From the SelectedWorks of Eric Franco

September, 2017

LOS EFECTOS CONTRACTUALES DE LA CORRUPCIÓN Y LA ARBITRABILIDAD DE LOS CONTRATOS TEÑIDOS DE CORRUPCIÓN.pdf

Eric Franco Regjo

Available at: https://works.bepress.com/eric_franco/9/

bepress™

LOS EFECTOS CONTRACTUALES DE LA CORRUPCIÓN Y LA ARBITRABILIDAD DE LOS CONTRATOS TEÑIDOS DE CORRUPCIÓN

Eric Franco Regjo[*1]

El tema de la arbitrabilidad y los efectos de la corrupción en los contratos cuando son sometidos a arbitraje es sumamente complejo y controversial. He tratado de desagregar el tema, pero es un área de alta complejidad y espero poder exponer las ideas de manera clara.

Es un tema sobre el que es necesario fomentar el dialogo profundo para superar las discusiones superficiales que suele haber al respecto. Es necesario empezar a construir consensos sobre estos aspectos legales para poder hacer frente a las situaciones difíciles que va a haber que afrontar en el ámbito arbitral.

No cabe duda que la corrupción es un fenómeno que está condenado internacionalmente. Hay un consenso sobre no permitir que el Derecho ampare la corrupción y, más aún, que el arbitraje no se preste para convalidar actos de corrupción.

Hay un preconcepto equivocado cuando se piensa que la corrupción sólo se da en el ámbito público. La corrupción también se da en el ámbito privado.

Existe instrumentos internacionales como, por ejemplo, las reglas anticorrupción de la Cámara de Comercio Internacional, que no distinguen entre corrupción en el ámbito público o privado, sino que simplemente condenan la corrupción. Asimismo, existe una serie de instrumentos internacionales que han ido extendiendo el concepto de corrupción al ámbito privado.

---

* Abogado, árbitro y profesor universitario.

1 Texto elaborado sobre la base de la presentación realizada en el XI Congreso Internacional de Arbitraje – PUCP, Lima, Peru, 2017. Se ha omitido las referencias bibliográficas en esta versión.

Otra muestra de la relevancia del tema en el sector privado se encuentra en el desarrollo jurisprudencial de los efectos legales de la corrupción en el Reino Unido al menos desde la década de 1940.

Para analizar si son arbitrables las pretensiones relacionadas con contratos en los que ha habido actos de corrupción, se debe determinar de qué tipo de pretensiones estamos hablando. Si se trata de pretensiones que exceden la competencia del tribunal arbitral o no. En tal sentido, vamos a comentar sobre algunas de las principales posibles argumentaciones que pueden emplearse cuando existen actos de corrupción relacionados con un contrato.

La doctrina internacional distingue entre dos tipos de contratos relacionados con actos corrupción: los contratos para corromper y los contratos teñidos de corrupción.

Los contratos para corromper son aquellos contratos, típicamente de consultoría o de agencia, en los cuales se contrata a un consultor para que ayude a conseguir un negocio y se sabe que parte de lo que se le va a pagar, va a ir para pagar sobornos. Esos son contratos cuya finalidad es darle un revestimiento legal a la canalización de un soborno. Esas prácticas no son novedad en el mundo. El Perú no es el único país donde pasan esas cosas, ha pasado y pasa en muchos países; al punto que hay amplia bibliografía internacional sobre el tema.

Existe consenso internacional sobre que los contratos para corromper son nulos y que el Derecho no debe ampararlos. Se justifica la nulidad de dichos contratos en la finalidad ilícita del mismo o en que son contrarios al orden público.

Sin embargo, los casos más complicados de tratar son los de los contratos teñidos de corrupción. Aquellos que no se celebran para corromper, sino que, por ejemplo, en su proceso de contrataciones se pagó un soborno para obtenerlo o, durante la ejecución, se pagó un soborno para obtener una ampliación de plazo o un adicional de obra.

He hecho una encuesta informal entre algunos abogados y profesionales con distintas trayectorias y ante la pregunta sobre cuáles son los efectos contractuales de la corrupción en contratos teñidos de corrupción, he encontrado que la respuesta mayoritaria, antes de analizar el tema en detalle, suele ir en la dirección de señalar que sería una causal de nulidad por fin ilícito o por ser contrarios al orden público. Sin embargo, en realidad, como trataré de explicar, los efectos contractuales pueden ser diversos según cómo se planteen las pretensiones, cómo se argumente el caso y la visión del tribunal.

Vamos a desarrollar brevemente la discusión que hay al respecto. Primero comentaremos el tema dejando de lado la normativa de contrataciones públicas, y luego haremos un breve comentario sobre cómo influye en el análisis las causales de nulidad de oficio y las cláusulas anticorrupción contempladas en dicha normativa.

He encontrado poca bibliografía que trate sobre los efectos contractuales de la corrupción. Hay más sobre la arbitrabilidad de pretensiones relacionadas con corrupción, el nivel de prueba que se requiere ante una alegación de corrupción o el rol de los árbitros en casos de ese tipo. Por ejemplo, resalta la bibliografía producida por la Cámara de Comercio Internacional en el contexto de foros organizados en los años 2003, 2012, 2013 y 2015.

De la revisión de la bibliografía a la que he tenido acceso, he podido apreciar que al parecer hay un consenso en el sentido que los contratos teñidos de corrupción serían anulables y no nulos, a diferencia de los contratos para corromper, que serían nulos.

La distinción se justificaría en que si el contrato fuera nulo, la nulidad podría ser alegada también por el corruptor. En cambio, al ser anulable, la anulación sólo puede ser pretendida por la víctima, a quien a veces le puede convenir que se termine de ejecutar el contrato; pensemos por ejemplo en una obra. Si el contrato fuera nulo de pleno derecho, se podría estar castigando a la víctima, agravando su problema.

En adición a lo anterior, parece que también habría consenso sobre la responsabilidad del corruptor por los daños y perjuicios causados. Lo interesante es que la discusión contempla no solamente el daño emergente, que podría ser, por ejemplo, la diferencia entre el precio de mercado y el precio pagado, sino que habría la posibilidad de demandar un daño moral.

Si bien éste sería el aparente consenso internacional, a nivel local, como he mencionado, la reacción mayoritaria que he encontrado es que estos contratos teñidos de corrupción deberían ser declarados nulos por tener un fin ilícito o ser contrarios al orden público.

Existe controversia sobre si en el caso de contratos teñidos de corrupción hay una víctima y un victimario, o si al haberse coludido en realidad ambas partes han sido partícipes del acto. Para efectos del presente comentario, me posicionaré en la tendencia que considera que hay un corruptor que se colude con un representante de la víctima, una empresa o entidad pública, por lo que sí habría un corruptor y una víctima. Sin embargo, no dejo de reconocer que esta posición es controversial y su análisis dependerá del caso concreto.

Dicho eso, repasemos las principales posibilidades argumentativas con relación a los efectos contractuales de la corrupción en contratos teñidos de corrupción.

La primera opción podría ser alegar que se trata de una nulidad por fin ilícito o por ser contrario al orden público. Pongamos como ejemplo el caso de un contrato para ejecutar una obra. En sí, se podría discutir si el fin del acto jurídico es o no ilícito o contrario al orden público. El contrato se ha celebrado con la finalidad de ejecutar una obra, por lo que pueden caber dudas sobre si la finalidad del contrato es ilícita o si el contrato es contrario al orden público. ¿Es ilícito o contrario al orden público construir una obra? Hay quienes sostienen que el contrato es nulo por una de las dos causales anteriores.

Quienes sostienen que el fin del acto es ilícito o que es contrario el orden público, suelen distinguir entre el objeto general o abstracto y el objeto específico del acto jurídico. Se distingue entre el «¿para qué contrataste?» del

«¿por qué contrataste?». Entonces, si bien construir una obra no sería ilícito ni contra el orden público, el hecho que los contratantes hayan tenido una intención delictiva, una intención ilícita, podría justificar calzar en dichas causales.

Toda posición respecto a la nulidad de los contratos teñidos de corrupción se presta a discusión y dependerá en buena medida del caso concreto. Además, habría que considerar que en algunos casos la nulidad podría perjudicar a la víctima o beneficiar al corruptor.

Una segunda posibilidad argumentativa sobre los efectos contractuales en casos de contratos teñidos de corrupción es considerar que el contrato es anulable. Como sabemos, al igual que la nulidad, la anulabilidad está ceñida a causales taxativas. Revisando las causales de anulabilidad, probablemente la que calce mejor es la del dolo. El dolo tiene dos formas de manifestarse. Una es como dolo causal, es decir, aquél en el cual el engaño ha sido tal que si no lo hubiera habido, no se hubiera contratado. En tales casos, el acto es anulable. El otro tipo de dolo se conoce como dolo incidental, aquel en el cual el engaño no fue determinante de la voluntad de contratar, igual se hubiera contratado, pero en otras condiciones. Probablemente a un menor precio, con diferentes especificaciones o en otras condiciones.

El Código Civil señala que en los casos de dolo incidental, el remedio es la indemnización de los daños y perjuicios, no la anulabilidad. En tal sentido, si se busca alegar que el contrato es anulable por dolo, deberá demostrarse que el contratante no hubiera contratado si no hubiera habido el engaño. Ello reviste cierta dificultad, pues en la mayoría de los casos, las contrataciones se justifican en la necesidad de llevar a cabo la transacción o el negocio, lo cual suele acercar dichas situaciones al dolo incidental. Por ejemplo, será difícil, aunque no imposible, argumentar que una carretera no se hubiera construido si se hubiera sabido que la misma estaba sobrevaluada. El caso podría ser más fuerte para justificar un dolo causal si es que se demuestra que la obra era innecesaria o que la inversión se justificó en información intencionalmente falsa o inexacta.

Sin embargo, nuevamente, cada caso es único y el análisis del mismo responderá a sus particularidades.

Recapitulando, si la segunda opción sería argumentar que el contrato es anulable por existir un dolo causal, la tercera opción sería argumentar que el contrato es válido, pero corresponden daños y perjuicios por haber existido dolo incidental.

Por otro lado, existe una cuarta opción, que consiste en argumentar que si bien el contrato es válido, existe un incumplimiento contractual que puede justificar la resolución y/o una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Para analizar si la corrupción es un incumplimiento contractual, lo primero será determinar si el acto en cuestión ocurrió antes de la celebración del contrato o durante la ejecución. Ello es relevante pues la argumentación sería distinta en uno u otro supuesto para justificar que se ha incumplido el contrato.

Lo segundo, sería distinguir entre los contratos que incluyen una cláusula anticorrupción o una declaración de no corrupción que se ha incumplido y aquellos casos en los que no hay disposiciones de dicho tipo. Cuando existe una cláusula anticorrupción o declaraciones anticorrupción, habría respaldo contractual expreso para sustentar el incumplimiento, aunque podría seguir habiendo dificultades argumentativas si el acto de corrupción ocurrió antes de la entrada en vigencia del contrato en caso que la cláusula no contemple actos previos.

En cambio, cuando no hay disposiciones de ese tipo, tendría que argumentarse, por ejemplo, que en virtud al principio de buena fe, se considera que hay una obligación implícita de no corromper, la cual ha sido incumplida y, por tanto, hay un incumplimiento contractual de una obligación implícita. Argumentación que también presenta retos para ser exitosa, pero puede lograr el objetivo según las condiciones del caso particular.

Finalmente, si las alternativas anteriores no son exitosas o no son de interés, una quinta opción sería dejar de lado los anteriores argumentos que buscan cuestionar la validez o terminar la relación contractual, y en cambio sólo demandar los daños y perjuicios sufridos.

Luego de este recorrido panorámico, analicemos el tema a la luz de la Ley de Contrataciones del Estado.

Por un lado, vemos que se encuentra regulada la nulidad de oficio, contemplada en el artículo 44 f) de la Ley y en el artículo 115.4 del Reglamento. Se requiere sentencia penal para que se declare la nulidad de oficio o una confesión, según el artículo 122.3 del Reglamento.

Por otro lado, la norma de contrataciones públicas indica que la cláusula anticorrupción forma parte del contenido mínimo de los contratos (Art. 32.3 de la Ley). El artículo 116.4 del Reglamento regula el contenido de la cláusula anticorrupción y señala que su incumplimiento, durante la ejecución contractual, da el derecho a resolver automáticamente y de pleno derecho el contrato.

La normativa de contrataciones públicas brindaría dos alternativas ante contratos teñidos de corrupción. Una sería la nulidad y la otra la resolución por haber incumplido la cláusula anticorrupción. Además, en cualquiera de los dos supuestos, habría la posibilidad de demandar los daños y perjuicios sufridos.

Cabe resaltar que existiría una aparente contradicción en la normativa de contrataciones públicas. ¿Cómo puede una misma norma contemplar la nulidad como la consecuencia en caso de contratos teñidos de corrupción y al mismo tiempo indicar que en caso se incumpla la cláusula anticorrupción la consecuencia es la resolución? Se trata de dos remedios aparentemente incompatibles.

El análisis en el marco de contratos con el Estado también debe contemplar si corresponde aplicar la regulación de la nulidad de los actos administrativos, la cual se encuentra en la Ley del Procedimiento Administrativo

General (LPAG). La causal de nulidad sería el acto constitutivo de delito o que se deriva del mismo, que es el artículo 10.4 de la LPAG. Asimismo, habría que analizar si la nulidad del acto administrativo mediante el cual se otorgó la buena pro acarrea o no la nulidad del contrato que se celebró con ocasión de dicho acto administrativo; lo anterior a la luz de los artículos 12, 13 y 14 de la LPAG.

El tema, como he tratado de exponer, es amplio y controversial. He procurado mostrar que existe varias posibilidades para argumentar cuáles son los efectos contractuales de los actos de corrupción, de lo que se podría derivar distintas pretensiones concretas en el fuero arbitral.

De lo anterior, también se puede desprender como conclusión que el petitorio ante casos de corrupción debe ser necesariamente amplio, para evitar que alguna de las opciones argumentativas quede excluida. Como hemos visto, cada línea argumentativa presenta fortalezas y debilidades y dependerá del caso concreto determinar cuál es la más adecuada.

Otra conclusión es que las pretensiones en casos de contratos teñidos de corrupción se pueden (y deberían) traducir en pedidos concretos que son arbitrables, como la nulidad, anulabilidad, resolución y/o daños y perjuicios.

* * *