

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución
de Controversias de la Universidad Monteávila

PRINCIPIA

No. 4 - 2021



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la
Resolución de Controversias de la
Universidad Monteávila

No. 4-2021

Principia No. 4-2021
Hecho en Depósito de Ley: MI20200000591
ISSN: 2739-0055
Caracas, Venezuela
Principia es una Revista de publicación semestral



Principia

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias
de la Universidad Monteávila

Final Ave. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela

cierc@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 – Fax: (+58 212) 232.5623

Web: www.cierc.com

**DIRECCIÓN DEL CENTRO DE
INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS PARA LA
RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

Fernando Sanquírigo Pittevil

Director del CIERC

Carmine Pascuzzo S

Subdirector de Investigación

Ramon Escovar Alvarado

Subdirector de Estudios

DIRECCIÓN EDITORIAL

Magdalena Maninat Lizarraga

Directora

Caterina Jordan Procopio

Coordinadora Consejo Editorial

Alejandro Ramírez Padrón

Asistente Consejo Editorial

Diego Castagnino

Asesor del Consejo Editorial

CONSEJO EDITORIAL

Carlos Soto Coaguila

Harout Samra

Mario Bariona Grassi

Adriana Vaamonde Marcano

Carmine Pascuzzo S

Fernando Sanquírigo Pittevil

Carlos Caricles Bolet

Rodrigo Farías Díaz

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY: MI2020000591

ISSN: 2739-0055

Principia, su Dirección y Consejo Editorial, no se hacen responsables del contenido de los artículos, ni de las opiniones expresadas por sus autores, ya que las opiniones e ideas aquí expresadas pertenecen exclusivamente a ellos

Contenido

The Arbitration Advocacy

Interview conducted by CIERC's Director to Professor Gary Born

pág 11

Medidas correctivas del Laudo Arbitral, con especial referencia al Reenvío del Laudo al Tribunal Arbitral

Jenifer Alfaro Borges

pág 19

Selección de Árbitros: Consideraciones relevantes para tomar una decisión

Ricardo Chirinos

pág 41

Confidencialidad del Arbitraje, Transparencia y Estado de Derecho

Huáscar Ezcurra Rivero y Daniel Masnjak Marín

pág 55

Una mirada a todos los Mecanismos de Solución de Disputas en el nuevo Tratado México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC): de Inversiones, Comerciales, Laborales y Medioambientales

Marlon M. Meza-Salas

pág 80

Corrupción: un problema más allá de la arbitrabilidad

Fernando Sanquírigo Pittevil

pág 106

El Control Constitucional del Laudo a través del Amparo. Análisis desde la perspectiva del Ordenamiento Jurídico Salvadoreño

Mardoqueo Josafat Tóchez Molina

pág 119

Normas Editoriales de Principia

pág 135

Corrupción: un problema más allá de la arbitrabilidad

Fernando Sanquírigo Pittevil*

Resumen: El autor expone las razones que existen para determinar que existe arbitrabilidad y por tanto los tribunales arbitrales tienen jurisdicción cuando existen alegatos de corrupción relacionados con los asuntos sometidos a su consideración. Además, analiza cuáles son algunos de los efectos que se derivan de declarar la existencia de corrupción a un contrato en específico, para luego analizar cuál es el estándar de prueba que deben requerir los tribunales arbitrales cuando revisan estos alegatos.

Abstract: The author presents the existent reason to determine the arbitrability and therefore the jurisdiction of arbitral tribunals when facing allegation of corruption related to the issues presented to them. Further, the author analyses some of the effects of finding corruption in a specific contract, to finally review which should be the standard of proof required by arbitral tribunals when addressing corruption allegations.

Palabras Claves: Arbitraje, arbitrabilidad, corrupción, jurisdicción, estándar de prueba.

Keywords: Arbitration, arbitrability, corruption, jurisdiction, standard of proof.

* Abogado Universidad Monteávila, Especialista en Derecho Corporativo Universidad Metropolitana, Candidato a PhD Universidad Católica Andrés Bello. Socio en Legía Abogados. Profesor de Pregrado en las Universidades Monteávila, Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. Director del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Subdirector de la Revista de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Monteávila: *Derecho y Sociedad*. Director del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje 2019-2021

Sumario: I. Introducción, II. Corrupción más allá de la arbitrabilidad, A. Efectos arbitrales, B. Efectos materiales, C. El estándar de prueba, III. Conclusión

I. Introducción

Constantemente se revisa el concepto de arbitrabilidad para poder establecer cuáles son los asuntos que son susceptibles de ser resueltos mediante arbitraje¹ y, al contrario, para ver cuáles serán aquellos asuntos que únicamente podrán resolver los tribunales de una determinada jurisdicción. Así, estos asuntos que pueden o no ser resueltos por arbitraje estarán determinados, inicialmente, por la *lex arbitri* aplicable a cada uno de los arbitrajes; lo que implica que, será potestativo del Estado al que está sometido el arbitraje, determinar cuáles serán esos asuntos arbitrables.

Anteriormente dijimos ‘inicialmente’ debido a que la arbitrabilidad podría ser revisada nuevamente en sede judicial – luego de la posible solicitud de nulidad– si el tribunal del lugar de ejecución del laudo encuentra que el asunto que fue arbitrado (el objeto sobre el cual recae el arbitraje) no es susceptible de ser re-

suelto por arbitraje en dicho país²; lo que implicaría, no la nulidad del laudo, sino la denegatoria de ejecución de este.

Respecto de lo anterior, y tomando en cuenta que el arbitraje, según la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, recae sobre materias comerciales³, entendidas estas como aquellas “...que abarque[n] las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no”⁴, podría llegarse a la conclusión de que los asuntos sobre los cuales recae la corrupción carecen de arbitrabilidad. Incluso, podría además alegarse que, siendo los asuntos relativos a la corrupción tienen una vinculación al orden público, estos quedarían fuera de ámbito de lo arbitrable.

Sin embargo, tal y como veremos, si bien los tribunales arbitrales no pueden decidir sobre los efectos penales que derivan de la corrupción, ello no implica que, de la revisión de las relaciones comerciales

¹ Utilizamos la expresión “asunto que pueda ser resuelto por arbitraje” dada la redacción del Artículo II(1) de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (la “Convención de Nueva York”) que establece “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.”

² Artículo V.2(a) de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras

³ Artículo 1 de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en 1985 y enmendada en 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“Ley Modelo UNCITRAL”)

⁴ Ley Modelo UNCITRAL, p. 1 https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf

sometidas a su consideración, no puedan y deban decidir sobre los efectos que la corrupción produce sobre el negocio y/o relación jurídica sometida a su conocimiento; puesto que, no cabe la menor duda, de que no debe permitirse que ninguna parte obtenga beneficio de ningún tipo, derivado de dicha práctica.

II. Corrupción más allá de la arbitrabilidad

La ‘corrupción’ es un término difícil de definir y ha generado diversas nociones⁵, entre ellas “la conducta que se aparta de la conducta formal de los deberes públicos para el beneficio privado económico o social (personal, familiar cercano, grupo privado); o que viole las normas en contra el ejercicio de ciertos tipos de influencia privada⁶”.

Si bien esta definición no aporta muchas luces sobre lo que puede o no puede entenderse como ‘corrupción’, también queda claro que muchos de los textos normativos internacionales (p. ejemplo la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción o el Convenio Penal sobre la Corrupción) evitan dar una noción exacta del significado de corrupción, optando por establecer un catálogo de delitos que generan corrupción: soborno de funcionarios públicos, malversación o peculado, apropiación

indebida, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, entre otros.

Sobre la base de lo anterior, pueden darse casos –y de hecho se han dado–, durante el curso de un procedimiento arbitral, en donde alguna de las partes alega la existencia de un hecho de corrupción que impacta la relación jurídica debatida, lo cual presenta problemas relativos a la arbitrabilidad; y por tanto, a la jurisdicción del tribunal arbitral (los cuales llamaremos efectos arbitrales); y/o problemas relativos a los efectos jurídicos sobre el negocio jurídico debatido (los cuales llamaremos efectos materiales).

Si bien alguna de las partes puede alegar la existencia de corrupción, también pueden darse escenarios en donde, ante la ausencia de alegatos de esta índole, el centro de arbitraje o el tribunal arbitral, detecten o lleguen a tener conocimiento o evidencia de corrupción relacionada a la relación o negocio jurídico debatido en el arbitraje, que de igual forma presentarán al tribunal arbitral con problemas arbitrales y problemas materiales que deberá resolver.

A. Efectos arbitrales

Es claro que la misión de los árbitros consiste en decidir la controversia plan-

⁵ William Fox, “Adjudicating Bribery and Corruption Issues in International Commercial Arbitration”, *Journal of Energy & Natural Resources Law* 27, no 3 (2009): 489

⁶ Traducción del autor: “behavior which deviates from the formal duties of a public role because of private-regarding (personal, close, private clique) pecuniary or status gain; or violates rules against the exercise of certain types of private-regarding influence.” de Josep S Nye, “Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis” *American Political Science Review* 61, no. 2 (1967): 417

teada por las partes –de forma tal que sea ejecutable⁷– siempre que dicha controversia esté comprendida dentro de los límites del acuerdo arbitral, de la arbitrabilidad y que no sea violatoria del orden público; de lo contrario, el laudo que dicte el tribunal arbitral encontraría el problema de ser anulado o inejecutable.

Bajo esta premisa, la Convención de New York establece, en su artículo V, que el reconocimiento de un laudo arbitral podrá ser denegado si (i) el laudo resuelve un asunto no comprendido en la cláusula arbitral⁸; (ii) la materia sometida a arbitraje en la cláusula no es arbitrable⁹; o (iii) el laudo contraría el orden público del país en donde se trata de ejecutar¹⁰.

De acuerdo con lo anterior, y aceptando que una de las obligaciones de los árbitros es procurar dictar un laudo que sea ejecutable, no es de extrañar que ante la necesidad de decidir sobre la existencia y alcances de hechos de corrupción el tribunal arbitral se haga, al menos, tres preguntas fundamentales, a saber

i. ¿permite el ordenamiento jurídico al que está sometido el arbitraje (*lex arbitri*) la arbitrabilidad de corrupción?

ii. ¿la corrupción como hecho presente en el caso planteado, es un asunto comprendido en la cláusula arbitral? o dicho de otra forma ¿la jurisdicción del tribunal arbitral se extiende a decidir sobre hechos de corrupción? y

iii. ¿Que el tribunal arbitral decida sobre hechos de corrupción violará el orden público del país donde se ejecutará el laudo arbitral?

Respecto de la arbitrabilidad de la disputa, solo el caso ICC 1110 de 1963 decidido por G. Lagergren rechazó tener jurisdicción ante el alegato de soborno –una forma de manifestación de corrupción–, alegando que “las partes que se juntan para llevar a cabo acciones de esta naturaleza [corrupción], deben darse cuenta que han renunciado a solicitar la asistencia de la maquinaria judicial (sea de cortes nacionales o arbitraje) para resolver sus disputas”¹¹.

Es importante señalar que el laudo en cuestión no hizo una revisión a profundidad de la jurisdicción de la que disponía o no el tribunal arbitral para decidir la controversia basado en la arbitrabilidad; sino que simplemente, ante la prueba irrefutable de hechos de corrupción, el árbitro bajo el argumento “decencia y la moralidad publica”,

⁷ Artículo 42 del Reglamento de Arbitraje de la ICC; 12 del Reglamento de Arbitraje CEDCA, entre otros

⁸ Artículo V.1(c) de la Convención de Nueva York

⁹ Artículo V.2(a) de la Convención de Nueva York

¹⁰ Artículo V.2(b) de la Convención de Nueva York

¹¹ Traducción del autor: “Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realize that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes.” Ver laudo citado en https://www.trans-lex.org/201110/_/icc-award-no-1110-of-1963-by-gunnar-lagergren-yca-1996-at-47-ct-seq/

desechó conocer sobre el caso, lo que ha llevado a algunos autores a sostener que el verdadero argumento sostenido por G. Lagergren en el presente caso refiere, más bien, a la inadmisibilidad de la acción, bajo el principio de la imposibilidad de alegar la propia torpeza¹².

Esta tesis de inadmitir la acción ante la presencia de hechos de corrupción parece haber sido respaldada en algunos otros casos, en donde tribunales arbitrales han sostenido, entre otras cosas que debido a las acciones corruptas de las partes “el caso del agente debe ser desechado debido a que no existe ningún reclamo defendible bajo la ley...”¹³.

Tal y como señalamos al inicio de este trabajo, la existencia de un hecho jurídico calificado como corrupción y los efectos comerciales que pueda tener este hecho dentro de la relación o negocio jurídico determinado es el problema que tendrá que resolver el tribunal arbitral, pero siempre dentro de un asunto que va más allá de la simple calificación de la corrupción. Así, la línea que establecer la arbitrabilidad de la disputa no está determinada por el hecho calificado como corrupción, sino lo que establecerá la arbitrabilidad de la disputa será el negocio o relación jurídica debatida.

De esta forma, la relación o negocio jurídico debatido, que será el que determine la arbitrabilidad, puede ser de diversa índole: un contrato de suministro, un contrato de representación, contrato de transporte o compraventa mercaderías internacionales, etc.; mientras que el hecho jurídico corrupción, será evaluado respecto de los efectos jurídicos que inciden sobre el negocio o relación jurídica debatida: existencia, validez, eximente de responsabilidad, etc.

Lo que debe quedar claro, es la diferencia que existe entre el asunto que se discute dentro del arbitraje, (por ejemplo, existencia de un contrato de construcción); y los efectos que se derivan de un hecho específico sobre el asunto debatido en el arbitraje (por ejemplo, si existen vicios en los elementos de existencia del contrato en virtud de la presencia de corrupción).

Bajo el ejemplo anterior, queda claro que existe arbitrabilidad sobre el asunto debatido –existencia de un contrato de construcción por efectos de la corrupción– lo que diferiría si lo que las partes estuvieran solicitando al tribunal arbitral fuese la declaratoria de la existencia de corrupción y la determinación de las responsabilidades penales y administrativas que derivan de ese hecho, lo que clara-

¹² Philippe Fouchard et al., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (La Haya: Kluwer International Law, 1999), 353-354

¹³ Richard H. Kreindler y Francesca Gesualdi, “The Civil Law consequences of Corruption under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An analysis in light of International Arbitration Practice” en *The impact of Corruption on International Commercial Contracts*, ed Michael Joachim Bonnel y Olaf Meyer (Nueva York: Springer International Publishing, 2015), 401

mente está reservado al ejercicio de la jurisdicción criminal y/o administrativa de cada Estado.

Una vez asumida la arbitrabilidad del asunto, debe el tribunal arbitral revisar la naturaleza de lo que puede discutirse respecto de la corrupción en el arbitraje concreto, lo que estará determinado por la extensión de la cláusula arbitral. Esto es, si dentro de los límites de lo pactado por las partes, un tribunal arbitral puede o no tomar jurisdicción en razón de la materia. Así, como cualquier hecho que sea jurídicamente relevante y que tenga efectos sobre un negocio o relación jurídica específica, la corrupción puede tener efectos materiales, lo que no hace que el tribunal se esté excediendo en su jurisdicción al calificar los hechos específicos como corrupción.

Más relevancia cobra lo anterior, si aceptamos que las cláusulas arbitrales son usualmente redactadas en términos generales, de forma tal, que comprendan *todas y cada una de las disputas o conflictos* relacionados con la relación o negocio jurídico concreto¹⁴. Así, encontrarse que un hecho, calificado como corrupción, tiene un impacto en el negocio o relación jurídica particular el cual debe ser valorado por los árbitros, tal y como podría suceder con cualquier otro hecho relevante (ya sea de fuerza mayor, imprevisión, etc); por lo que no pare-

ciera que el hecho calificado jurídicamente como corrupción afecta el alcance de la cláusula y por tanto la jurisdicción del tribunal arbitral.

La importancia que se da al orden público del lugar de ejecución del laudo revela diversas consecuencias, ya que, en muchas ocasiones, los tribunales arbitrales no tienen porqué tener conocimiento del lugar en donde será ejecutado el laudo. Sin embargo, esto no los releva de su responsabilidad de dictar un laudo que sea susceptible de ser ejecutado, y esto implica al menos, que se cumpla con los estándares del orden público internacional.

Así, por ejemplo, la Suprema Corte de Pakistán no permite que se ejecuten laudos en donde el tribunal arbitral haya resuelto sobre la existencia de hechos de corrupción. En el caso *Hubco c. Wapad* la Corte Pakistaní decidió que, puesto que el orden público de ese país requiere que los casos donde se discuten asuntos de corrupción sean resueltos por sus tribunales, los tribunales arbitrales carecen de jurisdicción para conocer de dichos casos¹⁵, vinculando el orden público con temas de arbitrabilidad. Esto nos hace pensar sobre cuáles son los efectos de puede tener el orden público del lugar de ejecución sobre la arbitrabilidad de las controversias.

¹⁴ Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice* 2^{da} ed (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016), 36

¹⁵ Zheng Sophia Tang, *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law* (New York: Routledge, 2014), 98

Similar al caso Pakistán en donde por razones de orden público se prohíbe al tribunal conocer sobre los aspectos relacionados con la corrupción, en Estados Unidos se prohíbe a cualquier autoridad no gubernamental (entre estas los tribunales arbitrales) llevar a cabo procedimientos civiles relacionados con su legislación de corrupción internacional (Foreign Corrupt Practices Act o FCPA como se conoce). Sin embargo, hay quienes sostienen, al contrario, que ello no implica que no puedan discutirse los efectos derivados de la corrupción en los términos establecidos en la FCPA a los asuntos debatidos en el arbitraje¹⁶.

Aparte de los casos anteriores, hay que tener en cuenta que el orden público internacional otorga argumentos importantes para arbitrar asuntos que tengan relación con corrupción, en el entendido de que deben determinarse los efectos materiales que se derivan de la corrupción sobre el asunto debatido; o en otras palabras, el orden público internacional obliga a los árbitros a decidir afirmativamente sobre la arbitrabilidad del asunto y consecuencialmente decidir materialmente el caso¹⁷.

B. Efectos materiales

Los efectos materiales que puede tener un contrato que tiene vicios de corrup-

ción pueden ser de diversa índole, y dependerán –entre otras cosas– de los remedios contractuales que otorgue el ordenamiento jurídico aplicable al caso concreto, el ordenamiento jurídico aplicable en el lugar de ejecución del laudo –por aplicabilidad del orden público de ese país–, la buena fe de las partes del contrato, el objeto del contrato considerado en sí mismo, etc.

Respecto del objeto del contrato considerado en sí mismo, podemos encontrar acuerdos que fueron obtenidos por prácticas de corrupción y contratos que documentan en sí mismos la corrupción (por ejemplo, contratos que simulan ser pago de comisiones, cuando en verdad constituyen el pago de un soborno¹⁸); en donde los contratos obtenidos por medios corruptos pueden, en algunos casos, acarrear que se restituyan las prestaciones ejecutadas de buena fe por las partes, en virtud de la anulación sobrevinida del contrato, sin que el tribunal arbitral otorgue ningún daño compensatorio o reparatorio¹⁹; mientras que los contratos que documentan la corrupción y cuyo cumplimiento se busca en sede arbitral, deberán ser declarados nulos y sin efecto alguno, sin lugar a ningún tipo de remedio jurisdiccional²⁰.

Es importante llamar la atención al hecho de la nulidad o anulación del

¹⁶ William Fox, “Adjudicating Bribery and Corruption Issues in International Commercial Arbitration”, *Journal of Energy & Natural Resources Law* 27, no 3 (2009): 488

¹⁷ Ver casos ICC 3913 de 1981 y ICC 3916 de 1982

¹⁸ Casos ICC 3913 de 1981, ICC 6248 de 1994

¹⁹ Caso ICC 11307 del 2008

²⁰ Casos ICC 3913 de 1981, ICC 6248 de 1994

contrato respecto de la cláusula arbitral y al principio de separabilidad. Existe consenso en las diversas legislaciones, y así ha sido recogido en la Ley Modelo UNCITRAL²¹, de que la nulidad del contrato contenido de las obligaciones y derechos de las partes respecto del negocio jurídico material que llevan a cabo no acarrea la nulidad del acuerdo arbitral²².

A pesar de lo anterior, pueden darse situaciones donde el mismo acuerdo de arbitraje, independientemente de si se encuentra contenido en el contrato material o en un contrato independiente, puede ser declarado nulo, generando un el efecto de nulidad del acuerdo arbitral, debido a que la existencia misma del acuerdo arbitral se configuró en virtud de hechos de corrupción²³. Ello implicaría de pleno derecho la falta de jurisdicción del tribunal arbitral, debiendo las partes buscar en los tribunales ordinarios competentes la solución a la controversia planteada.

C. *El estándar de prueba*

Si bien se acepta en términos generales la arbitrabilidad de la corrupción, y que el tribunal arbitral deberá determinar los

efectos arbitrales y materiales que puedan surgir en caso de verificarse hechos de corrupción, el mayor problema con que se encuentran los tribunales arbitrales está referido al estándar de prueba que deben llevar a cabo las partes²⁴, y a las facultades probatorias que tendría el tribunal arbitral, en caso de sospechar que la relación o negocio jurídico se encuentra afectado de corrupción.

El estándar de prueba requerido por los tribunales arbitrales varía en cada caso, sobre todo, cuando estos toman en consideración que probar hechos de corrupción es sumamente difícil, y en muchos casos pruebas directas sobre la corrupción de casos concretos no suelen estar disponibles para las partes y mucho menos para el tribunal arbitral²⁵, sobre todo cuando, en la mayoría de los casos, al menos una de las partes, suele negar la existencia de hechos de corrupción.

Según algunos reportes²⁶, en la mayoría de los casos en donde ha habido alegatos de corrupción, los tribunales arbitrales han solicitado que el estándar de prueba que deben llevar a cabo las partes para soportar este tipo de alegaciones debe ser el más alto. Así, conclusiones de los

²¹ Artículo 16.1 de la Ley Modelo UNCITRAL

²² Caso ICC 7047 de 1994

²³ Caso ICC 6474 de 1992

²⁴ Tomando en consideración que es un principio general del derecho que las partes deberán probar sus alegaciones (Ver preámbulo de las Reglas IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional)

²⁵ Emmanuel Gaillard, "The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration" *Arbitration International* 35 vol 1 (2019): 3

²⁶ Antonio Crivellaro, "Arbitration case law on Bribery: Issues of Arbitrability, Contract Validity, Merits and Evidence" en *Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law* vol 1, ed Kristine Karsten y Andrew Berkeley (Paris: Kluwer Law International; International Chambers of Commerce, 2003), 116

tribunales arbitrales como las pruebas aportadas “no son suficientes para establecer con certeza”²⁷, o que el tribunal arbitral requiere “pruebas claras”²⁸, o que se requieren pruebas “suficientemente convincentes”²⁹ son expresiones comunes dentro de la jurisprudencia arbitral.

Esto se ve claramente, por las premisas anteriores, y se llegó incluso a exponer en el caso CIADI EDF (Services) c. Rumania³⁰, en donde el tribunal, en un momento de sinceridad y clara contradicción estableció lo siguiente:

“Sin embargo, en cualquier caso, los hechos de corrupción deben ser probados, y es notoriamente difícil probar la corrupción, ya que típicamente, existe poca o ninguna evidencia física. [Sin embargo] La seriedad de las acusaciones de corrupción en el presente caso, considerando que involucran funcionarios del más alto nivel del gobierno de Rumania, requiere que exista una clara y convincente prueba...”³¹

Solo para aclarar, el tribunal arbitral declara en el mismo párrafo que obtener pruebas de corrupción en términos generales es algo que puede llegar a ser imposible, sin embargo, requiere que se

pruebe fehacientemente el hecho de corrupción en el caso concreto.

A pesar de lo anterior, y sin dejar de tomar en cuenta las graves consecuencias que pueden derivarse de declarar hechos de corrupción en un arbitraje, la comunidad arbitral no está conforme en aceptar que se solicite a la parte que alega la corrupción un alto estándar de prueba; lo que ha llevado a diversas propuestas respecto del estándar de prueba que debe ser requerido a las partes.

Una de las propuestas, utilizadas también por algunos tribunales, consiste en el método de *red flags* o de presunciones basadas en indicios que se dan durante el curso del arbitraje. Así, en el caso ICC 3916 de 1982 el tribunal arbitral consideró que había corrupción (tráfico de influencias) en la obtención de un contrato gubernamental, basándose en lo rápido que ocurrió la adjudicación del contrato, y en que una de las partes se negó a explicar en qué consistían las actividades a las que se dedicaba dentro de su grupo de compañías.

En otro caso³², el tribunal arbitral también utilizó el método de presunciones basadas en indicios, en el cual el demandante recibiría una comisión de 33,33%

²⁷ Caso ICC 5622 de 1982

²⁸ Caso ICC 6286 de 1991

²⁹ Caso ICC 6497 de 1994

³⁰ Caso CIADI Arb/05/13 de 2009

³¹ Traducción del autor: “In any case, however, corruption must be proven and is notoriously difficult to prove since, typically, there is little or no physical evidence. The seriousness of the accusation of corruption in the present case, considering that it involves officials at the highest level of the Romanian Government at the time, demands clear and convincing evidence”

³² Caso ICC 6497 de 1995

por la adjudicación de un contrato, en el cual no se determinaban cuáles eran las obligaciones de la demandada, pero en donde se alegaba haber cumplido al 100% de las mismas, sin que durante el curso del arbitraje pudiera demostrarse cuáles habían sido el 100% de las obligaciones ejecutadas.

Así, han sido varios tribunales arbitrales los que han utilizado la metodología de *red flags* para determinar la existencia de corrupción³³, entre las cuales podemos encontrar (i) la corta duración del contrato; (ii) la imposibilidad de probar las obligaciones ejecutadas; (iii) los altos márgenes de comisiones; (iv) la falta de experiencia de las empresas involucradas para el tipo de contratos; (v) la negativa de probar ciertos requerimientos del tribunal arbitral. Lo anterior, si bien implica un método que consideramos puede, en algunos casos, llevar a conclusiones acertadas, no se basa en un método que pueda garantizar completa confiabilidad y garantizar la justicia que las partes buscan.

Si bien han habido casos en donde los tribunales arbitrales han bajado el estándar de prueba, aceptando pruebas tangenciales que llevaron al tribunal a aceptar la existencia de corrupción³⁴, no creemos que tampoco la forma de probar estas alegaciones sea tal que genere se-

guridad jurídica y confianza en el sistema arbitral.

En todo caso, creemos que la solución del estándar de prueba debe ser el mismo que se requiere para los alegatos generales de las partes, sin necesidad de que el tribunal requiera que se prueben dichos alegatos más allá de cualquier duda. Así, la doctrina³⁵ ha propuesto el siguiente esquema probatorio a llevarse a cabo ante las aseveraciones de corrupción:

- i. No debe bajarse el estándar de prueba, pero tampoco debe subirse;
- ii. Las pruebas que sostengan la existencia de corrupción deberán ser refutadas con el mismo nivel probatorio; y
- iii. Si el tribunal debe realizar inferencias o presunciones para llegar a la conclusión de que existen hechos de corrupción, el tribunal deberá utilizar el mismo estándar de razonamiento que utilizaría para cualquier otra presunción.

Por último, debemos dirigir nuestra atención a los casos en donde el tribunal infiera o tenga razones suficientes para concluir que se encuentra ante hechos de corrupción, sin que ninguna de las partes haga los alegatos correspondientes.

³³ Casos ICC 8891 de 1998; ICC 13515 de 2006; ICC 13914 de 2008

³⁴ Caso ICC 6248 de 1990

³⁵ Constantine Partasides "Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World," *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 25, no 1 (spring: 2010) 57 y ss

Lo anterior puede parecer incómodo a todos los involucrados en el arbitraje (partes, representantes, otros árbitros, secretarios, incluso al centro de arbitraje si lo hubiere), pero ante la sospecha, y dado que el tribunal arbitral pudiera declarar la validez de un negocio o relación jurídica que pudiere ser inexistente, estaría prestando su asistencia para lograr el lavado de dinero derivado de corrupción, y pudiera quedar sujeto a investigaciones criminales, en caso de que las autoridades penales de un país investiguen dicha transacción.

En todo caso, es un estándar de prueba en el arbitraje –tanto en las Reglas IBA como en las Reglas de Praga– que el tribunal puede ejercer sus facultades probatorias; por lo que ante la sospecha de hechos de corrupción que involucren el negocio o relación jurídica material debatida en el arbitraje, el tribunal arbitral deberá hacer del conocimiento de las partes sus sospechas, requerir las pruebas necesarias que considere pertinentes, y dar a las partes la oportunidad necesaria para hacer los alegatos correspondientes a que haya lugar.

En todos los casos, corresponderá al tribunal arbitral determinar la existencia o no de hechos de corrupción, y dar las soluciones materiales a que haya lugar, según la calificación del derecho material aplicable al caso concreto.

III. Conclusión

La existencia de hechos de corrupción en el arbitraje es, sin dunda, un tema

complicado y que genera cierta incomodidad a todas las partes involucradas. Algunos de los beneficios que ofrece el arbitraje como confidencialidad, independencia de sistemas judiciales, entre otros, permite a algunas partes someter a conocimiento de los tribunales arbitrales negocios o relaciones jurídicas que podrían estar manchadas de corrupción, intentando legitimar los capitales provenientes de dichas actividades criminales.

En todo caso, queda claro de la exposición anterior, que la arbitrabilidad no se ve cuestionada ante las alegaciones o sospechas por parte del tribunal arbitral de hechos de corrupción que rodean el negocio o relación jurídica material debatida. Al contrario, el tribunal arbitral cuenta, en general, con la posibilidad de decidir sobre el hecho de corrupción, siempre manteniéndose dentro de los límites de su jurisdicción en razón de la materia, esto es, dentro de los efectos materiales que puedan derivarse del hecho alegado de corrupción.

Una vez afirmada su jurisdicción, el tribunal arbitral deberá valorar todos los elementos probatorios que sean necesarios, sin requerir un estándar más elevado de prueba al que usualmente se daría a otra prueba, por más grave que sea el alegato, sobre todo, dada la dificultad que puede derivarse de alegatos tan comprometedores.

Será entonces, cuestión de cada caso determinar la existencia y los efectos que tiene la corrupción dentro del arbitraje, siempre con miras a mantener la trans-

parencia y los más altos estándares que sigan permitiendo relaciones comerciales que lleven la ética y la buena fe a feliz término.