

Límites al deber de confidencialidad de los árbitros

Carol Jiménez López*

Principia No. 6–2022 pp. 83-96

Resumen: El arbitraje se fundamenta en principios esenciales, entre ellos el principio de confidencialidad sin el cual es probable que el arbitraje no fuera tan atractivo como medio de resolución de controversias. El presente artículo busca explicar el límite que encuentran los principios que sustentan el arbitraje cuando malas prácticas rozan el procedimiento arbitral, entre ellas, la alteración de documentos, sobornos, legitimación de capitales y corrupción, especialmente el límite con el relevante principio de confidencialidad. Así como el papel que pueden jugar los intervinientes del arbitraje frente a estas situaciones.

Abstract: Arbitration is founded on essential principles, including the principle of confidentiality without which arbitration may not be as attractive as a means of dispute resolution. This article seeks to explain the limit found by the principles that support arbitration when bad practices border on the arbitration procedure, among them, the alteration of documents, bribery, money laundering and corruption, especially the limit with the relevant principle of confidentiality. As well as the role that arbitration participants can play in these situations.

Palabras Claves: Arbitraje | Confidencialidad | Transparencia | Presunción | Comisión de delito | Corrupción

Keywords: Arbitration | Confidentiality | Transparency | Presumption | Commission of crime | Corruption

* Abogada, Universidad Central de Venezuela (2019). Diplomada en Contrataciones Internacionales y Arbitraje, Universidad Metropolitana (Venezuela, 2020). Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Consultora y litigante. Cursante del PREAA.

Sumario: I. Introducción, II. Distinción de la confidencialidad, III. Base legal de la confidencialidad, IV. Violación de la confidencialidad y sus consecuencias, V. El rol frente a evidencias de corrupción, VI. Conclusiones

I. Introducción

El deber de todos los intervinientes en un proceso arbitral de no relevar información de este a terceros es una ventaja del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos y uno de los mayores atractivos para sus usuarios a la hora de escogerlo.

Conocido como el principio de confidencialidad, asigna al sujeto que se trate la obligación de no revelar libremente información alguna sobre el proceso en que participe, información conocida mediante el proceso arbitral, y cualquier decisión pronunciada por el tribunal arbitral.

Así, en encuestas a nivel mundial, este beneficio se posiciona entre las primeras 5 razones¹ por las cuales las empresas y los comerciantes prefieren arbitrar por encima de acudir a la vía ordinaria.

La confidencialidad, junto con la especialización de los árbitros, son señaladas como factores críticos e imprescindibles para que el conflicto pueda debatirse y resolverse de un modo mínimamente satisfactorio para los derechos e intereses

en juego². Sin éstos, como ocurre en la vía judicial, en muchas ocasiones resultan soluciones al caso alejadas de los hechos, de la economía del contrato y de lo previsto y querido por las partes al contratar.

Se busca mantener bajo resguardo tanto la información técnica, comercial y estratégica de los intervinientes en la resolución del conflicto como la reputación de los mismos.

La experiencia demuestra que en muchas circunstancias resulta, de todo punto, indeseable para las partes que se conozca públicamente tanto la controversia como el eventual resultado de la misma³.

El disfrute de esta excelente ventaja arbitral y que también se puede encontrar en otros medios de resolución de controversias, como lo es la mediación, halla un límite cuando se encuentra con casos ligados a la presunción de actos ilícitos debido a que los integrantes del tribunal arbitral, miembros de los centros de arbitraje se enfrentan a las interrogantes de ¿Es el principio de confidencialidad

¹ El Estudio de Arbitraje en Iberoamérica del Club Español del Arbitraje en 2021, por ejemplo, señaló que en Venezuela la confidencialidad obtuvo un promedio 4,32/5 puntos entre los encuestados, precedido por otras ventajas como la cualificación exigida al árbitro y la posibilidad de tener un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros en vez de un único juez.

² Pablo Berenguer O'Shea, "Arbitraje en el sector de las tecnologías de la información y la comunicación", *Revista del Club Español del Arbitraje*, 31 (2018): 30.

³ Pablo Berenguer O'Shea, "Arbitraje en el sector de las tecnologías de la información y la comunicación", *Revista del Club Español del Arbitraje*, 31 (2018): 31.

un límite a la hora de evaluar un caso con indicios en la comisión de un delito? ¿Es necesario sacrificar el principio de confidencialidad por exponer sólo indicios? ¿Qué se puede hacer? ¿Qué rol se puede tomar?

El presente artículo explicará primero la relación de la confidencialidad con otras figuras del arbitraje, y detallará de donde surge este principio. Por último, buscará hallar respuestas a los planteamientos que trae consigo el estar en presencia de presuntos hechos delictivos, como el soborno, la corrupción o incluso destrucción y falsificación de documentos dentro de un proceso arbitral, exponiendo una propuesta para actuar ante la situación descrita que lamentablemente han flagelado la institución arbitral.

II. Distinción de la confidencialidad

Como se indicó, la confidencialidad confiere al sujeto la obligación de no revelar libremente “información alguna sobre el arbitraje, información alguna conocida a través del proceso arbitral, y

cualquier laudo o decisión emitida por el tribunal arbitral”⁴.

Dicha confidencialidad se contempla sobre varios elementos: la pretensión, las pruebas, los documentos valorados, el laudo e incluso la existencia misma del arbitraje; e incumbe tanto a los árbitros, como a las partes, a sus representantes legales, y cuando proceda, a las instituciones arbitrales⁵.

Esta confidencialidad se distingue de la tan nombrada transparencia, la cual, en el campo del arbitraje internacional, implica la publicidad de la información relacionada con los procedimientos arbitrales y la participación de terceros⁶.

La doctrina señala que la publicidad de la información implicaría idealmente: (i) el conocimiento de la existencia de la disputa; (ii) la divulgación de presentaciones escritas o documentos de procedimiento; (iii) el acceso público a las audiencias⁷.

Por otro lado, las principales reglas arbitrales se basan efectivamente en la confidencialidad de los procedimientos,

⁴ Srishti Kumar y Raghvendra Pratap Singh, “Transparency and Confidentiality in International Commercial Arbitration,” *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 86, no. 4 (2020): 466, traducción libre (“*Today scholars and researchers have coined the relevant distinction between privacy and confidentiality. Privacy means the right of the parties to forbid or disallow strangers from taking part in the arbitral proceedings. On the contrary, confidentiality is a narrower concept. It puts an obligation on the person not to disclose freely any information about the arbitration, any information learned through the arbitral proceedings and any award or decision rendered by the arbitral tribunal.*”).

⁵ Erick Machado Cerver, “Arbitraje y tutela efectiva de la justicia. Especial atención al contexto cubano”, *Anuario de la Asociación Venezolana de Arbitraje* N° 1 (2021): 318. <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/03/Anuario-AVA-No-1-2020-VD.pdf>

⁶ Loretta Malintoppi y Natalie Limbasan, “Living in Glass Houses? The Debate on Transparency in International Investment Arbitration”, *BCDR International Arbitration Review*, Vol. 2 (2015): 33.

⁷ Victoria Pernt, (Schoenherr), “How Much (More) Transparency Does Commercial Arbitration Really Need?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2017.

ya que, en la mayoría de los casos, las partes deben especificar si desean hacer públicos los procedimientos y/o laudos. Entre estas dos cuestiones están quienes sostienen que la transparencia y confidencialidad no son necesariamente excluyentes, ya que podrían y deberían coexistir⁸. De hecho, la protección de la información confidencial se observa explícitamente en las disposiciones modernas de transparencia.

Escurra y Masnjak expresan que “recientemente, el arbitraje ha evolucionado hacia una mayor transparencia, aun cuando ello venga al costo de afectar en parte su confidencialidad”⁹. Esto se puede observar, por ejemplo, con la tarea que desarrolla la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o la Cámara de Comercio de Lima (CCL) al publicar los tribunales que cada árbitro ha integrado en casos administrados por dichos centros y también se observa en iniciativas privadas como *Arbitrator Intelligence*, que busca sistematizar la data sobre la trayectoria de los árbitros a nivel mundial.

Otros autores señalan que no debería existir una tensión entre la confidencialidad y el arbitraje ya que, primeramente la noción de transparencia va más allá de

la confidencialidad porque no se limita a la publicidad de los procedimientos, que es la preocupación clave en relación con la confidencialidad; y por segundo, la transparencia, ya sea en relación con la publicidad de los procedimientos o la participación de terceros, no impide que las partes mantengan cierta información confidencial si la naturaleza de la información así lo requiere. Muestra de esto ocurre en el caso de conocimientos, secretos comerciales o documentos cubierto por privilegios bajo las leyes nacionales¹⁰.

Ahora bien, respecto de estos privilegios con los que se cuenta en ciertas jurisdicciones, es necesario diferenciar que los mismos se fundamentan en un derecho reconocido legalmente, pudiendo variar de Estado a Estado. En arbitraje, en algunos casos se traducen en la obligación de retener ciertas pruebas documentarias o testimoniales y excluirlas del proceso¹¹.

A pesar de que el privilegio de exclusión se articula de manera diferente en el *common law*, el derecho civil reconoce el mismo principio subyacente de exclusión para proteger valores sociales

⁸ Victoria Pernt, (Schoenherr), “How Much (More) Transparency Does Commercial Arbitration Really Need?”, Kluwer Arbitration Blog, 2017.

⁹ Huáscar Ezcurra Rivero y Daniel Masnjak Marín, “Confidencialidad del Arbitraje, Transparencia y Estado de Derecho”, *Principia Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila*, N° 4 (2021): 56.

¹⁰ Malintoppi, Loretta; Limbasan, Natalie, “Living in Glass Houses? The Debate on Transparency in International Investment Arbitration”, *BCDR International Arbitration Review*, Vol. 2 (2015): 34.

¹¹ Henri C. Alvarez, “Privilegios y secreto profesional en el arbitraje internacional”, *Themis Revista de Derecho*, N° 53 (2007): 168.

importantes¹². Las reglas de la *International Bar Association* para la toma de evidencia en Arbitraje Comercial Internacional (reglas IBA)¹³ también ha reconocido la aceptación de algunos privilegios.

En resumen, lo privilegiado depende de una categorización por parte un órgano legislativo. Lo confidencial se entiende por una restricción que no necesariamente estará expresa en un texto normativo como se explicará en el siguiente capítulo.

Finalmente, sobre la confidencialidad del arbitraje, Gary Born comentó que para él lo importante es que las partes tienen la autonomía y libertad de acordarla, pero en su opinión no es una característica esencial del arbitraje internacional¹⁴; de hecho en varias jurisdicciones los laudos circulan libremente.

III. Base legal de la confidencialidad

El fundamento del principio de confidencialidad se encuentra en la misma

naturaleza del arbitraje y en general de los medios alternos de resolución de conflictos por distinción de la jurisdicción ordinaria. Esto se debe a que históricamente, la mayoría de esas soluciones extrajudiciales han brotado en el seno de una concepción nítidamente privatista en la que la privacidad ha ocupado un lugar central¹⁵.

Para algunos autores este principio no nace con el nombramiento y aceptación del árbitro o con la presentación de una demanda arbitral, sino que es previo a esto: una vez que se acepta el arbitraje mediante convenio, las partes y principalmente el árbitro vienen obligados a respetar el deber de confidencialidad¹⁶.

A pesar de su fundamento intrínseco en la institución arbitral, la confidencialidad no es un principio expresamente consagrado en convenciones, leyes modelo ni en muchas leyes de arbitraje internas como podría esperarse. Así, por ejemplo, vemos que la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y la Convención Interamericana Sobre Arbi-

¹² Henri C. Alvarez, “Privilegios y secreto profesional en el arbitraje internacional”, *Themis Revista de Derecho*, N° 53 (2007): 169.

¹³ V. Artículo 20.6 de las reglas sobre Arbitraje Internacional de la American Arbitration Association (AAA).

¹⁴ “¿Qué nos dijo Gary Born?, Master Class: Is Summer Coming?” *Anuario de la Asociación Venezolana de Arbitraje*, N° 1 (2020) <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/03/Anuario-AVA-No-1-2020-VD.pdf>.

¹⁵ José Miguel Júdece (blog), “Confidencialidad y Arbitraje”, por José F. Merino Merchán https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/Confidencialidad_y_Arbitraje_-_Jose_Fernando_Merino.pdf.

¹⁶ José Miguel Júdece (blog), “Confidencialidad y Arbitraje”, por José F. Merino Merchán https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/Confidencialidad_y_Arbitraje_-_Jose_Fernando_Merino.pdf.

traje Comercial Internacional, mejor conocidas como las Convenciones de Nueva York y de Panamá respectivamente, no mencionan en sus textos la confidencialidad.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional tampoco contiene ninguna regla al respecto. Por su parte, tanto el Reglamento de arbitraje como el de mediación de la Cámara de Comercio Internacional - ICC por sus siglas en inglés- contienen disposiciones referidas. En el de arbitraje se faculta a las partes a solicitar al tribunal arbitral a dictar órdenes sobre la confidencialidad del procedimiento o cualquier otro relacionado¹⁷.

El Reglamento Interno de la Corte Internacional de Arbitraje expresa en su artículo 1 el carácter confidencial de las actividades de la Corte¹⁸, lo cual deberá ser respetado por sus miembros y cualquier persona invitada a ella.

También el Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual -OMPI-, incorpora la confidencialidad en 4 normas precisas: en cuanto a la existencia misma del arbitraje; la confidencialidad de la

información divulgada durante el arbitraje; la divulgación del laudo; y finalmente, en cuanto a la confidencialidad que debe mantener tanto el Centro y el árbitro.

El reglamento indica las únicas posibilidades en las cuales es posible quebrantar esta confidencialidad, de la siguiente manera:

Artículo 75

A menos que sea necesario en relación con un recurso judicial relativo al arbitraje o un procedimiento de ejecución de un laudo, una parte no podrá divulgar unilateralmente a terceros información alguna relativa a la existencia del arbitraje, salvo si se ve obligada por la ley o por una autoridad competente, y, en estos casos...¹⁹

La obligación de no divulgar información es clara para los participantes de un proceso arbitral auspiciado por el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Aunque, el Centro de Arbitraje podrá incluir información relativa al arbitraje en toda estadística global, siempre que esa información no permita la identificación

¹⁷ Cámara de Comercio Internacional, Reglamento de Arbitraje vigente a partir del 1° de enero de 2021, artículo 22.

¹⁸ Reglamento Interno de la Corte Internacional de Arbitraje, Artículo 1. Carácter confidencial de las actividades de la Corte Internacional de Arbitraje

1 Para los fines de este Apéndice, los miembros de la Corte incluyen al Presidente y a los Vicepresidentes de la Corte.

2 A las sesiones de la Corte solo podrán asistir sus miembros y el personal de la Secretaría.

3 No obstante, excepcionalmente, el Presidente de la Corte podrá invitar a otras personas a asistir a dichas sesiones. Estas personas deberán respetar el carácter confidencial de las sesiones de la Corte...

¹⁹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual vigente desde el 1 de julio de 2021.

de las partes ni las circunstancias particulares de la controversia²⁰.

El Reglamento de la Cámara Arbitral de Milán, que en su artículo 27 dice que la Cámara Arbitral, el Tribunal Arbitral y los asesores tienen el deber de mantener la confidencialidad de toda noticia o información relativa al procedimiento²¹.

Si de legislaciones específicas se trata, en España, “los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”²².

La Ley de Arbitraje Comercial venezolana, en su artículo 42, también consagra la confidencialidad del arbitraje como una obligación de los árbitros, y sólo salvo acuerdo en contrario de las partes se podrá alterar ese deber²³. Sin embargo, las mencionadas son la minoría de las legislaciones.

En materia de arbitraje de inversión se cuenta con la referencia del Reglamento

de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, que garantiza que el tribunal arbitral adoptará disposiciones para celebrar en privado la parte de la audiencia que deba ser protegida “cuando sea necesario proteger la información confidencial o la integridad del proceso arbitral”²⁴.

Es necesario resaltar que este Reglamento distingue lo que es considerado como información confidencial o protegida en su artículo 7 referido a las excepciones a la norma de la transparencia de esta forma:

- a) Información comercial confidencial;
- b) Información que, conforme al tratado, no debe ponerse a disposición del público;
- c) Información que no debe ponerse a disposición del público, en el caso de la información del Estado demandado, con arreglo a la legislación de este, y en el caso de información de otro tipo, con arreglo a cualquier ley o normativa que el tribunal

²⁰ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual vigente desde el 1 de julio de 2021, artículo 78.

²¹ Cámara de Arbitraje Nacional e Internacional de Milán, Reglamento de la Cámara de Arbitraje y Reglamento de Arbitraje Internacional, artículo 27, traducción libre:

Obligation to Preserve Confidentiality

1. *The Chamber of Arbitration, the arbitrator, the expert and the parties shall keep all information on the development and outcome of the arbitral proceedings confidential.*

2. *The parties may expressly authorize the Chamber of Arbitration to publish the award, either in its entirety or in a totally anonymous form as far as the parties and other persons in the proceedings are concerned.*

²² Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Boletín Oficial N° 309, de 26 de diciembre de 2003, artículo 24.

²³ Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial No. 36.430, de fecha 07 de abril de 1998.

²⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, aprobado en 2013, Artículo 6.

arbitral determine que es aplicable a la divulgación de esa clase de información; o

d) Información cuya divulgación impidiera hacer cumplir la ley²⁵.

El nivel de confidencialidad o transparencia en el marco de un arbitraje en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI- depende del acuerdo de las partes, del tratado aplicable y de las decisiones del Tribunal, pues ni el Convenio ni las Reglas de Arbitraje del CIADI contienen una presunción general de confidencialidad o transparencia aplicable a las partes²⁶. Sin embargo, sí existen normas específicas aplicables tanto al Secretariado del CIADI como a los miembros del tribunal²⁷.

Un ejemplo de disposición de un tratado en materia de confidencialidad y transparencia se encuentra en el artículo 10.21 del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana²⁸.

Aunque su consagración no es universal, como lo es el principio de imparcialidad,

por ejemplo, este deber es exigible como elemento esencial de la institución²⁹, debido a la naturaleza privada del arbitraje al que se acude desde el acuerdo arbitral se aprecia que la confidencialidad encuentra basamento legal en algunas legislaciones, algunos reglamentos tanto de arbitraje comercial como de inversión y en tratados de protección de inversiones. Lo cual se traduce en una obligación de los intervinientes en el arbitraje y a su vez en un auténtico derecho de las partes de que no se revele nada de lo que acontezca en el procedimiento arbitral³⁰.

IV. Violación de la confidencialidad y sus consecuencias

Es momento de analizar qué ocurre si se quebrantan algunas de las disposiciones que contienen la obligación de mantener en discreción la información relativa a un proceso arbitral.

Primero, evidenciamos que ninguna de las normas revisadas dispone de una sanción al incumplimiento del deber de confidencialidad. ¿Esta carencia signi-

²⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, aprobado en 2013, Artículo 7.

²⁶ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, La Confidencialidad y transparencia - Arbitraje en virtud del Convenio del CIADI, <https://icsid.worldbank.org/es/servicios/arbitraje/convenio/proceso/laconfidencialidadtransparencia#:~:text=El%20nivel%20de%20confidencialidad%20o,a%20los%20Miembros%20del%20Tribunal>.

²⁷ V. reglas 6 (2) y 15 del Reglas de Arbitraje del CIADI.

²⁸ Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana firmado el 05 agosto 2004.

²⁹ José Miguel Júdece (blog), “Confidencialidad y Arbitraje”, por José F. Merino Merchán https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/Confidencialidad_y_Arbitraje_-_Jose_Fernando_Merino.pdf.

³⁰ José Carlos Fernández Rozas, “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. II, No 2 (2009): 338.

fica que es posible violentar el principio sin recibir consecuencias?

La respuesta varía según cada uno de los distintos sistemas jurídicos. En algunos el principio es que los árbitros son civilmente responsables, en otros prevalece el criterio opuesto, sentando la inmunidad como regla³¹, en especial para los árbitros.

Así, se tiene que en los sistemas legales que regulan la responsabilidad de los árbitros existe una tendencia a extender a éstos el régimen de responsabilidad previsto para los jueces. Como corolario de ello, existen dos corrientes marcadas en orden al principio general: los que consagran la inmunidad, y los que auspician la responsabilidad de los árbitros³².

En EE.UU., inspirados en la doctrina de la inmunidad judicial, establecida por la Corte Suprema en 1872 en el caso “Bradley v. Fisher”³³, los tribunales comenzaron a extender esta misma doctrina a los árbitros. Asimilando a los árbitros con los jueces, en 1880, un tribunal de Iowa resolvió que un árbitro no

puede ser demandado por daños; y pocos años más tarde la Corte Suprema de Massachusetts consideró a los árbitros dignos de esa protección, para preservar su independencia, imparcialidad y libertad de criterio, afirmando que éstos son “cuasi-jueces” y cumplen una función judicial³⁴.

En otros países del *common law* la situación es similar, entre ellos, es posible mencionar a Reino Unido, Australia³⁵, y Singapur.

En contraposición, en los países cuyo sistema jurídico está basado en el derecho romano, en general, la regla suele ser la responsabilidad de los árbitros³⁶ – incluso personal de las instituciones arbitrales– por incumplimiento de sus deberes.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina establece el principio general de la responsabilidad por daños y perjuicios de los árbitros³⁷. Ocurre de manera similar en Bolivia, El Salvador, España, Perú y Uruguay.

³¹ Roque J. Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo” *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje* N° 4 (2010 / 2011).

³² Roque J. Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo” *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje* N° 4 (2010 / 2011).

³³ Corte Suprema de los Estados Unidos de América, caso: Bradley v. Fisher, 80 U.S. (13 Wall.) 335, 20 L. Ed. 646 (1872).

³⁴ Roque J. Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo” *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje* N° 4 (2010 / 2011).

³⁵ V. Ley 97 de 2010, artículo 28.10, que dispone que los árbitros no son responsables por acciones u omisiones en que hubiesen incurrido de buena fe.

³⁶ Roque J. Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo” *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje* N° 4 (2010 / 2011): 133-134.

³⁷ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, DECRETO N° 1042/1981 – Boletín Oficial 27 de agosto de 1981, artículo 745.- La aceptación de los árbitros dará derecho a las partes para compelerlos a que cumplan con su cometido, bajo pena de responder por daños y perjuicios.

Somos de la opinión que apoya de alguna manera, sancionar por errores graves o inexcusables en el ejercicio de sus labores a intervinientes en el proceso arbitral, en cuyo caso debería evaluarse si tales errores se cometieron con dolo y además, solo si el cumplimiento de su deber no está sometido a incumplir deberes más primarios o violentar principios fundamentales de orden público. Esto lo aterrizamos con el incumplimiento del deber de confidencialidad que venimos refiriendo, pues, en ocasiones, está en juego no solo un deber arbitral sino también un deber social.

Respecto de las consecuencias de la infracción al deber de confidencialidad frente al laudo arbitral, es decir, si tal violación afecta la validez del laudo, Caivano explica que, en la mayoría de las legislaciones, si bien se admite que podría haber excepciones, se señala que “como regla general la violación del deber de confidencialidad por uno o más

árbitros no tiene repercusión en la validez del laudo arbitral”³⁸.

Si se quisiera encuadrar la violación al principio de confidencialidad entre alguna de las causales de nulidad de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, diríamos que la única que podría, eventualmente, invocarse es la contenida en el literal (a), numeral (iv)³⁹, la cual, conforme esta disposición el recurso de nulidad sería procedente si se prueba que “el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes”⁴⁰.

Esta causal deberá interpretarse, en cuanto al procedimiento se refiere, juntamente con la contenida en el numeral (ii), en tanto la infracción al procedimiento debe ser de una entidad tal que produzca una situación de indefensión o impida a alguna de las partes hacer valer

³⁸ Roque J. Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo” *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje* N° 4 (2010 / 2011): 147.

³⁹ Roque J. Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo” *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje* N° 4 (2010 / 2011): 148.

⁴⁰ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, artículo 34.2:

2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

- a) la parte que interpone la petición pruebe: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o
- b) el tribunal compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

sus derechos⁴¹. Sin embargo, advertimos que la invocación de esta norma para pretender la nulidad del laudo por infracción al deber de confidencialidad puede ser de difícil argumentación y declaratoria judicial.

V. El rol frente a evidencias de corrupción

Las dudas sobre la postura que debe tomar un árbitro ante la presencia de presuntos hechos al margen de la ley en el caso que le corresponde decidir, no es un debate reciente, debido a que estas situaciones se han adentrado en el mundo arbitral desde hace un par de décadas. Tales son los casos lamentables, de Concesionaria Ruta del Sol⁴², Lava Jato⁴³ y Odebrecht⁴⁴ presenciados en América Latina en los últimos años.

En cualquiera de las formas de presentación de la corrupción: en arbitraje comercial, cuando existen contratos que encubren pagos corruptos, buscando

dar una cobertura de legitimidad de los pagos; o cuando existen contratos precedidos por actos de corrupción, las alegaciones de corrupción acarrear serios debates éticos y consecuencias, tales como, la nulidad del contrato que se trata o hasta la declaratoria de falta de jurisdicción arbitral.

En arbitraje de inversión, cuando el inversor incurre en actos de corrupción o cuando el inversor se niega a hacer un pago corrupto a funcionarios del Estado, y ello se denuncia, pueden verse afectados los aspectos de fondo de un arbitraje de ese tipo.

En particular, algunos tribunales arbitrales han concluido que ciertos actos de corrupción pueden infringir los estándares de protección plasmados en los tratados de inversión⁴⁵.

Los arbitrajes de inversión no operan en una especie de éter jurídico, aislados de la realidad. Por consiguiente, los tribu-

⁴¹ Roque J. Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo” *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje* N° 4 (2010 / 2011): 148.

⁴² En Colombia en 2019 el Tribunal de Arbitramento declaró nulo el contrato para la construcción del tramo 2 del proyecto vial “Ruta del Sol” y sus adiciones por los hechos de corrupción que empañaron su adjudicación, el cual fue suscrito entre la Concesionaria Ruta del Sol SAS, -integrada por las firmas Odebrecht, Episol y CSS Constructores- y la Agencia Nacional de Infraestructura.

⁴³ En 2014, 24 personas fueron detenidas por la Policía Federal de Brasil por la red de lavado de dinero descubierta con “la Operación Lava Jato” donde se calcula la desviación de aproximadamente 2.250 millones de dólares desde la petrolera Petrobras hacia a la constructora Odebrecht. Posteriormente, las empresas que constituían dicha red fueron a arbitraje con el Estado peruano y ganaron 33 de los 41 arbitrajes, por lo cual se investigó por soborno a los árbitros involucrados.

⁴⁴ El 21 de diciembre de 2016 el Departamento de Justicia de Estados Unidos publicó documentos que revelan presuntos sobornos por 788 millones de dólares por parte de la constructora brasileña Odebrecht en 12 países de América Latina y África entre 2001 y 2016. Reconocido con el caso más grande de corrupción y destapado en 2016, alcanzó al arbitraje con la emisión de laudos arbitrales a favor de la empresa brasileña Odebrecht en perjuicio del Estado Peruano por la cantidad de 281 millones de dólares, y por lo cual se investigaron abogados, árbitros, funcionarios públicos en distintos países de América Latina.

⁴⁵ Joe Tirado y Alejandro I. García, “Las investigaciones de corrupción por autoridades gubernamentales y el arbitraje de inversión: los desafíos creados por la creciente convergencia de dos mundos hasta ahora (casi) separados”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, 21 (2014): 74.

nales arbitrales no pueden simplemente ignorar los temas más complicados o debatidos que se plantean frente a ellos.

En estos casos, los tribunales arbitrales tendrán que lidiar con el desafío procesal de asegurar un arbitraje y resultados que sean justos mediante un proceso eficiente. Los tribunales arbitrales están dotados de amplios poderes procesales, y pueden (y deben) usar tales atribuciones para ajustarse a la infinidad de situaciones que pueden surgir⁴⁶.

Tomando en cuenta que tanto que el juez como el árbitro están dotados de facultades y poder jurisdiccional, entre los que se encuentra, el de dirigir el proceso arbitral como lo consideren apropiado; pero recordando que el árbitro no tiene competencia para abrir investigaciones penales, por ello, cabe preguntarse si el árbitro puede remitir el caso a los tribunales con competencia penal.

Los tribunales arbitrales deben utilizar sus poderes para resolver de la forma más adecuada en las circunstancias del caso concreto las alegaciones de corrupción. En particular, dichos poderes dan la flexibilidad necesaria a un tribunal arbitral para valorar de la forma más adecuada, a la luz de las circunstancias del caso las pruebas⁴⁷ o indicios que ten-

gan sobre la corrupción. Por ejemplo, el árbitro puede ver en que tanto contamina al contrato el pago indebido.

En ese sentido, Tirado y García señalan que:

... en cumplimiento de su rol, los árbitros deberían considerar y evaluar, en las circunstancias del caso concreto, si tienen el deber de investigar alegaciones de corrupción o de denunciar indicios de corrupción a las autoridades competentes. Asimismo, deberían tener en cuenta las investigaciones gubernamentales de presunta corrupción y evaluar las pruebas obtenidas al seno de las mismas. Del mismo modo, los tribunales arbitrales deberían decidir qué medidas serían necesarias para proteger la información confidencial relacionada con investigaciones de corrupción⁴⁸.

Tomar estas medidas para proteger la información confidencial es realmente importante en aras de cumplir con las instituciones del arbitraje en la medida de las posibilidades, sin embargo, existe el peligro de considerar la confidencialidad como un instrumento que sirva para ocultar decisiones incorrectas, o caren-tes de ética, por parte de los árbitros, o ignorantes de los principios de base que

⁴⁶ Joe Tirado y Alejandro I. García, “Las investigaciones de corrupción por autoridades gubernamentales y el arbitraje de inversión: los desafíos creados por la creciente convergencia de dos mundos hasta ahora (casi) separados”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, 21 (2014): 91.

⁴⁷ Joe Tirado y Alejandro I. García, “Las investigaciones de corrupción por autoridades gubernamentales y el arbitraje de inversión: los desafíos creados por la creciente convergencia de dos mundos hasta ahora (casi) separados”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, 21 (2014): 91.

⁴⁸ Joe Tirado y Alejandro I. García, “Las investigaciones de corrupción por autoridades gubernamentales y el arbitraje de inversión: los desafíos creados por la creciente convergencia de dos mundos hasta ahora (casi) separados”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, 21 (2014): 90.

deben adornar el desarrollo del proceso arbitral⁴⁹.

Por otro lado, la “tolerancia cero” con la corrupción tiene un resultado paradójico, porque la parte que usa la defensa de la ilegalidad siempre queda en una posición mejor y beneficia finalmente del esquema de corrupción en el cual participó⁵⁰ (de ser el caso). Ignorar o dejar trascender hechos de corrupción por parte del tribunal arbitral puede conllevar a nulidad del laudo por contravención del orden público.

La jurisprudencia y la doctrina comparadas se han inclinado por interpretar la causal referida a la de manera restrictiva, aplicando únicamente si el laudo arbitral ofende los principios más básicos y explícitos de justicia y equidad del Estado o si existe evidencia ignorancia o corrupción intolerables por parte del tribunal arbitral.

En virtud de que no existen parámetros para la evaluación de los casos concretos inmersos en la comisión de presuntos hechos delictivos, somos partidarios de la creación de un instrumento de *soft law* que oriente especialmente a los árbitros y los miembros de instituciones arbitrales a la hora de responder ante estos casos. El mismo debería dirigir al establecimiento de entre otras, las siguientes ideas:

- (a) Las causales por las cuales los miembros del tribunal arbitral pueden estar en curso de incumplimiento grave de sus responsabilidades;
- (b) Cómo se deben valorar los indicios y las pruebas relacionadas con presuntos actos delictivos;
- (c) Si debe contactarse a las autoridades competentes para la apertura de las investigaciones pertinentes y de ser así, en que momento han de contactarse;
- (d) Debe o no informarse a las partes intervinientes que se colocará en conocimiento a las autoridades competentes de los indicios y las pruebas que sustentan la comisión de los presuntos hechos delictivos;
- (e) Si una vez resuelta la investigación del presunto hecho delictivo por parte de las autoridades competentes, debe el mismo tribunal arbitral designado conocer del asunto.

VI. Conclusiones

A nivel mundial, claramente, las instituciones más afectadas por la corrupción se encuentran en el poder judicial y ello ha sido contagiado al poder arbitral.

Las Naciones Unidas desde hace varias décadas se han propuesto “adoptar medidas urgentes y enérgicas para seguir luchando contra la corrupción en todas

⁴⁹ José Carlos Fernández Rozas, “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. II, N° 2 (2009): 347.

⁵⁰ Isabella Cannatà, “Reporte Evento CEA Nápoles”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, 31 (2018): 106.

sus manifestaciones” a través del establecimiento de instituciones fuertes en todos los niveles⁵¹. De tal manera, en los Objetivos de Desarrollo Sostenible – ODS– se tiene por meta reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas.

La corrupción en todos sus ámbitos es una plaga que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad y aunque las fórmulas para atacarla existen gracias al trabajo mancomunado de muchas instituciones a nivel mundial, como se puede mencionar a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, se requiere de unanimidad a la hora de enfrentar tal problema en la comunidad arbitral y principios fundamentales como la confidencialidad no pueden ser un freno para ello.

La esencia dinámica y evolutiva del arbitraje internacional permite que la comunidad arbitral se plantee como meta tangible un protocolo de acción frente a la comisión de un hecho delictivo que llega o transcurre en un proceso arbitral. Y no sólo se requiere actuar ante el hecho, sino también prevenirlo. Las fórmulas para cercar las malas prácticas existen y son múltiples; la voluntad y el trabajo en conjunto serán la clave para lograrlo.

⁵¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/66/288, El futuro que queremos, (11 de septiembre de 2012), https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=S.