

MANOS LIMPIAS EN LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES

CLEAN HANDS IN INTERNATIONAL BUSINESS

Rodolfo DÁVALOS FERNÁNDEZ (Cuba)*

Miembro de Número del IHLADI

Sumario: I. La doctrina de las manos limpias en las relaciones mercantiles internacionales. II. La buena fe en la jurisdicción inglesa. III. La doctrina de las manos limpias en negocios públicos internacionales. IV. Conclusiones.

Resumen: La doctrina de las manos limpias está fundada en el principio de que nadie puede beneficiarse legalmente de su propio dolo, por lo que sostiene que cualquier reclamación de un demandante debe quedar excluida como consecuencia de su propia conducta ilegal vinculada con la reclamación que pretende y presenta ante una corte o tribunal. Hasta el presente, esta doctrina ha tenido cierta aceptación en el campo de los derechos humanos en el Tribunal Internacional de Justicia. Sin embargo, la doctrina de “manos limpias” (*clean hands*) reclama actualmente su aplicación al campo de los negocios internacionales. No se trata de un planteamiento nuevo en el ámbito ético de los negocios y actividades económicas internacionales, sino de una necesidad ética-jurisdiccional, devenida de la agudización de un mal que, lamentablemente, subyace y persiste en el complejo mundo de las relaciones monetarias-financieras transfronterizas y, en general, en los negocios internacionales: la corrupción. Para comprender el origen, sentido y alcance del concepto “manos limpias” es necesario adentrarse algo en el estudio del Derecho inglés, en especial de su sistema contractual y el precedente judicial, lo que el presente trabajo intenta resumidamente. La novedosa y reciente evolución favorable a la aceptación del valor jurídico del principio de la buena fe contractual en la jurisprudencia inglesa facilita la aplicación de la doctrina de manos limpias con la cual íntimamente se vincula su fundamentación. Teniendo en cuenta que “manos limpias” posee un marcado carácter ético-jurisdiccional, debe ser un requisito *sine quanon* generalmente admitido para ejercer el derecho a la jurisdicción, sin distinción de la materia vinculada con la contratación pública.

Palabras claves: manos limpias, buena fe, Derecho inglés, corrupción, inversiones o contratación pública.

Abstract: The clean hands doctrine is based on the principle that no one can legally benefit from his own deceit, and therefore maintains that any claim by a plaintiff must be excluded because of his own

* Profesor Principal de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidente de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional. Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Mercantil, Premio Nacional de Derecho de la República de Cuba. Árbitro de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), Madrid.

illegal conduct linked to the claim that he seeks and presents before a court or tribunal. To date, this doctrine has had some acceptance in the field of human rights in the International Court of Justice. However, the “clean hands” doctrine is currently calling for its application to the field of international business. It is not a new approach in the ethical field of international business and economic activities, but rather an ethical-jurisdictional need, arising from the intensification of an evil that, unfortunately, underlies and persists in the complex world of cross-border monetary-financial relations and, in general, in international business: corruption. To understand the origin, meaning and scope of the concept of “clean hands” it is necessary to delve into the study of English law, especially its contractual system and judicial precedent, which is what this paper attempt to do in summary. The novel and recent evolution favourable to the acceptance of the legal value of the principle of contractual good faith in English jurisprudence facilitates the application of the doctrine of clean hands with which its foundation is closely linked. Considering that “clean hands” has a marked ethical-jurisdictional character, it must be a generally accepted *sine qua non* requirement to exercise the right to jurisdiction, without distinction of the subject matter related to public procurement.

Keywords: clean hands, good faith, English law, corruption, investments or public procurement.

I. La doctrina de las manos limpias en las relaciones mercantiles internacionales

La doctrina de “manos limpias” (*clean hands*) reclama actualmente su aplicación al campo de los negocios internacionales. No se trata de un planteamiento nuevo en el ámbito ético de los negocios y actividades económicas internacionales, sino de la agudización de un mal que, lamentablemente, subyace y persiste en el complejo mundo de las relaciones monetarias-financieras transfronterizas y, en general, en los negocios internacionales, y es que, como apunta la Convención de Naciones Unidas:

“La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de Derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana”¹

En el plano que nos ocupa, manos limpias en los negocios internacionales, hace ya muchos años, el 26 de marzo de 1934, el maestro español Antonio Rodríguez Sastre, en conferencia pronunciada en el Colegio Central de Titulares Mercantiles de Madrid, titulada “*El Delito Financiero: su repercusión en el crédito y la economía*” llamaba la atención sobre las consecuencias de la ausencia de conducta

¹ Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, New York, 2004, primer párrafo del Prefacio, p. iii.

ética del empresario y la buena fe en las negociaciones, con elocuentes ejemplos y novedosa jurisprudencia.²

El texto de esta conferencia fue reproducido muchos años después (1977) en la Revista Española de Financiación y Contabilidad, como homenaje al maestro barcelonés. De ello vale la pena citar algunas notas, como viñetas ilustrativas sobre la delincuencia económica, la indolencia o corrupción en sociedades mercantiles, de modo que, como señalara el maestro español:

(...) Son para unos pocos en perjuicio de los demás... Recuerdo un caso en el que intervino como abogado querellante, en el que al interrogar a los miembros del Consejo de Administración hubo quien no tenía ni idea de lo que pasaba en la empresa, ni de la legislación aplicable; no obstante, figuraba asistía a todas las sesiones celebradas por el consejo y por lo que cobraba pingue dietas”³...

Rodríguez Sastre definió los delitos financieros como “*todos aquellos actos fraudulentos con el deseo de obtener un beneficio en perjuicio de tercera persona y ataca la fe comercial*”⁴.

Resulta interesante, a la luz del tema que abordamos, ver como en tan temprana época, teniendo en cuenta la evolución en las tendencias y técnicas de regulación del llamado Derecho de los Negocios Internacionales, ya el maestro catalán, mostraba su preocupación por la falta de preparación técnica de los jueces para captar toda las maniobras financieras, por lo que reclamaba la aprobación de nuevas leyes especiales sobre la materia, adaptadas al desarrollo del comercio internacional, y reivindicaba el papel de los técnicos contables y financistas a los que recomendaba forzosamente acudir.

Como hemos dicho, el texto de la conferencia fue recogido y publicado en el libro del mismo nombre, “*El Delito Financiero: su repercusión en el crédito y la economía*”, con prólogo del profesor D. Luis Jiménez de Asúa, considerado como una verdadera autoridad en el campo del Derecho Penal y, en especial del Derecho Penal Financiero, quien dejó recogido en el prólogo, con fina ironía, una anécdota que ha sido considerada como un clásico ejemplo de la falta de manos limpias en los negocios y que aún hoy resulta valedera:

(...) hace sesenta años, el español de presa, ansioso de despojar a otro de su fortuna, se echaba al monte, con clásico calañe y tabuco naranjero, escapando de sus perseguidores a lomo de la jaca andaluza. Hoy crea sociedades, desfigura balances, simula desembolsos y

² D.A. Rodríguez Sastre, *El Delito Financiero. Su repercusión en el crédito y en la economía*. Conferencia pronunciada el 26 de marzo de 1934 en el Colegio Central de Titulares Mercantiles. Prólogo de Luis Jiménez de Asúa. Madrid, 1934. Librería, Anticuaria Farré, Barcelona, BARCE, España.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

suscripciones, y montado en la ignorancia de fiscales y magistrados, escapa sobre el cómodo asiento de su automóvil⁵...

Casi 30 años después el mismo autor, en otra conferencia, esta vez en el Colegio de Abogados de Madrid, titulada “Deuda en moneda extranjera: la doctrina de *clean hands*”⁶, dice:

“La noción de «manos limpias», ni por la amplia dimensión de su contenido, ni porque todavía reclame una perfecta elaboración, puede ser desechada. Reverso de la mala fe, del fraude, del abuso, de todas las torpes maquinaciones de la actividad humana, alcanza hasta la conciencia de la propia responsabilidad, y no ya ante la irregularidad consumada, sino previsible; elementos internos tan enraizados con un fondo espiritual y un nivel medio de cultura”.

Si se considera el fondo eminentemente ético del concepto, y que el Derecho no puede transigir con una causa ilícita o torpe, máxime para eludir obligaciones libremente contraídas, con mayor razón si cabe que al particular habrá de exigirse al Estado una actuación digna, no acogiendo reclamaciones viciadas ni solidarizándose con quienes las formulan”⁷.

Como hemos visto, de la Ponencia del profesor Sánchez Lorenzo, suele afirmarse, que la doctrina de las “manos limpias” (*clean hands*) tiene su impronta en el Derecho anglosajón, y su aplicación el Derecho internacional general se encuentra en la opinión separada del juez Hudson en el asunto *The Diversion of Water from the Meuse*, ya citada en esa Conferencia magistral de la cuarta ponencia, y su raíz se encuentra en el procedimiento de “*equity*” del Derecho inglés.

Es conocido que en el *Common law* la *equity* no es sinónimo de equidad general o justicia natural, sino que se trata de un conjunto particular de reglas resultantes de un sistema especial de tribunales, es un cuerpo de leyes desarrollado por la *Court of Chancery*, administrado actualmente de conjunto con el llamado Derecho consuetudinario. Tiene su origen en la necesidad de paliar el rigor del precedente, suplir lagunas, en protección de los derechos reales y de interés económico y no de derechos personales o individuales. Entre los principios que informan la *equity*, la doctrina⁸ destaca dos:

⁵ L. Jiménez de Asúa, Prólogo del libro *El Delito Financiero. Su repercusión en el crédito y en la economía*, op. cit..

⁶ D. A. Rodríguez Sastre, *Deuda en Moneda extranjera: la doctrina de *cleans hands* (manos limpias)*, Conferencia en el Colegio de Abogados de Madrid, el 7 de abril de 1961, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1961. Fragmento en PDF. Universidad Loyola, Vid. <https://revistas.ulyola.es › rfs › article › download>. (Fecha de consulta: 20.03.2025).

⁷ D. A. Rodríguez Sastre, op. cit., p. 235.

⁸ M. L. Marín Castán, “Los Principios Generales de la *equity* inglesa. Aproximación a un tratamiento sistemático”, *Revista de las Cortes Generales*, No. 16, 1989, pp. 81–142.

- i) *He who seeks equity must do equity*. El que busca equidad debe hacer equidad.
- ii) *He who comes into equity must come with clean hands* El que entra en equidad debe hacerlo con manos limpias.

Esta segunda regla es un principio universal de los tribunales ingleses de equidad que obliga a un examen de conciencia previo a la acción judicial: el que pretende poner en movimiento el aparato judicial en busca de justicia, si ha violado la buena fe, o cualquier otro principio de equidad, con una mala conducta voluntaria, respecto al asunto en litigio, no lo logrará, se le cerrarán las puertas.

Es así que el concepto de manos limpias no significa simplemente “buena fe”, y menos la acepción ingenua y anquilosada del “buen padre de familia”, recogida por nuestros Códigos del antiguo Derecho romano⁹. El concepto de manos limpias es todo eso y mucho más.

El concepto de manos limpias (*clean hands*), según Rodríguez Sastre,

“es la conducta ética, responsable y solvente de la persona natural o jurídica, desde el individuo al Estado, en el cumplimiento de sus obligaciones y compromisos; la ausencia de doble intención, simulaciones, reservas o finalidades inconfesables en el hecho de contraerlos; la recta aplicación del provecho legítimo al objeto de la negociación; la escrupulosa observancia de lo pactado y, donde no lo hay, de esas normas de comprensión y convivencia que, como el «no matarás», «no hurtarás», no requieren promulgación por constituir cánones inflexibles, «normas normales» de toda conciencia honrada y que van desde el acatamiento a las leyes hasta el respeto a la hospitalidad”¹⁰.

Y es que, aunque la doctrina de manos limpias sea más conocida al influjo del Derecho inglés, nace de la propia racionalidad de la justicia, como un legado del Derecho romano, ¿acaso no nos recuerda la *exceptio doli*, en aquello de que “a nadie puede beneficiar su propio dolo?”¹¹, lo que actualmente se denomina abuso del derecho. “No se escucha a nadie en juicio que alega su propia torpeza”. Significa que el juez no debe acoger las pretensiones de quien alega su propia torpeza, entendida como deslealtad, fraude, lascivia y cualquier otra causa contra las buenas costumbres y la ley; es un principio cuya principal consecuencia es impedir que un acto ilegal o inmoral pueda reportarle utilidad a su autor o pueda de algún modo volver lícita una ganancia mal habida.

⁹ A. Rodríguez Sastre, “La doctrina de Clean Hands (manos limpias) en las Relaciones Monetarias Internacionales”, *Revista de Sociología y de Moral Económica*, vol. XVI, nº. 63, Julio–Septiembre, 1963.

¹⁰ *Ibid.*, p. 234.

¹¹ Ulpiano, 50, 17, 134, *Nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest*.

Es así que, “manos limpias” tiene un carácter ético-jurisdiccional y debe ser un requisito *sine qua non* para ejercer el derecho a la jurisdicción.

II. La buena fe en la jurisdicción inglesa

Aunque el concepto de manos limpias es mucho más que buena fe, y deba exigirse en todas las jurisdicciones y no solo en la inglesa, es imprescindible, para adentrarse en el tema, detenernos brevemente en algunas consideraciones sobre la buena fe en el Derecho inglés, donde nació el concepto de *cleans hands*.

Puede resultar paradójico que mientras el concepto de *cleans hands* se desarrolla desde la década del 30 en la jurisdicción inglesa de *equity*, no suceda lo mismo en la jurisdicción civil y mercantil común inglesa. La explicación, tal vez, pueda encontrarse en que, si bien el principio de manos limpias ha adquirido carta de naturalización en la *equity* anglosajona, lo que le ha permitido cierto avance en otras jurisdicciones como en el Tribunales Internacional en materia de derechos humanos, no ha sucedido lo mismo con el principio de la buena fe.

Todos sabemos los problemas que puede acarrear la ausencia de buena fe, y, más aún, la mala fe ex profeso. De ahí la importancia del tema en las relaciones monetarias y transacciones financieras, en la contratación comercial internacional que materializa operaciones del llamado Derecho de los Negocios Internacionales¹². En lo referente a la contratación internacional, sus técnicas, modelos y estilos contractuales, sin menoscabar el valor de la doctrina del *civil law*, hay que reconocer la influencia en la práctica del estilo socrático del *Commom law* a través del *Law Report* inglés y del *Restatement of Law* estadounidense.

Las distintas formas de conductas típicas del trato injusto (*unfair traten*), pueden resumirse siguiendo a Farnsworth¹³, en:

- i) Incumplimiento de promesa específica, negativa a negociar donde hay un acuerdo de hacerlo en un plazo específico;

¹² Sobre el Derecho de los Negocios Internacionales *Vid*: J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García, P. de Miguel Asensio, *Derecho de los Negocios Internacionales*, 7ª ed., Madrid, 2024.

¹³ *Farnsworth on contracts*, 3ª. Ed. Wolter Kluwer Legal & Regulatory. EE. UU. pp. 298–99. Farnsworth ilustra sobre la influencia en el Derecho contractual contemporáneo del *Restatement of Contracts (Second)*, en el que se desempeñó como Relator, y del *Uniform Commercial Code*, (UCC), en virtud del fácil acceso que brinda a detalles, nuevos casos, consejos sobre redacción de contratos, referencias y características, que ahorran tiempo, con explicación de casos, citas, referencias cruzadas y encabezados marginales, todo lo que, según la doctrina, hace de este libro (3 tomos) un recurso valioso para la investigación y la práctica de la contratación internacional moderna, incluyendo litigios sobre contratación y arbitraje.

- ii) tácticas impropias, propuestas irracionales;
- iii) ocultamiento de información relevante;
- iv) negociación con terceros, y
- v) renunciar sin más explicaciones, rompiendo la negociación.

Algunas de estas conductas han sido ya avaladas por la jurisprudencia o precedente judicial estadounidense, como puede verse en:

- i) Rechazo anticipado, ruptura o retraso de las negociaciones (*Vigoda v. Denver Urban Renewal Auth*, 646 P. 2d 900, Colorado. 1982, *in Banc*).
- ii) Tratos paralelos con terceros. (*Channel Home Centers v. Grossman*, 795 F. 2d 291, 300, 3er Circuito. 1986). De ahí que para cercenar esta práctica tan extendida en Estados Unidos las partes suelen introducir en sus acuerdos previos cláusulas tales como “negociación exclusiva” con la finalidad de obligar al otro contratante a que se abstenga durante un plazo determinado de negociar con otros posibles competidores.
- iii) Propuestas inadmisibles o métodos impropios. (*Chevron Oil Co v. NLRB*, 442 F. 2d 1067, 1072–73, 5th Cir. 1971). Comprende posiciones de fuerza o de falta de flexibilidad en la negociación, cambios en las condiciones de contratación sin que exista una alteración real de las circunstancias previstas. Por su parte, como nos dice Sánchez Lorenzo, si bien la justicia inglesa admitió los vicios del consentimiento, no sucedió lo mismo con la *culpa in contrahendo* y se mantuvo durante años renuente a admitir la buena fe consentimiento, no sucedió lo mismo con la *culpa in contrahendo* y se mantuvo durante años renuente a admitir la buena fe¹⁴.

Se han dado tres razones principales para lo que el profesor McKendrick¹⁵ ha llamado la “*hostilidad tradicional inglesa hacia una doctrina de buena fe*”: el método preferido del Derecho inglés es proceder de manera incremental, diseñando soluciones particulares en respuesta a problemas particulares en lugar de imponer principios generales amplios. Una segunda razón es que se dice que el Derecho inglés encarna un espíritu de individualismo, según el cual las partes son libres de perseguir sus propios intereses no sólo en la negociación sino también en la ejecución de los contratos, siempre que no violen ninguno de los términos del contrato. La tercera razón aducida es el temor de que reconocer un requisito general de buena fe en la ejecución de los contratos crearía demasiada incertidumbre. Existe la preocupación de que el contenido de la obligación sea vago y subjetivo y que su

¹⁴ Vid. S. Sánchez Lorenzo, *El Derecho Contractual Inglés, en Derecho Contractual Comparado*, 2da. Edición, Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2013, pp. 149–152.

¹⁵ E. McKendrick, *Contract Law*, Ed. Hasrt Law Master, 9ª ed. pp. 221–222.

adopción socave el objetivo de certeza contractual al que el Derecho inglés siempre ha otorgado gran importancia.

Elocuente resulta la afirmación que nos hace S. Sánchez Lorenzo de que *el contenido del de la buena fe, aboca a una institución legal “irritante” desde el punto de vista de la filosofía liberal históricamente imperante en el Derecho inglés* y la explicación del caso *Walford v Miles*, que en 1992 era revelador de esa filosofía¹⁶.

Antes del 2013, el Derecho inglés no reconocía un deber implícito de buena fe en los contratos, sino que daba la primacía a la privacidad del contrato y al derecho a perseguir sus propios intereses comerciales. Por ello, podemos, encontrar, sujeto a la esfera de contrato de ingeniería y construcciones, como en *Petromec vs Petróleo Brasileiro SA Petrobras y otros*¹⁷ ciertas condiciones implícitas de razonabilidad para admitir la validez de una cláusula de buena fe pactada por las partes, que no es lo mismo que admitirla como un requisito generalmente aceptado, “implícito”, para la admisibilidad del resultado.

Fue el Juez Leggatt¹⁸, en *Yam Seng Pte, Ltd. vs. International Trade Corporation, Ltd*, quien trató de establecer un principio general para implicar una obligación

¹⁶ Vid. S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 150.

¹⁷ Litigio surgido en un contrato de ingeniería. El tribunal de primera instancia examinó la aplicabilidad de una cláusula incluida en un contrato ejecutable, en la cual las partes *negociarían de buena fe* para llegar a un acuerdo sobre ciertos montos de costos para la mejora de una plataforma de producción de petróleo semi sumergible que serían pagaderos a una de las partes según otra cláusula separada en el contrato. El tribunal sostuvo que este tipo de situación era diferente de las negociaciones previas al contrato abordadas en *Walford v Miles* pero que, si bien el proceso siguió siendo de negociaciones, las objeciones fundamentales aún se aplicaban, ya que el objetivo final de las negociaciones era llegar a un acuerdo y todavía sería imposible identificar el contenido de dicho acuerdo. Dado que, ese tipo no era ejecutable debido a la incertidumbre sobre el resultado de dichas negociaciones. Incluso si se reconociera la obligación de negociar de buena fe en los casos en que forma parte de un acuerdo, el incumplimiento de dicha obligación no permitiría a la parte inocente recuperar el beneficio del trato al que habrían conducido las negociaciones de buena fe, porque la existencia misma de tal acuerdo y sus términos siempre serían inciertos. Sin embargo, el Tribunal de Apelación (aunque abordó la cuestión mediante un obituario) dejó margen para cambios en este punto y sostuvo que el hecho de que la obligación de negociar de buena fe forme parte de un acuerdo complejo es relevante y “*Sería muy fuerte declarar inaplicable una cláusula que las partes han concertado deliberada y expresamente*”. El Juez LJ. Longmore concluyó que *Walford v Miles* no era vinculante en relación con dicha obligación expresa de negociar. Alta Corte de Justicia de Inglaterra y Gales. Bench de Queen. Commercial Appeals Court, 23 de enero de 2008 200

¹⁸ George Andrew Midsomer Leggatt, o el Honourable Lord Justice Leggatt. Juez de la Corte Suprema desde abril de 2020. Estudió Filosofía en el King's College de Cambridge, estudió en la Universidad de Harvard como becario Harkness, fue becario Bigelow Teaching Fellow en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago y trabajó como abogado extranjero en el bufete de abogados Sullivan & Cromwell en Nueva York, antes de incorporarse a Brick Coarta Chambers en Londres en 1985. Ejerció como abogado en esas cámaras hasta 2012, especializándose principalmente en casos mercantiles. Fue nombrado abogado de la corte en 1997. También fue secretario del circuito occidental durante 10 años.

contractual de buena fe en cierta categoría de los contratos bajo la Ley de Sociedades, para establecer un principio general que se implique una obligación contractual de buena fe, como lo "racional", caracterizado como algo más que una transacción única, y que puede implicar un alto grado de comunicación, cooperación y un desempeño previsible basado en la confianza mutua.

Es así que *Yam Seng* recibió, en general, una recepción poco entusiasta no solo doctrinal, sino también en la mayoría del sistema judicial inglés, con sucesivas decisiones del Tribunal Superior y del Tribunal de Apelación que lo marginaron, sosteniendo que cualquier deber de este tipo sería poco probable en cualquier caso para cumplir la prueba, por implicar términos ajenos al contrato y limitarlo en su resultado.

Pero el Juez Leggatt tuvo otra oportunidad, y aprovechó una especie de “revancha”, cuando poco antes de su ascenso al Tribunal de Apelación tuvo la posibilidad de actuar como Juez en el célebre caso *Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot Al Nehayan v Ioannis Kent*¹⁹, donde hizo un nuevo intento de revivir el concepto de “un deber general implícito de buena fe” en el Derecho contractual inglés.

Es así que *Tahnoon* expande significativamente lo dispuesto en *Yam Seng*, al integrar el deber de buena fe con dos aspectos significativos e importantes ingredientes. En primer lugar, amplía el “*deber de una mayor divulgación e intercambio de información*” a una obligación más amplia para que “*se actúe con honestidad y con fidelidad a la negociación, a actuar razonablemente y con unas relaciones justas teniendo en cuenta los intereses de las partes (las que, inevitablemente, a veces estarán en conflicto) y a las disposiciones, objetivos y propósitos del contrato, objetivamente comprobados, y así no ser oportunistas*”.

En segundo lugar, en *Tahnoon* debido a que el contrato objeto del litigio fue considerado “relacional”²⁰, era, por lo tanto, esencial que

De 2006 a 2008 fue vicepresidente del Bar Standards Board. Fue nombrado juez del Tribunal Superior en 2012, asignado a la Appeals Court, Queen's Bench Division de Inglaterra y Gales, y fue ascendido al Tribunal de Apelaciones en 2020, hasta su promoción en 2022.

¹⁹ Case: *Sheikh Tahnoon Bin Saeed Bin Shakhboot Al Nehayan v. Ioannis Kent*. Jurisdiction: High Court of England and Wales, Judge, Leggatt, Judgment date, 22 February 2018, Queen's Bench Division. Case number: Case CL– 2016–00265.

²⁰ La teoría del contrato relacional se caracteriza por una visión de los contratos como relaciones más que como transacciones discretas que, la teoría tradicional “clásica” o “neoclásica” del contrato. Por lo tanto, se puede entender propiamente que incluso una transacción simple involucra un contexto social y económico más amplio. Un contrato relacional es un contrato cuyo efecto se basa en una relación de confianza entre las partes. Los términos explícitos de un contrato relacional son un esquema: términos y entendimientos implícitos que determinan el comportamiento de las partes.

“se involucre un deber de buena fe en él para hacer efectiva las expectativas razonables de las partes, sobre la base de que la naturaleza del contrato, como contrato relacional, requiere implícitamente (en ausencia de una indicación contraria) tratarlo como una obligación de buena fe”.

Se trata de una expansión del concepto de contratos relacionales, que en *Yam Seng* se dijo que sólo requería potencialmente la implicación de una obligación de buena fe. Puede afirmarse que *Tahnoon* refuerza y amplía, complementa y desarrolla el deber de buena fe intentado ya con *Yam Seng*.

Aunque el Juez Leggatt no llegó a definir con total precisión lo que debía y podría incluir tal deber implícito de buena fe, se cuidó, en cambio, de señalar que “*es innecesario y tal vez imposible intentar explicar una descripción exhaustiva de lo que implicaba esta obligación*”, dejando el camino abierto hacia la invocación y aceptación de la buena fe. No obstante, la decisión en *Tahnoon* se ha considerado como preocupante por un sector de la doctrina y por la magistratura inglesa, porque representa una reducción material de la certeza comercial para las partes que entran en relaciones comerciales a largo plazo. Si embargo, al parecer, y, por el momento, prácticamente todas esas relaciones contractuales, sin condiciones expresas en sentido contrario, estarán “potencialmente” sujetas a un deber implícito de buena fe.

El juez Leggatt es actualmente Juez del Tribunal Supremo, lo que refuerza que se consolide la posibilidad real de que el precedente judicial (*stare decisis*) despeje definitivamente el camino a la recepción del principio de buena fe en el Derecho contractual inglés.

III. La doctrina de las manos limpias en negocios públicos internacionales

Como hemos visto, en virtud de la doctrina de las manos limpias la reclamación de un demandante debe quedar excluida como consecuencia de su conducta ilegal relacionada con la propia reclamación que presenta. Su valor ético, moral y jurisdiccional amerita preguntarse si debe quedar restringida solamente en materia de derechos humanos, donde se aprecia su aceptación, aunque aún camina lentamente.

Como es conocido, hay algunos países que han denunciado la Convención de Washington de 1965 y, en consecuencia, la jurisdicción del CIADI en materia de arbitraje de inversiones, y hay otros que, sin una denuncia expresa, están impedidos de acudir a esa instancia arbitral en materia de inversiones. Sin pretender analizar sus causas que no son objeto de esta comunicación, debemos decir que su consecuencia es la búsqueda y utilización de otros foros para dirimir discordias en materia de inversiones, como puede verse, por ejemplo, del APPRI suscrito entre el Reino de España y la República de Cuba, que recoge las alternativas del Arbitraje

ad hoc establecido por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés) y la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París²¹.

Puede pensarse que estas alternativas no cambian la condición o calificación de la disputa como de arbitraje de inversiones; sin embargo, la más de las veces, al menos en la experiencia cubana y alguno otros países latinoamericanos, el inversionista extranjero no demanda al Estado (lo que resultaría un arbitraje de inversionista-estado), sino al socio, si se trata de una empresa mixta (*equity joint ventures*), o a la otra parte en el contrato, en los casos de una asociación contractual (*contract joint venture*). Es así que el proceso arbitral transcurre entre el inversionista extranjero y su socio local, sin vincular procesalmente al Estado receptor de la inversión, aunque hay que decir que, muchas veces, se le alude e involucra, por el inversionista extranjero, como responsable indirecto de la causa del litigio. Es el caso que, ese inversionista extranjero demandante en muchas ocasiones no viene al proceso con las manos limpias, sino que, la verdadera causa del litigio ha sido actos probados de corrupción y delitos económicos, en ocasiones ya hasta sancionados, lo que origina que haya que esperar dos, tres años y hasta cuatro o más años litigando para finalmente obtener un fallo desestimando la demanda por razones de orden público internacional²².

¿No puede subsumirse el supuesto bajo el enunciado de que “a nadie puede beneficiar su propio dolo”?

Por otra parte, hay decenas de alternativas de negocios internacionales de contratación pública, sin que necesariamente constituya una inversión extranjera. Ya hay voces que se han cuestionado si un empresario que ha obtenido un contrato de manera ilícita para un servicio público o para una obra pública, conserva el derecho de acudir a una corte arbitral para reclamar un supuesto derecho derivado de ese contrato; o, por el contrario, pierde tal derecho teniendo en cuenta que su reclamo deviene de un acto de corrupción y, por tanto, corresponde solo a los tribunales competentes pronunciarse sobre ese particular,²³

²¹ Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cuba sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado en La Habana el 27 de mayo de 1994. Publicado en: BOE 18.11.1995.

²² Como declaró la *Cour d'appel* de París, al acoger la acción de nulidad contra un Laudo CCI, en sentencia del 11 de diciembre de 2014, por: Violación del art. 1520 5° en cuanto el Tribunal Arbitral violó, por un lado, el orden público procesal al establecer el principio de inoponibilidad contra —de las imposibilidades jurídicas y materiales causadas por el proceso iniciado por el Estado cubano y las sanciones penales pronunciadas por los tribunales cubanos y por otro lado el orden público sustantivo al negar la soberanía del Estado cubano.

²³ *Vid.* S. Espinoza Quiñones y C. Chunga Flores, “La arbitrabilidad de la Corrupción: ¿Es posible aplicar “Clean Hands Doctrine en el Arbitraje de Contratación Pública?”, *Revista de Derecho & Sociedad*

Es posible que el supuesto planteado pueda objetarse considerando que su aceptación implicaría una violación del convenio arbitral. Esta eventual argumentación enfrenta otras dos en contra: primero, el inversionista que ha cometido actos de corrupción debe perder el derecho al consentimiento otorgado por el Estado para acudir al arbitraje en caso de litigio en la contratación pactada, se trata de un consentimiento viciado de nulidad, y como no hay consentimiento no hay acuerdo arbitral²⁴. El acuerdo arbitral es nulo, ineficaz e inaplicable. Segundo, ¿si vale admitirlo para el arbitraje de inversiones, como ya pretendemos, porque no admitirlo para el arbitraje comercial internacional en la contratación pública?

IV. Conclusiones

Lo expuesto anteriormente permite plantear las siguientes conclusiones:

Primera: En los casos que un inversionista o empresario que ha obtenido un contrato de manera ilícita para un servicio público o para una obra pública en país extranjero, no debe conservar el derecho de acudir a una corte arbitral para reclamar un supuesto derecho derivado de ese contrato, teniendo en cuenta que su reclamo deviene de un acto de corrupción y, por tanto, corresponde solo a los tribunales competentes pronunciarse sobre esa reclamación.

Segunda: El inversionista o empresario extranjero que ha cometido actos de corrupción debe perder el derecho al consentimiento otorgado por el Estado para acudir al arbitraje en caso de litigio en la contratación pactada, por tratarse de un consentimiento viciado de nulidad, y al no ser válido el consentimiento no hay acuerdo arbitral, resultando acuerdo nulo, ineficaz e inaplicable.

Tercera: En los casos en que no se considere por la Corte, o Tribunal arbitral, la declaración de la falta de jurisdicción de la Corte, ni la inadmisibilidad de la demanda, cualquier conducta del inversor contraria a la doctrina de manos limpias, y en particular si resultare constitutiva de delito, deberá ser valorada por el tribunal arbitral en su decisión en cuanto al fondo de asunto, en atención a las normas de orden público internacional aplicables.

Cuarta: Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, para ponderar la gravedad y el alcance de la conducta ilícita, el tribunal debe constatar la existencia de una conducta suficientemente vinculada al negocio o contratación pública de que se trate, consistente en corrupción, engaño, fraude, delitos económicos, vulneración de

No. 44, pp. 285-291. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/> (Fecha de consulta: 20.03.2025)

²⁴ F. Godoy, *El Tratamiento de las Denuncias de Corrupción en el Marco de Arbitraje de Inversiones Extranjeras*, BA Arbitration Review, Ed.8, 2013.

los derechos humanos y cualesquiera otras contrarias a los principios de orden público internacional; ponderar su incidencia en valores esenciales, tales como la protección de los derechos humanos, la protección del medio ambiente, la lucha contra la corrupción y el blanqueo de capitales, la protección de la libre competencia y la protección del mercado en relación con el alcance de la conducta del inversor y evaluar la concurrencia de culpa por parte del Estado receptor de la inversión, negocio o contratación pública y el grado de imputabilidad de tal conducta al inversor.

.

