 8/2010, dijimos:

“Aprecia infracción del orden público el Tribunal Supremo cuando el laudo se ha dictado a pesar de estar tramitándose previamente un procedimiento civil ante la jurisdicción correspondiente. Así, el Auto de 1 diciembre 1998 señala que un elemental sentido de prudencia ante la eventual colisión de pareceres al respecto aconseja denegar la homologación del laudo extranjero, so pena de posibilitar pronunciamientos dispares fundados en una valoración jurídica y determinación de la responsabilidad también dispar, con el consiguiente daño tanto para la seguridad jurídica en las relaciones inter partes, como para el propio orden interno”.

En alguna Resolución (*vid.* Auto del Juzgado de 1ª instancia n° 3 de Rubí, de 11 junio 2007), se ha valorado especialmente el momento de iniciación del proceso judicial, como posible elemento de revelación de una intención fraudulenta.²² Como dice el Auto del Tribunal Supremo de 7 octubre 2003, el obstáculo al reconocimiento se produce cuando, aun sin concurrir una plena identidad de sujetos, objeto y causa, es dable apreciar entre el proceso abierto en España y el arbitraje seguido en el extranjero una conexión tal entre lo debatido y resuelto en uno y otro que determine la imposible convivencia pacífica de las decisiones recaídas en cada uno de ellos. Ello, claro está, teniendo siempre a la vista el marco temporal en que se ha desarrollado uno y otro procedimiento, que, junto con las demás circunstancias del caso, pueden ser reveladoras de conductas elusivas, y por ello fraudulentas, de las partes.

También el Auto del Tribunal Supremo de 14 octubre 2003 señala que el concepto de litispendencia, a los efectos que ahora se examinan, se construye de forma amplia, bastando una vinculación sustancial entre las causas de las acciones ejercitadas, su objeto y, en su caso, los sujetos de uno y otro

¿Debe en tales casos el tribunal arbitral pararse para reanudar el procedimiento sólo cuando se haya completado la actuación judicial? ¿Está el tribunal arbitral vinculado por lo que decidan los órganos judiciales? Pues estas preguntas admiten muy diversas respuestas teniendo en cuenta que la fiabilidad de los órganos judiciales en los países que puedan ser competentes es también muy discutible.

A nuestro juicio, el tribunal arbitral puede en principio seguir con sus actuaciones²³, pero deberá paralizarlas si recibe una orden de un tribunal penal de la sede del arbitraje. Creemos que solo en ese caso estará el tribunal arbitral obligado a parar su actuación pero en todo caso conviene estar atento a esas actuaciones judiciales y adoptar la decisión más sensata en función de

procedimiento que genere un riesgo de incompatibilidad entre la decisión objeto de reconocimiento y la recaída en el foro, señalando también la necesidad de evitar dar carta de naturaleza a conductas fraudulentas proscritas con carácter general por el art. 11 de la LOPJ, que persiguen un fin contrario a la norma y que desnaturalizan la finalidad propia del proceso, delimitando de este modo la eficacia obstativa frente al reconocimiento de la pendencia de procesos en el foro. Se trata de evitar, pues, la utilización del proceso como un instrumento para impedir la eficacia de la decisión foránea, para lo cual será revelador, desde luego, el momento en que se promueve el procedimiento en el extranjero y en España, pero también en ciertos casos, como en el presente, cobrará importancia el objeto del que se inicia en el foro en relación con el seguido en el otro Estado.

El Auto del Tribunal Supremo de 20 junio 2000 mantiene los mismos criterios y deniega la ejecución del laudo cuando a la fecha de inicio del procedimiento arbitral ya existía en curso un procedimiento judicial en España, sin que se apreciaran conductas fraudulentas en la iniciación de aquel procedimiento.

El Auto del Tribunal Supremo de 20 marzo 2001 señala que a estos efectos, la triple identidad de sujetos, objeto y causa entre el procedimiento nacional y el seguido en su día en el extranjero no es siempre y en todo caso exigible –aunque su concurrencia constituya, sin duda, un argumento de peso para denegar el «exequatur»–, pues no se está propiamente ante el caso de dos procedimientos pendientes respecto de los cuales haya de resolverse en cuanto a la preferencia de uno y exclusión del otro, sino ante un procedimiento –el foráneo– ya finalizado por sentencia o resolución firme –irrecurrible– respecto del que se ha de decidir sobre la eficacia de ésta en el foro ante la existencia de un procedimiento seguido por los tribunales españoles. Sobre estas premisas, ha de tenerse en cuenta el modo en que discurrieron los acontecimientos, atendiendo especialmente a los hitos temporales que marcaron el curso de uno y otro tipo de procedimiento, para decidir sobre los efectos obstativos que puede tener el que pende en España de cara al «exequatur» de la resolución extranjera, con la mira siempre puesta en la evitación de situaciones fraudulentas, pues lo contrario supondría fomentar y dar carta de naturaleza al fraude procesal amparando conductas contrarias a la buena fe y elusivas de los deberes y compromisos libremente asumidos por las partes”.

²³ S. Besson, *Corruption and Arbitration Impact of Criminal Investigations ICC: “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration”* (Dossier XIII of the ICC) sostiene que hay en tres posibles principios generales que se aplican en esta materia en caso de procedimientos penales en paralelo:

Uno, que no hay un deber de los árbitros de paralizar el precedente arbitral. La suspensión no es obligatoria ni automática

Dos, que los árbitros tienen una amplia discreción para suspender el procedimiento.

Y tres, que los árbitros son reacios a suspender el procedimiento hasta que se completen las actuaciones penales. En otras palabras hay una cierta tendencia de los árbitros en favorecer la continuidad del arbitraje o por decirlo de otra forma, hay una presunción contra la suspensión.

Y este autor cita la sentencia del tribunal Federal suizo en relación al caso *Megaphone (B Fund LTD v A Group Ltd (Case 4P_168/2006, 19 febrero 2007))*.

las circunstancias concurrentes sin que sea fácil establecer una regla de aplicación general.

7. Obligación de investigación de los tribunales arbitrales

Otra de las cuestiones que se plantean en estos casos es la de si el tribunal tiene la obligación de investigar de oficio²⁴ las posibles prácticas corruptas subyacentes en el contrato que es objeto de decisión o que gobierna la materia litigiosa²⁵. A nuestro juicio difícilmente puede hablarse de una obligación de investigación por parte del tribunal arbitral en sentido estricto entre otras cosas porque carecerá de las potestades necesarias para desarrollar una investigación como tal pero creemos que si le corresponde la facultad –o algo más– de investigación, hasta donde lleguen sus posibilidades, y llegar a las consecuencias que proceda.

Como señalan Hwang y Lim²⁶, la existencia de corrupción de la parte puede ser expresamente averiguada por la otra o estar conjuntamente ambas inmersas en corrupción en el contrato subyacente a la disputa y el tribunal en tal caso estará claramente obligado a su juicio a investigar la existencia y consecuencias de esa corrupción. Citando a G. Born²⁷:

“En la medida en que los árbitros están obligados a emitir un laudo obligatorio a través del procedimiento arbitral, tanto concediendo sumas monetarias o una pretensión declarativa, es una condición vital en el desarrollo de su mandato considerar inherente a su obligación de resolver una disputa de forma obligatoria en consecuencia dictando un laudo obligatorio es el deber de considerar y resolver las objeciones de orden público y otras obligatorias”.

Sin embargo, sostienen esos autores que si ninguna de las partes alega corrupción pero la actuación del tribunal es tal que le hace sospechar que esa corrupción ha existido, es menos claro que el tribunal tenga poderes inquisitoriales para investigar su ocurrencia y establecer las posibles consecuencias. Si ninguna de las partes lo ha pedido el laudo entra en zona de riesgo en cuanto puede resolver una conducta que no ha sido objeto de ninguna solicitud para partes y en consecuencia podría estar inmerso en incongruencia *extrapetita*. Paradójicamente, si el tribunal no toma esa iniciativa de investigar la posible existencia de corrupción, la acción de anulación basada en el orden público puede tener éxito.

En opinión, sin embargo, de los mismos autores, el tribunal tiene facultades *sua sponte* para investigar la posible existencia de corrupción y eso no contradice su obligación de resolver dentro de la cuestión objeto de disputa.

²⁴ E. Marcenaro, Arbitrators' Investigative and Reporting Rights and Duties on Corruption ICC: “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration” (Dossier XIII of the ICC).

²⁵ *Vid* también J. Fernández-Armesto, The Effects of a Positive Finding of Corruption ICC: “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration” (Dossier XIII of the ICC).

²⁶ Hwang y Lim, *loc. cit.*

²⁷ G. Born, *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer Law and Business, 2009.

Esta conclusión la obtienen del análisis de la jurisprudencia²⁸ en general y consideran que los tribunales judiciales no consideran que el tribunal arbitral se haya excedido en su autoridad en tanto que en los temas determinados por la prueba en la que se funde sean relevantes para la resolución de la disputa sometida al tribunal.

El propio Born considera que el tribunal no excede de su autoridad por el solo hecho de basarse en argumentos no sostenidos por las partes para apoyar sus pretensiones. Lo mismo sostienen Gaillard y Savage²⁹.

Los citados Hwang y Lim³⁰ sostienen que para evitar toda duda es conveniente que el tribunal someta la cuestión a las partes, pidiéndoles las correspondientes explicaciones y después resolver sobre la materia.

A juicio de estos autores el tribunal debe permanecer vigilante frente a la existencia de corrupción incluso cuando sea ocultada por las partes para evitar que esté colaborando a ese acto de corrupción pero una cautela debe ser observada: sólo cuando exista una prueba prima facie de la existencia de corrupción podrá el tribunal hacer la oportuna investigación adicional.

8. Obligación de denuncia por parte del tribunal arbitral

Otra cuestión es la de si los árbitros, al margen de su posible deber de investigación, tienen o no obligación de denunciar los hechos ante el juzgado u órgano administrativo competente.

En principio, no parecería dudoso que esa obligación exista como existe para el resto de los ciudadanos en sus respectivos ámbitos (blanqueo de capitales, delitos, etc.). Pero también habría que preguntarse si ese deber encontraría una limitación por la obligación de confidencialidad o de secreto profesional que cabe atribuir a los árbitros.

A juicio de Hwang y Lim esa obligación sólo puede derivar de la legislación nacional a que estén sometidos los árbitros. Ese deber cuando exista se impone a cualquier obligación expresa o implícita de confidencialidad.

IV. Consideraciones finales

Mucho se ha hablado y escrito sobre la corrupción en el arbitraje, aunque no sobre la corrupción producida en el seno del arbitraje sino sólo respecto de la producida fuera del arbitraje aunque pueda tener reflejo en el.

La consecuencia de la corrupción en el arbitraje puede ser la anulación del laudo por ser contrario al orden público, sobre todo si la corrupción recae en los árbitros mismos o en testigos determinantes de la decisión.

²⁸ Y cita los casos de *Minmetals Germany GmbH v. Fercro Steel Ltd y CRW Joint Venture v. PT Perusahaan Negara (Persero) TBK*.

²⁹ E. Gaillard y J. Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.

³⁰ Hwang y Lim, *loc. cit.*

Es más frecuente en la literatura jurídica sobre la corrupción fuera del arbitraje que deba ser conocida por los árbitros. En relación a ella se plantean muchas cuestiones: cuál deba ser la ley aplicable para determinar la existencia de corrupción, cuáles los estándares de prueba, que investigación debe ser realizada por el tribunal arbitral, tiene o no obligación de denuncia el tribunal arbitral, debe a su vez realizar algún tipo de actuación la parte que denuncia el arbitraje la existencia de corrupción, etcétera.

Bibliografía

- APPERT, S.: Raising Corruption as a Defence in Investment Arbitration ICC: “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration” (Dossier XIII of the ICC).
- BAIZEAU, D.: Definitions and scope of the topic. ICC: “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration” (Dossier XIII of the ICC).
- BANIFATEMI, Y.: The Impact of Corruption on “Gateway Issues” of Arbitrability, Jurisdiction, Admissibility and Procedural Issues. ICC: “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration” (Dossier XIII of the ICC).
- BESSON, S.: Corruption and Arbitration Impact of Criminal Investigations ICC: “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration” (Dossier XIII of the ICC).
- BORN, G.: *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer Law and Business, 2009.
- Derains, Y.: Foreword. ICC: “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration” (Dossier XIII of the ICC).
- FERNÁNDEZ-ARMESTO, J.: The Effects of a Positive Finding of Corruption ICC: “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration” (Dossier XIII of the ICC).
- GAILLARD, E. y SAVAGE, J.: *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
- HWANG, M. y LIM, K. (ICCA): Corruption in Arbitration— Law and Reality —http://www.arbitration-icca.org/media/0/13261720320840/corruption_in_arbitration_paper_draft_248.pdf.
- ICC: “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration” (Dossier XIII of the ICC).
- GEARING, M. QC y KWONG, R.: The Common Law Consequences and Effects of Allegations or a Positive Finding of Corruption ICC: “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration” (Dossier XIII of the ICC).
- JIMENEZ-BLANCO, G.: *El arbitraje en 55 lecciones prácticas*, Editorial Aranzadi, 2016.
- JIMENEZ-BLANCO, G.: “El orden público como excepción al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros”, *Spain Arbitration Review*. Nº 8/2010.
- KHVALEI, V.: Standards of Proof for Allegations of Corruption in International Arbitration ICC: “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration” (Dossier XIII of the ICC).
- KREINDLER, R.: Concluding Remarks: Corruption and International Arbitration ICC: “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration” (Dossier XIII of the ICC).

- LLAMZON, A.P.: On Corruption's Peremptory Treatment in International Arbitration ICC: "Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration" (Dossier XIII of the ICC).
- MARCENARO, E.: Arbitrators' Investigative and Reporting Rights and Duties on Corruption ICC: "Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration" (Dossier XIII of the ICC).
- MENAKER, A.J. y GREENWALD, B.K.: Proving Corruption in International Arbitration ICC: "Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration" (Dossier XIII of the ICC).
- ROJAS ELGUETA, G.: "The Legal Consequences of Corruption in International Arbitration: Towards a More Flexible Approach?" Kluwer Arbitration Blog. January 20, 2016.
- SPRANGE, Th.K QC: Corruption in Arbitration ICC: "Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration" (Dossier XIII of the ICC).
- TEZUKA, H.: Corruption Issues in the Jurisdictional Phase of Investment Arbitrations ICC: "Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration" (Dossier XIII of the ICC).
- ZIADÉ, N.G.: Addressing Allegations and Findings of Corruption ICC: "Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration" (Dossier XIII of the ICC).
- WALLGREN-LINDHOLM, C.: Consequences and Effects of Allegations or of a Positive Finding of Corruption ICC: "Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration" (Dossier XIII of the ICC).