

¿Qué hacer cuando la corrupción llega al arbitraje?

Una perspectiva ecuatoriana sobre el rol del árbitro y de las partes procesales

*Juan Francisco González Guarderas**

*Recibido/Received: 11/08/2018
Aceptado/Accepted: 12/08/2018*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El arbitraje y la administración de justicia. 3. La corrupción. 3.1 ¿Qué se entiende por corrupción? 3.2 ¿Qué es corrupción en el Ecuador? 4. Cuando potenciales actos de corrupción llegan al arbitraje. 4.1 El rol del árbitro ante la corrupción. 4.1.1 ¿El árbitro puede examinar y resolver respecto a actos de corrupción? 4.1.2 Límites reales y percibidos en el arbitraje cuando surgen actos de corrupción. 4.1.2.1 El mandato arbitral. 4.1.2.2 Competencia. 4.1.2.3 Confidencialidad. 4.1.2.4 Anulabilidad del laudo. 4.1.2.5 Obtención de pruebas. 4.1.3 ¿El árbitro tiene el deber de denunciar actos de corrupción? 4.2 El rol de las partes procesales y sus abogados ante la corrupción. 4.2.1 Buena y mala fe de las partes procesales. 4.2.2 Deber del servidor público ante la corrupción. 5. Riesgo de que la denuncia sea declarada maliciosa o temeraria. 6. Conclusiones.

* Asociado Senior de Pérez Bustamante & Ponce Abogados, firma en la que lidera el área de Cumplimiento Corporativo y Anticorrupción y donde además representa a clientes como abogado de parte en arbitrajes comerciales nacionales e internacionales y en arbitrajes de inversión. En el 2010 fue Asociado Internacional en White & Case LLP en Washington DC donde se enfocó en asesoría enfocada al arbitraje de inversiones. Es abogado graduado de la Universidad San Francisco de Quito y tiene una Maestría en Estudios Legales Internacionales de Georgetown University Law Center en Washington DC, Estados Unidos. Correo electrónico: jgonzalez@pbplaw.com

*¿Qué hacer cuando la corrupción llega al arbitraje?
Una perspectiva ecuatoriana sobre el rol del árbitro y de las partes procesales*

PALABRAS CLAVE: arbitraje, corrupción, cumplimiento corporativo, soborno, intermediarios.

KEYWORDS: arbitration, corruption, compliance, bribery, third-party intermediaries.

RESUMEN: El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias al que le aplica el principio constitucional y legal de denunciar y combatir la corrupción. Bajo este deber, el árbitro tiene la obligación de examinar y pronunciarse sobre actos de corrupción, cuando tales actos sean relevantes para tener un entendimiento claro de la controversia y además tiene la obligación de denunciar actos de corrupción ante las autoridades públicas. La corrupción es un concepto amplio mediante el cual se ejerce influencia indebida sobre servidores públicos y personas privadas. No todos los actos de corrupción están tipificados en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador. Bajo el mismo deber constitucional y legal, las partes procesales y los abogados de parte que actúan de buena fe también están llamados a denunciar actos de corrupción ante las autoridades públicas.

ABSTRACT: Arbitration is a conflict resolution mechanism that is regulated by the constitutional and legal duty to denounce and combat corruption. Under this duty, the arbitrator has the obligation to examine and issue rulings regarding acts of corruption when such acts are relevant for the arbitrator to have a clear understanding of the facts of the case. In addition, the arbitrator has the duty to denounce acts of corruption before public authorities. Corruption is a broad concept that covers acts of inappropriate exercise of influence over a government official or private person. Not all acts of corruption are classified as crimes under the Ecuadorian Comprehensive Organic Criminal Code. Under the same constitutional and legal duty, parties to arbitration and their attorneys that act in good faith must also denounce acts of corruption before public authorities.

1. INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene como propósito aportar con criterios sobre el manejo y procesamiento de actos de corrupción que se ventilan en procesos arbitrales en el Ecuador. Para cumplir con este objetivo, este texto analiza al arbitraje como mecanismo de resolución de controversias y, bajo esta función, el papel y deberes del árbitro, de las partes procesales de buena fe y de los abogados de parte en la lucha contra la corrupción.

El lector además encontrará un análisis de los principales límites y riesgos, reales o percibidos de que se ventilen los actos de corrupción en el proceso arbitral. Con esto, se busca que los practicantes del arbitraje tengan un entendimiento adecuado de cómo proceder cuando actos de corrupción puedan ser relevantes para resolver controversias arbitrales.

En esta investigación, el lector encontrará que hago uso del término “el árbitro” para referirme a los tribunales arbitrales de un solo árbitro, pero también a los tribunales conformados por más de un árbitro. Esto lo hago por dos razones: la primera, para facilitar la lectura de este escrito y segundo, de forma mucho más importante, porque estoy convencido que cada árbitro debe autoanalizar su posición respecto a la lucha contra la corrupción para luego expresarla y manifestarla en todas sus actuaciones procesales y profesionales.

2. EL ARBITRAJE Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Como sabemos, el arbitraje es un “[...] mecanismo alternativo de solución de conflictos [...]”¹. Si bien es cierto que el arbitraje sirve para resolver disputas concernientes a temas civiles y comerciales, no deja de ser cierto y, de hecho, es esencial que se tenga claro que el arbitraje sirve para administrar justicia. Como tal, el arbitraje es un servicio público que debe observar los dere-

1. Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), Art. 1, RO No. 417, 14/12/2006.

*¿Qué hacer cuando la corrupción llega al arbitraje?
Una perspectiva ecuatoriana sobre el rol del árbitro y de las partes procesales*

chos y garantías establecidos en la Constitución, los instrumentos internacionales y las leyes².

Según establece nuestra Constitución, entre los deberes y responsabilidades de los ecuatorianos, está el de “[...] denunciar y combatir los actos de corrupción”³. Bajo esta disposición todos los ciudadanos tenemos obligaciones amplias respecto a la lucha contra la corrupción. Con mayor razón, los abogados, en nuestras calidades de árbitros, secretarios arbitrales o abogados de parte (todos usuarios de un sistema de administración de justicia), tenemos que asumir nuestro rol para denunciar y combatir la corrupción.

3. LA CORRUPCIÓN

3.1 ¿Qué se entiende por corrupción?

La corrupción puede ser una o muchas cosas, dependiendo de cómo sea conceptualizado este término. La forma de corrupción más reconocida y probablemente la más relevante es la corrupción pública. Esto es, los actos relacionados a la influencia indebida sobre servidores públicos. Además, existe la corrupción privada que tiene que ver con el ejercicio de influencias indebidas sobre personas y entidades privadas.

El Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española define a la corrupción como el “[c]omportamiento consistente en el soborno, ofrecimiento o promesa a otra persona que ostenta cargos públicos, o a personas privadas, a los efectos de obtener ventajas o beneficios contrarios a la legalidad o que sean de naturaleza defraudatoria”⁴. Este Diccionario, como se puede notar, engloba dentro del concepto corrupción a las influencias indebidas sobre servidores públicos y también sobre personas privadas.

2. Véase, Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 17, RO No. 544, 9/3/2009.

3. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 83(8), RO No. 449, 20/10/2008.

4. Real Academia Española, *Diccionario del Español Jurídico*, <<http://dej.rae.es/#/entry-id/E82810>>, (05/8/2018).

Transparencia Internacional define a la corrupción como “el abuso del poder confiado para obtener ganancia privada”⁵. De acuerdo a esta organización no gubernamental, la corrupción se centra en las interacciones con servidores públicos y se puede subcategorizar en tres tipos:

- (i) Corrupción de gran escala que es aquella que consiste en actos cometidos en los más altos niveles de gobierno y que distorsiona las políticas o funciones de un estado;
- (ii) Los actos de corrupción menor que son aquellos que ocurren respecto a servidores públicos de niveles medios y bajos en sus interacciones con los ciudadanos ordinarios cuando quieren obtener acceso a servicios públicos, y;
- (iii) La corrupción política que es la manipulación de políticas, instituciones y reglas de procedimiento para la asignación de recursos por parte de tomadores de decisiones políticas que abusan de su posición para mantener poder, estatus y riqueza⁶.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción⁷, instrumento internacional del cual el Ecuador es signatario⁸, señala que “[c]ada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas” para tipificar los delitos de soborno en el sector privado y malversación o peculado de bienes también en el sector privado⁹. Se pone en evidencia un movimiento internacional hacia la tipificación de la corrupción privada. Es así que en varios países la corrupción privada está penalizada al igual que la corrupción pública¹⁰.

No existe un catálogo delimitado de los actos que se consideran corruptos. Cada país define qué tipo de actos se consideran corruptos y sancionables. Sin embargo, en la práctica se pueden

- 5. Traducción libre. Transparencia Internacional, *How do you define corruption*, <goo.gl/Y38cmw>, (5/8/2018).
- 6. *Ibidem*.
- 7. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004).
- 8. U.S. Department of State, *Archive*, <https://2001-2009.state.gov/p/inl/rls/fs/27301.htm>, (05/8/2018).
- 9. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, N. 7, Arts. 21 y 22.
- 10. M. HWANG y K. LIM, “Corruption in Arbitration — Law and Reality”, *Asian International Arbitration Journal*, No. 1, 2012.

*¿Qué hacer cuando la corrupción llega al arbitraje?
Una perspectiva ecuatoriana sobre el rol del árbitro y de las partes procesales*

identificar varios actos comúnmente reconocidos como corruptos tales como el soborno, pago de comisiones clandestinas, malversación de fondos, extorsión, lavado de activos, tráfico de influencias.

Así también, existen algunos tipos de actos que, no estando dentro de la concepción más tradicional de corrupción, pueden llegar a ser corruptos, tales como el robo, facturación fraudulenta, cobranza fraudulenta, alteración de libros y registros contables, trabajo forzado, plagio, fijación de precios, entre tantos otros tipos de actos que contienen el elemento esencial de obtención de beneficio a través del ejercicio de influencias indebidas.

Sea que entendamos a la corrupción en sentido restringido, como el uso de influencias indebidas sobre servidores públicos o en sentido amplio, como el uso de influencias indebidas también sobre personas privadas, es incuestionable que desde una óptica jurídica y también desde una perspectiva puramente ética, todos los ciudadanos debemos combatir la corrupción cada quien desde su lugar en la sociedad.

En esta investigación, me refiero a la corrupción en el sentido más amplio posible puesto que, si bien reconozco que la corrupción pública tiende a causar un mayor nivel de daño a la sociedad y a los ciudadanos, también considero que la corrupción privada puede llegar a causar efectos igualmente de graves, distorsionadores, perjudiciales para las personas y su forma de interactuar entre sí, de manera específica, en los negocios que es en el ambiente respecto al cual aplica el arbitraje.

3.2 ¿Qué es corrupción en el Ecuador?

No existe una norma ecuatoriana que defina la corrupción a pesar de que este término es ampliamente utilizado en la Constitución, leyes orgánicas, leyes, reglamentos y otras normas locales. Esta falta de definición implica que no resulte fácil delimitar qué actos se consideran corruptos y qué actos no lo son.

Lo que sí está señalado en nuestro ordenamiento jurídico, y de forma particular en la Constitución, es los deberes del Estado y las obligaciones de los ciudadanos respecto a la corrupción. Además de que la Constitución establece que es obligación de los ciudadanos denunciar y combatir la corrupción, es relevante mencionar que es un deber primordial del Estado garantizar a sus habitantes el derecho a vivir en una sociedad libre de corrupción¹¹.

Por otra parte, el Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP) contiene una sección que tipifica los “delitos contra la eficiencia de la administración pública”¹² en donde se han insertado la mayoría de actos que comúnmente se consideran como corruptos, entre estos, peculado, enriquecimiento ilícito, cohecho, concusión, tráfico de influencias y testaferrismo. Adicionalmente, el COIP tiene una sección que tipifica los delitos contra el régimen de desarrollo entre los que está el enriquecimiento privado injustificado¹³ y otra sección que tipifica los delitos económicos¹⁴ entre los que está el lavado de activos; ambos delitos considerados comúnmente como delitos de corrupción.

Respecto a los delitos de corrupción, como para el resto de delitos, y en congruencia con la obligación constitucional de denunciar y combatir la corrupción, el COIP establece que “[l]a persona que llegue a conocer que se ha cometido un delito de ejercicio público de la acción, podrá presentar su denuncia ante la Fiscalía [...]”¹⁵.

Para este análisis, es relevante mencionar que, de acuerdo al COIP, los servidores públicos tienen un nivel de responsabilidad aun mayor que el establecido para los privados respecto a la denuncia de actos de corrupción.

11. Constitución de la República del Ecuador, N. 3, Art. 3(8).

12. Código Orgánico Integral Penal (COIP), Título IV, Capítulo V, Sección 3era, RO Sup. No. 180, 10/2/2014.

13. COIP, N. 12, Título IV, Capítulo V, Sección 5ta, Art. 297.

14. COIP, N. 12, Título IV, Capítulo V, Sección 8va, Art. 317.

15. COIP, N. 12, Art. 421.

*¿Qué hacer cuando la corrupción llega al arbitraje?
Una perspectiva ecuatoriana sobre el rol del árbitro y de las partes procesales*

Deber de denunciar.- Deberán denunciar (que se ha cometido un delito) quienes están obligados a hacerlo por expreso mandato de la ley, en especial:

1. La o el servidor público que, en el ejercicio de sus funciones, conozca de la comisión de un presunto delito contra la eficiencia de la administración pública¹⁶.

La sanción que aplica a los servidores públicos que no cumplan con su deber de denunciar es pena privativa de libertad de quince a treinta días¹⁷.

Otra disposición del COIP que cabe mencionar para este estudio, y que de alguna manera puede explicar por qué los ciudadanos en general y los usuarios del sistema arbitral en particular tienen aversión a denunciar actos de corrupción es el riesgo a que sus denuncias sean declaradas maliciosas o temerarias¹⁸ que podrían resultar en acciones y sanciones penales y reparatorias en contra del denunciante.

4. CUANDO POTENCIALES ACTOS DE CORRUPCIÓN LLEGAN AL ARBITRAJE

Existen varios momentos y circunstancias en los que posibles actos de corrupción (pública o privada) llegan a conocimiento del árbitro. Respecto al momento en que el árbitro toma conocimiento de posibles actos de corrupción, esto puede suceder *antes* del arbitraje y, en tal caso, ese acto potencialmente corrupto será parte de los hechos del caso, o, el posible acto de corrupción pudo haber ocurrido *durante* el proceso arbitral y, en tales circunstancias, el árbitro deberá tratar el potencial acto corrupto como un incidente del proceso.

A continuación, presento una lista ejemplificativa de escenarios en los que el árbitro puede llegar a tener conocimiento de posibles actos de corrupción ocurridos *antes de que inicie el arbitraje*:

16. COIP, N. 12, Art. 422(1).

17. COIP, N. 12, Art. 277.

18. COIP, N. 12, Arts. 431, 271, 606 y 649.

- La parte actora demanda la terminación del contrato alegando que se han cometido actos de corrupción y que tales actos, bajo el contrato, son causales de terminación;
- Una parte demanda la nulidad de un contrato por supuestos actos de corrupción;
- Las pruebas presentadas sugieren que un contrato (sea este público o privado) fue adjudicado a través del pago de sobornos, extorsión o tráfico de influencias y dicho contrato público tiene cláusula arbitral;
- Las pruebas presentadas sugieren que un contrato (público o privado) fue adjudicado a través del pago de sobornos, extorsión o tráfico de influencias y la validez de ese contrato público tiene relevancia para la validez y ejecución de un contrato privado (por ejemplo, un subcontrato de un contrato público);
- Una de las partes procesales insinúa (con o sin buena fe) que la otra parte procesal habría cometido actos de corrupción;
- El árbitro infiere que las dos partes procesales cometieron en su momento actos colusorios que dieron lugar a la firma del contrato respecto al cual ahora las mismas partes han llegado al arbitraje; o
- Un agente demanda a su contraparte contractual el pago de comisiones y existen indicios de que el contrato de agencia fue utilizado para pagar sobornos a funcionarios públicos.

Como lo afirman varios expertos del arbitraje¹⁹ y, como conocemos además quienes ejercemos la profesión en el área de *compliance*, es particularmente frecuente el pago de sobornos mediante la suscripción de contratos de intermediación, consultoría, corretaje, agencia o similares a través de los cuales se esconde la verdadera intención del contratante, que es, ejercer influencia indebida sobre un tercero. De hecho, de acuerdo a las estadísticas de aplicación de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos (FCPA, por sus siglas en inglés), el uso de intermediarios es la forma más frecuentemente utilizada para ca-

19. Véase, F. MANTILLA ESPINOSA, “El árbitro y la lucha contra la corrupción en el comercio internacional”, *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 7, 2007; A. REDFERN; M. HUNTER; N. BLACKABY y C. PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5ta Ed., 2009.

*¿Qué hacer cuando la corrupción llega al arbitraje?
Una perspectiva ecuatoriana sobre el rol del árbitro y de las partes procesales*

nalizar el pago de sobornos²⁰. Este hecho significa que el árbitro debe dedicar particular atención a contratos con terceros cuando existan sospechas de prácticas corruptas.

Para poder contextualizar este análisis, a continuación, presento una lista ejemplificativa de casos de corrupción que podrían darse *durante* el arbitraje:

- Una de las partes intenta influenciar indebidamente al árbitro a través del pago de sobornos o extorsión;
- Una de las partes intenta influenciar indebidamente a funcionarios del centro arbitral a través del pago de sobornos o extorsión;
- Una de las partes intenta influenciar indebidamente a un perito/experto o a un testigo a través del pago de sobornos o extorsión;
- Una de las partes hace un regalo o invita a una comida o evento al árbitro;
- Una de las partes soborna a un juez para que suspenda o incide un proceso arbitral.

4.1 El rol del árbitro ante la corrupción

Cuando un árbitro llega a tener conocimiento de actos potencialmente corruptos, las preguntas que surgen son: ¿qué debe y puede hacer el árbitro ante tales hechos? Para zanjar estas preguntas, es relevante que analicemos el campo de acción del árbitro y los límites de esa actuación en el contexto de manejo de actos potencialmente corruptos.

20. Stanford Law School, *Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse*, <<http://fcpa.stanford.edu/statistics-keys.html>>, (10/08/2018).

4.1.1 *¿El árbitro puede examinar y resolver respecto a actos de corrupción?*

¿Puede y debe el árbitro entrar a examinar actos que sean potencialmente corruptos y tomar resoluciones cuando los encuentre?

Es incuestionable la importancia del arbitraje para resolver conflictos comerciales de todo tipo y tamaño. De hecho, el árbitro se ha convertido en el “juez natural”²¹ de los conflictos comerciales. Esto se debe a que uno de los atributos del arbitraje es que el juzgador es una persona especializada en el comercio y en los negocios. Siendo así, es necesario que el árbitro esté preparado para conocer y tomar decisiones respecto a formas fraudulentas de manejar los negocios.

Vale mencionar que, en el arbitraje internacional, hace años existía la noción de que el árbitro no debía arbitrar el caso si las partes habían cometido actos de corrupción. En un caso de estudio muy conocido, el árbitro llegó a esta conclusión porque consideró que, con sus actos corruptos, las partes procesales habían “renunciado al derecho de pedir asistencia de la maquinaria de justicia”²². En la actualidad, esta posición respecto a la arbitrabilidad de la corrupción, en el ámbito internacional ha cambiado. Ahora se reconoce ampliamente que el árbitro debe examinar las alegaciones de corrupción cuando surjan dentro del proceso²³.

Siendo el fenómeno de la corrupción algo tan frecuente en los negocios y en el comercio, mal haría el árbitro en desconocer su rol como “juez natural del comercio internacional”²⁴ o nacional por extensión. Como ya se ha planteado, el árbitro puede encontrar elementos de corrupción entre los hechos del caso o incluso puede enfrentar actos de corrupción mientras se lleva a cabo el arbitraje.

21. F. MANTILLA ESPINOSA, N. 19.

22. ICC, *Caso No. 1110 (Caso Lagergren)*, 1963.

23. Véase, A. REDFERN; M. HUNTER; N. BLACKABY y C. PARTASIDES, N. 19; M. HWANG y K. LIM, N. 10.

24. F. MANTILLA ESPINOSA, N. 19.

*¿Qué hacer cuando la corrupción llega al arbitraje?
Una perspectiva ecuatoriana sobre el rol del árbitro y de las partes procesales*

Se ha dicho, en el contexto del arbitraje internacional que el árbitro debe ser un catalizador de la “moralidad de los negocios internacionales y luchar contra el flagelo de la corrupción”²⁵. Esta afirmación es y debe ser igualmente aplicable en el contexto del arbitraje local.

Asentando esta discusión desde una perspectiva práctica, si dentro de un proceso arbitral se discute sobre potenciales actos de corrupción, es probable que una o ambas partes estén involucradas en el cometimiento de ese tipo de actos y, en tal situación, las partes se muestren renuentes a cooperar con el árbitro para que éste logre llegar a identificar intenciones o actos fraudulentos. La falta de cooperación de una o ambas partes procesales responsables de actos de corrupción puede presentar complicaciones para el árbitro dentro del proceso puesto que le resultará complicado obtener pruebas para entender a profundidad el alcance de los actos de corrupción y sus efectos en la controversia.

En esta misma línea de ideas, podría ocurrir que el árbitro sea amenazado por una o ambas partes procesales con posibles acciones legales en su contra si entra a analizar elementos de corrupción. La experiencia indica que este tipo de amenazas rara vez llegan a materializarse y que son comúnmente estrategias procesales que pretenden coartar el acceso a la verdad.

Se pueden pensar en varios escenarios en los que las partes procesales no cooperen con el árbitro para que éste llegue a la verdad. Probablemente esta complicación se magnifica cuando una o más partes procesales han cometido actos de corrupción que exceden el ámbito arbitral y pueden llegar al ámbito penal. Por ello, en casos de corrupción, el árbitro debe actuar con cautela y prolijidad, pero también con valentía y astucia.

Una vez reconocido el rol que tiene el árbitro como persona que resuelve conflictos de negocios en los que pueden involucrarse actos de corrupción, la discusión en la actualidad es determinar en qué medida el árbitro debe o puede realizar tal

25. *Ibidem*.

examinación de los hechos potencialmente corruptos²⁶ y cuáles deben ser los efectos de actos corruptos en contratos que contienen una cláusula arbitral²⁷.

Existen varios casos arbitrales²⁸, y también doctrina que analiza este tema²⁹, en que los árbitros han tratado temas de corrupción como parte del fondo de la controversia y, en esos procesos, los árbitros se han pronunciado respecto a cuáles deben ser los efectos contractuales y patrimoniales de los actos de corrupción.

Existe una distinción importante en cuanto a los efectos de la corrupción en los contratos. La doctrina distingue las sanciones civiles que se deben aplicar a los contratos *obtenidos a través de* actos de corrupción de las sanciones civiles que se les debe aplicar a los contratos que *posibilitan cometer* actos de corrupción. Mientras que respecto a los primeros existe objeto y causa lícitos y, posiblemente una parte que ha actuado de buena fe, en los segundos el objeto y la causa son claramente ilícitos, esto es, corromper mediante un acuerdo colusorio. Por ello, el efecto civil que se les aplica a los contratos que posibilitan actos de corrupción es la *nulidad*, mientras que el efecto que se aplica a los contratos obtenidos a través de la corrupción dependerá de la voluntad de la parte que ha actuado de buena fe, que puede ser la anulación del contrato o la convalidación de este³⁰.

El concepto de separabilidad de la cláusula arbitral permite que el árbitro pueda conocer el proceso aun cuando en este se esté discutiendo si el contrato es nulo o ilegal³¹. Este concepto ha sido ampliamente aceptado en el arbitraje internacional y también en

26. D. BAIZEAU y T. HAYES, "The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte", en A. MENAKER (Ed.), *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution to Conformity*, ICCA Congress Series, Vol. 19, Kluwer Law International, 2017.
27. Véase, J. JARAMILLO, "Corrupción, orden público y Convención de Nueva York: Su aplicación en el Arbitraje Comercial Internacional", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014; A. REDFERN; M. HUNTER; N. BLACKABY y C. PARTASIDES, N. 19.
28. En el artículo de B. DOIG y G. RIVAS, *Arbitraje de la corrupción*, <goo.gl/iusQLG>, (05/09/2018), se citan varios al respecto entre los que constan: ICC Case No. 4145 (1983 y 1984) y ICC Case No. 6286 (1991).
29. B. DOIG y G. RIVAS, N. 28; M. HWANG y K. LIM, N. 10.
30. J. FERNÁNDEZ ARMESTO, *La lucha contra la corrupción desde el arbitraje*, VI conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje, 2018; J. JARAMILLO, N. 27.
31. M. HWANG y K. LIM, N. 10.

*¿Qué hacer cuando la corrupción llega al arbitraje?
Una perspectiva ecuatoriana sobre el rol del árbitro y de las partes procesales*

el ámbito nacional. Por ello, es sostenible que, respecto al cometimiento de corrupción en los contratos, el árbitro tiene la autoridad para resolver sobre la nulidad o ilegalidad del contrato³².

Respecto a la declaración de nulidad del contrato por corrupción, conviene mencionar que, el árbitro solamente podrá llegar a tal determinación si es que una parte procesal ha solicitado ese remedio. Si el árbitro inobserva esta limitación, podría exponer el laudo a una declaración de nulidad por resolver más allá de lo solicitado por las partes (extra petita)³³.

4.1.2 Límites reales y percibidos en el arbitraje cuando surgen actos de corrupción

Para poder precisar cuál es el campo de acción que tiene el árbitro antes potenciales actos de corrupción, a continuación se examinan algunos de los aspectos que se discuten entre los practicantes del arbitraje como posibles límites para que el árbitro pueda conocer y resolver sobre actos de corrupción.

4.1.2.1 El mandato arbitral

El primer asunto que se toma en cuenta cuando surge un elemento de corrupción en el proceso arbitral es si el mandato arbitral otorgado al árbitro le permite analizar tal elemento y resolver al respecto. Es claro que el árbitro está sujeto a un mandato otorgado por las partes procesales mediante el cual debe impartir justicia siguiendo las reglas y límites establecidos en la cláusula arbitral que le da competencia y también los límites determinados por la ley aplicable.

El árbitro debe considerar, evaluar y pronunciarse sobre todos los elementos que sean aportados al proceso arbitral que le sirvan para cumplir con el mandato otorgado por las partes. Como administrador de justicia, el árbitro no puede ni debe dejar de lado elementos probatorios que sean relevantes para resolver

32. A. REDFERN; M. HUNTER; N. BLACKABY y C. PARTASIDES, N. 19.

33. F. MANTILLA ESPINOSA, N. 19.

la controversia. En ocasiones, estos elementos tendrán que ver con actos fraudulentos que tienen la intención de favorecer la posición de una o de ambas partes procesales. Puede llegar a ser incómodo para el árbitro el analizar y pronunciarse sobre potenciales actos de corrupción, pero aquello es necesario para que el árbitro tenga una imagen completa de los hechos del caso o de las intenciones de las partes de cara a resolver la controversia.

En términos abstractos, se puede pensar que el mandato arbitral impide que el árbitro analice o resuelva sobre aspectos que no guarden relación inmediata con los petitorios del demandante y las excepciones del demandado. Si bien es cierto que el árbitro no puede resolver respecto a cuestiones no sometidas al arbitraje, tampoco deja de ser cierto que el actuar ético (o antiético) de las partes procesales usualmente está conectado estrechamente con el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones contractuales que es lo que se discute en un proceso arbitral. Siempre que los posibles actos de corrupción guarden relación y tengan relevancia para resolver la controversia, el árbitro tiene la obligación de hacer sus mejores esfuerzos para analizar tales circunstancias. Incluso, el árbitro puede fundamentar sus decisiones en base a argumentos que no han sido planteados por las partes procesales³⁴.

En determinadas circunstancias, será absolutamente necesario que el árbitro entre a analizar si se realizaron actos de corrupción para así poder resolver la controversia que está bajo su mandato. Este es el caso de los actos nulos de pleno derecho por expresa prohibición de ley³⁵. Por ejemplo, un contrato que tenga por objeto crear un vehículo societario para sobornar a un funcionario público será nulo de pleno derecho. En tales circunstancias, un árbitro que conozca una controversia bajo ese contrato no podría hacer otra cosa que entrar a analizar las intenciones corruptas de los participantes en ese negocio.

34. Véase, E. GAILLARD y J. SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999; M. HWANG y K. LIM, N. 10.

35. Código Civil, Arts. 9 y 10, RO Sup. No. 46, 24/06/2005.

Tanta es la importancia que tiene para la lucha contra la corrupción el rol que desempeñe el árbitro que los autores HWANG y LIM han afirmado que:

[...] el tribunal que descubra evidencia de corrupción de oficio y logra hacer hallazgos relevantes no está dando a las partes 'más de lo que negociaron', defensas o contrademandas. Más bien está verificando, con rigurosidad y de forma fiel, si sus demandas, defensas y contrademandas que le han sido presentadas para su resolución, al aplicar (como debe hacerlo) las consecuencias de ilegalidad que derivan de un hallazgo de corrupción bajo la ley aplicable³⁶.

Sin embargo, si el acto potencialmente corrupto que se presenta explícita o implícitamente en el arbitraje no guarda relación con la litis del mismo y las alegaciones de corrupción no son determinantes para la emisión del laudo arbitral, el árbitro no tendrá ninguna obligación de analizar o pronunciarse sobre el acto potencialmente corrupto, pues ello excedería el campo de acción de su mandato³⁷. Emitir un pronunciamiento sobre aspectos que no son relevantes para la litis, expondrían el laudo a anulación.

Paralelamente, cuando un árbitro tiene una actitud excesivamente celosa o inquisitiva por encontrar actos de corrupción cuando no existen razones fundamentadas para sospechar que han ocurrido tampoco se está satisfaciendo el mandato arbitral. Una actitud relajada del árbitro respecto a posibles actos de corrupción es igual de mala que una actitud innecesariamente cuestionadora respecto a este tipo de actos³⁸.

4.1.2.2 Competencia

Un segundo asunto que se discute entre los practicantes del arbitraje es si el árbitro tiene competencia para analizar actos de corrupción.

36. Traducción libre. M. HWANG y K. LIM, N. 10.

37. Caso CIADI, *FWO v. Trinidad and Tobago*, No. ARB/01/14, 2014. Citado por D. BAIZEAU y T. HAYES, N. 26.

38. M. HWANG y K. LIM, N. 10

A este respecto, es necesario indicar con claridad que el árbitro no tiene competencia para determinar la existencia (o inexistencia) de actos de corrupción que están tipificados en el COIP. El titular de la acción penal pública para perseguir el cometimiento de delitos tipificados en el COIP es la Fiscalía³⁹ y solamente los jueces de garantías penales⁴⁰ pueden determinar si una persona o entidad⁴¹ es responsable del cometimiento de delitos tipificados en el COIP. Esta es una evidente limitación para el árbitro puesto que su capacidad decisoria se debe limitar al ámbito civil⁴² y nunca debe llegar a emitir pronunciamientos en el ámbito penal⁴³.

Lo que sí puede y debe hacer el árbitro, en su análisis de los hechos del caso y emisión del laudo, es utilizar sentencias penales ejecutoriadas por delitos de corrupción. Cuando el sistema de garantías penales haya emitido un pronunciamiento final, el árbitro tendrá argumentos contundentes para determinar los efectos civiles de actos de corrupción en los negocios. Vale indicar que el árbitro no puede utilizar sentencias penales que no estén ejecutoriadas ya que con ello estaría atentando contra el principio constitucional de inocencia⁴⁴.

A pesar de que el árbitro no tiene la autoridad para determinar si una persona o entidad han cometido una infracción tipificada en el COIP, es relevante resaltar que la corrupción abarca un número de actos que son mucho más amplios que los tipificados en el COIP. Como ya se dijo, la corrupción en sentido amplio es la aplicación fraudulenta de influencias para obtener beneficios ilegítimos. En tal sentido, el árbitro no está impedido de pronunciarse cuando identifique que una de las partes procesales o un tercero cometieron o pudieron haber cometido actos de corrupción y que tales actos deben ser considerados como relevantes para resolver la controversia.

39. Véase, Constitución de la República del Ecuador, N. 3, Art. 195 y COIP, N. 12, Art. 442.

40. Véase, Código Orgánico de la Función Judicial, N. 2, Arts. 221 y 225.

41. Las personas jurídicas son responsabilizables penalmente por los delitos de cohecho, tráfico de influencias y testaferrismo.

42. Véase, J. FERNÁNDEZ ARMESTO, N. 30.

43. Véase, J. JARAMILLO, N. 27.

44. Constitución de la República del Ecuador, N. 3, Art. 76.

*¿Qué hacer cuando la corrupción llega al arbitraje?
Una perspectiva ecuatoriana sobre el rol del árbitro y de las partes procesales*

En síntesis, el árbitro no puede pronunciarse respecto a actos de corrupción si se limita el alcance de este concepto a los actos tipificados en el COIP. Sin embargo, el árbitro sí puede y debe pronunciarse cuando actos de corrupción, entendido este concepto en sentido amplio, son relevantes para resolver la controversia.

4.1.2.3 Confidencialidad

Otro aspecto del que se discute cuando se analizan los límites de las actuaciones arbitrales frente a actos de corrupción es la confidencialidad. Algunos usuarios del sistema arbitral consideran que, por cuanto el arbitraje es confidencial, el árbitro está impedido de revelar información del proceso a terceros, incluyendo a las autoridades públicas.

Si bien es cierto que cuando las partes han pactado confidencialidad en el arbitraje, el árbitro no puede revelar a terceros información sobre el proceso, también es cierto que la confidencialidad solamente puede versar sobre actos lícitos⁴⁵. La confidencialidad se desvanece cuando se han cometido actos ilícitos.

Más aun, el ordenamiento jurídico ecuatoriano es claro respecto al deber de denunciar y combatir actos de corrupción. Este deber, que es de nivel constitucional, es superior a cualquier convención de confidencialidad. Al respecto, la obligación de denunciar actos de corrupción “se antepone a cualquier obligación expresa o implícita de confidencialidad” y que, aun cuando no existiere una obligación expresa de denunciar, tal acto de denunciar estaría cubierto por el interés público de administrar justicia⁴⁶.

Esto significa que cuando una de las partes procesales o un tercero han obrado por fuera de la ley, y de forma más puntual, cuando las actuaciones de las partes procesales o de terceros se

45. Código Civil, N. 35, Art. 1461(3)(4).

46. Traducción libre. M. HWANG y K. LIM, N. 10.

configuran dentro de uno de los tipos penales de corrupción contenidos en el COIP, la confidencialidad deja de ser un límite para el árbitro. Esa información sobre el probable cometimiento de un delito de corrupción puede ser la base de una denuncia que debe ser planteada ante la Fiscalía.

4.1.2.4 *Anulabilidad del laudo*

Un cuarto aspecto que podría limitar las actuaciones del árbitro ante posibles actos de corrupción es el temor a que se le aplique la causal de anulación establecida en la Ley de Arbitraje y Mediación según la cual se puede intentar acción de nulidad de laudo cuando “[e]l laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado”⁴⁷.

Para analizar este riesgo se debe considerar primero que el rol del árbitro es impartir justicia. Para ello, el árbitro necesariamente tendrá que entender y analizar a profundidad los actos de las partes procesales y evaluar esos actos a la luz de las normas aplicables (si el arbitraje es en derecho). Mediante este proceso mental, el árbitro puede hacer un juicio de valor sobre los actos de las partes procesales y las consecuencias legales de estos para poder dictar un laudo que sea justo y apegado a la ley. Cuando el árbitro realiza juicios de valor, el árbitro necesariamente meditará sobre la buena fe o la mala fe de una o ambas partes procesales. Los actos de corrupción se encasillan dentro de el catálogo de actos de mala fe que debe analizar el árbitro.

Como ya se ha dicho, el árbitro no puede resolver en su laudo que una parte ha cometido cohecho, peculado, tráfico de influencias o cualquier otro de los delitos en contra de la administración pública que están contenidos en el COIP ya que los jueces y tribunales de garantías penales tienen competencia privativa para ello.

47. LAM, N. 1, Art. 31(d).

*¿Qué hacer cuando la corrupción llega al arbitraje?
Una perspectiva ecuatoriana sobre el rol del árbitro y de las partes procesales*

Sin embargo, nada impide que el árbitro llegue a la conclusión de que una parte procesal (o ambas) ha actuado de mala fe con la intención de influenciar indebidamente a un tercero, lo cual a mi criterio es un ejemplo de corrupción en sentido amplio. A la misma vez, cuando el árbitro considere que existen indicios del cometimiento de un delito, especialmente contra la administración pública, corresponde que lo denuncie ante la Fiscalía⁴⁸.

4.1.2.5 Obtención de pruebas

Un posible límite práctico al que se enfrenta el árbitro en relación a actos potencialmente corruptos es la obtención de pruebas que corroboren o desvanezcan el cometimiento del supuesto acto ilegal. La pregunta relevante que surge sobre este problema es hasta qué punto el árbitro tiene la capacidad de ordenar la práctica de pruebas que tengan que ver con actos potencialmente corruptos.

Es claro que las partes deben presentar pruebas encaminadas a demostrar el mérito de sus argumentos y que el árbitro puede ordenar la práctica de pruebas adicionales encaminadas a obtener los elementos de juicio que le permitan resolver la controversia⁴⁹. Como el árbitro debe procurar llegar a tener criterios definidos respecto a si las partes han actuado de mala fe y, potencialmente, han cometido actos de corrupción, es necesario que el árbitro ordene la realización de pruebas que apunten a demostrar o desvanecer cualquier acto de mala fe que tenga relevancia para la controversia.

Un tema que se debe tomar en cuenta sobre la obtención de pruebas relacionadas con actos de corrupción es la dificultad de tal actividad. Se sabe que, respecto a la corrupción, es “notoriamente difícil obtener pruebas ya que, típicamente hay poca o nula evidencia física”⁵⁰. Por ello resulta particularmente necesario que el árbitro utilice los poderes que le otorga la ley para obtener las pruebas que necesita para emitir su laudo. A este respecto vale

48. COIP, N. 12, Art. 421.

49. LAM, N. 1, Art. 23.

50. CIADI, *EDF (Services Limited) v. Rumania*, Caso No. ARB/05/13, 2009.

tomar nota que los practicantes de *compliance* que tenemos experiencia con investigaciones internas nos valemos de varias herramientas tecnológicas altamente sofisticadas para identificar elementos probatorios de actos de corrupción. Los árbitros deberían tener en cuenta la existencia de tales herramientas para cumplir con su mandato.

En los procesos arbitrales ocurre que el árbitro no hace uso de su capacidad de solicitar diligencias probatorias adicionales para mejor proveer, como lo permite la Ley de Arbitraje y Mediación⁵¹. Esto sucede, comúnmente, porque el árbitro teme que su petición de pruebas adicionales pueda ser considerada como prevaricato⁵² por la parte procesal a quien perjudica la prueba solicitada por el árbitro. Usualmente, cuando una parte amenaza al árbitro con demandarlo por prevaricato, lo hace como estrategia de intimidación y no con fundamento ni mucho menos con reales intenciones de denunciar al árbitro.

Los mismos temores de anulabilidad que tienen los árbitros locales, según sostienen BAIZEAU y HAYES, los tienen los árbitros en el entorno internacional. Estas preocupaciones, afirman las autoras, no deben impedir que los árbitros investiguen sobre supuestos actos de corrupción, siempre que observen los principios fundamentales del debido proceso⁵³.

Consideremos un escenario en el que una parte procesal acuse informalmente a la otra ante el árbitro por supuestos actos de corrupción y que esa denuncia sea absoluta y demostrablemente frívola (escenario que se repite con alguna frecuencia). Si es que el árbitro tomase la alternativa de no buscar pruebas que confirmen o desvanezcan la acusación de corrupción, estaría dejando sin consecuencia un acto de deslealtad procesal. Tal omisión podría considerarse, bajo determinadas circunstancias, como un incumplimiento del mandato arbitral de administrar justicia por parte del árbitro.

51. LAM, N. 1, Art. 23.

52. COIP, N. 12, Art. 268.

53. D. BAIZEAU y T. HAYES, N. 26.

*¿Qué hacer cuando la corrupción llega al arbitraje?
Una perspectiva ecuatoriana sobre el rol del árbitro y de las partes procesales*

Todo árbitro diligente y justo debe tomar las medidas que sean necesarias para respetar el debido proceso de las partes procesales y su derecho a ser escuchadas oportunamente. Siempre que cumpla con tal obligación, no debe temer que las pruebas ordenadas tiendan a favorecer a una parte procesal y perjudicar a la otra⁵⁴.

4.1.3 ¿El árbitro tiene el deber de denunciar actos de corrupción?

Cuando el árbitro llega a la convicción de que se ha cometido un acto de corrupción, éste debe decidir qué hacer con la información recabada. Puede optar por no utilizar esa información para emitir su propio laudo, puede limitarse a utilizar esa información para emitir su laudo arbitral, o, puede dar un paso adicional y reportar sobre estos potenciales actos a las autoridades.

El árbitro puede cumplir con su mandato arbitral y a la misma vez cumplir con una tarea cívica más amplia si, de su actividad arbitral logra identificar pruebas concluyentes sobre el cometimiento de actos de corrupción y las traslada a la Fiscalía. En temas probatorios la labor del árbitro debe ser vista como de apoyo al sistema procesal penal.

Es necesario comentar que este no es un tema pacífico entre los practicantes del arbitraje internacional. De hecho, el deber que tiene los árbitros de denunciar actos de corrupción es todavía un tema “algo controversial” porque mientras algunos piensan que el acto de denunciar no es compatible con la privacidad del arbitraje, otros consideran que el árbitro tiene un deber con la comunidad que va más allá del deber que tiene con las partes procesales⁵⁵.

54. CIADI, *Metal-Tech Ltd. c. Republica de Uzbekistan* (Caso No. ARB/10/3), 04/10/2013.

55. A. MOURRE, “Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator”, *Arbitration International*, Vol. 22, No. 1, 2006; y T. K. SPRANGE QC, “Corruption in Arbitration: Sua Sponte Investigations – Duty to Report”, en D. BAIZEAU y R. H. KREINDLER, *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2015. Ambos citados por D. BAIZEAU y T. HAYES, N. 26.

Esta controversia se supera en el arbitraje ecuatoriano si se toma en cuenta que, de acuerdo a la Constitución y al COIP del Ecuador, los ecuatorianos tenemos el deber de denunciar y combatir a la corrupción. Esta posición es compartida, dentro del arbitraje internacional por SPRANGE quien afirma que “si existe un deber (de denunciar), este debe venir de una ley, regulación o similar y no de la opinión de la comunidad arbitral”⁵⁶.

Si es que un árbitro denuncia actos de potencial corrupción ante la Fiscalía, es posible que tal denuncia le acarree complicaciones de distintos tipos y magnitudes. Sin embargo, el rol de administrador de justicia que tiene el árbitro implica que debe, además de hacer cumplir la ley a las partes, también cumplir con las obligaciones que la ley le establece. El papel del árbitro reviste mucha responsabilidad, además de conocimientos sofisticados. El que el árbitro cumpla con su deber de denunciar actos de corrupción ante la Fiscalía es parte de su deber como ciudadano y su responsabilidad como administrador de justicia.

4.2 El rol de las partes procesales y sus abogados ante la corrupción

Las partes procesales cumplen con un rol también importante en la lucha contra la corrupción. Al igual que respecto a los árbitros, la obligación constitucional de denunciar y combatir la corrupción aplica a las partes procesales y a sus abogados, siempre y cuando a estos últimos no les aplique las limitaciones del secreto profesional.

De acuerdo a nuestra normativa, los únicos profesionales del derecho a quienes no les aplica el deber de denunciar ante la Fiscalía el cometimiento de delitos de corrupción son quienes estén amparados por el secreto profesional⁵⁷ y que la inobservancia del secreto profesional acarreará consecuencias penales para quienes

56. Traducción libre. T. K. SPRANGE QC, N. 55.

57. COIP, N. 12, Art. 424.

lo violen⁵⁸. De hecho, la violación del secreto profesional puede ser en sí misma una forma de corrupción.

A continuación, se presentan algunos aspectos que deben ser tomados en cuenta respecto a la actuación de las partes y de sus abogados frente a actos de probable corrupción que se ventilen en arbitraje y se comentan sobre el deber adicional de los servidores públicos que llegan a tener conocimiento de actos de corrupción mediante su participación en un arbitraje.

4.2.1 Buena y mala fe de las partes procesales

En los negocios, al igual que en el arbitraje, las partes pueden actuar con o sin buena fe. Vale recordar que la buena fe se presume y la mala fe se debe probar. Quien lleva sus negocios correctamente, en apego al derecho y en observancia de buenas prácticas profesionales, probablemente se manejará adecuadamente en un arbitraje. La parte que actúa de buena fe y que no es responsable del acto de corrupción que se discute en el arbitraje, estará generalmente dispuesta a colaborar para que el árbitro reciba los elementos de juicio necesarios para pronunciarse al respecto. Más aun, puede ser una buena estrategia procesal poner en evidencia que la otra parte ha actuado de mala fe o, más aun, ha cometido actos de corrupción que han causado daños.

Por el contrario, quien realiza sus negocios en violación de la ley, y específicamente valiéndose de actos corruptos, es muy probable que actuará en el arbitraje valiéndose de estrategias legales cuestionables. Este tipo de partes procesales tratará de impedir que el árbitro entre a analizar el acto potencialmente corrupto y para ello se servirá de incidentes o amenazas.

Usualmente no llegan a arbitraje los casos en los que una parte tiene toda la razón y todos los hechos le favorecen, mientras que la otra parte tiene toda la responsabilidad y los hechos así lo demuestran. Sin embargo, los árbitros suelen tener la suficiente

58. COIP, N. 12, Art. 179.

experiencia para identificar si una o ambas partes realizaron negocios ilegales y/o si las partes procesales actúan de mala fe con la intención de ocultar actos potencialmente corruptos.

Sucede en ocasiones que una de las partes procesales insinúa ante el árbitro que la otra parte ha cometido un acto de corrupción, pero no aporta pruebas suficientes de tales actos. Debemos considerar que en el arbitraje aplica el principio general de que cada parte tiene la responsabilidad de probar lo que afirma⁵⁹. Por ello, si una parte se limita a insinuar que la otra parte procesal ha cometido actos ilegales o corruptos sin aportar pruebas de ello, no está cumpliendo con las reglas de la carga de la prueba. Si es que una parte procesal acusa a la otra de corrupción sin que presente pruebas de ello, se debe asumir que sus acusaciones son una estrategia procesal que carece de fundamento o, en ciertas circunstancias, que quien está actuando de mala fe con la intención de tratar de dañar la reputación de su contraparte. Este tipo de prácticas han sido llamadas “maneras venenosas de conducir el litigio”⁶⁰.

En ciertas ocasiones, una parte procesal que ha obrado con buena fe, solicita al árbitro que remita documentación sobre el posible cometimiento de un delito a la Fiscalía. Si bien todos los tribunales arbitrales tienen la capacidad de enviar ese tipo de información a la Fiscalía, el hecho de que el árbitro no remita una denuncia no impide que la parte procesal cumpla con la misma tarea de denuncia. Sucede que las partes procesales que actúan de buena fe sienten los mismos temores que siente el árbitro de que su denuncia les acarree problemas futuros y por ello son reacios a denunciar actos de corrupción.

Respecto a los abogados de parte, además de la obligación constitucional de denunciar y combatir la corrupción, éstos deben observar las obligaciones de “actuar al servicio de la justicia”⁶¹, “patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, ve-

59. Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Art. 169, RO Sup., No. 506, 22/5/2015.

60. Traducción libre. Caso UNCITRAL, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, 01/12/2005, Opinión separada de Thomas Wälde.

61. Código Orgánico de la Función Judicial, N. 2, Art. 330(1).

*¿Qué hacer cuando la corrupción llega al arbitraje?
Una perspectiva ecuatoriana sobre el rol del árbitro y de las partes procesales*

racidad, honradez y buena fe”⁶², “denunciar a las personas que incurran en el ejercicio ilegal de la abogacía”⁶³ y “proceder con arreglo a las leyes”⁶⁴. Bajo estos deberes, el abogado de parte además de procurar que el árbitro y la otra parte actúen con apego a la ley y no cometan actos de corrupción, también tiene la tarea de asegurarse que su representado actúe de igual manera. Claro está, bajo las reglas del secreto profesional, el abogado no está obligado a denunciar a su cliente cuando éste sea el responsable de un ilícito⁶⁵.

4.2.2 Deber del servidor público ante la corrupción

Como ya se analizó, los servidores públicos tienen un deber adicional de denunciar actos de corrupción puesto que el incumplimiento a este deber puede resultar en su privación de libertad⁶⁶. Bajo este deber adicional, si un servidor público comparece al proceso, ya sea como representante de una parte procesal (entidad pública), como testigo o de cualquier otra manera, y si dentro de ese proceso se ventila un potencial acto de corrupción, el servidor público quedará automáticamente informado sobre el probable delito y estará obligado a denunciar el acto de corrupción ante la Fiscalía.

Si es que un servidor público no cumple con esta obligación, habrá violado el COIP y deberá atenerse a la sanción de privación de libertad ahí prevista. En tal caso, la o las otras partes procesales podrán denunciar al servidor público que no cumpla con su deber de denunciar.

62. Código Orgánico de la Función Judicial, N. 2, Art. 330(2).

63. Código Orgánico de la Función Judicial, N. 2, Art. 330(8).

64. Código Orgánico de la Función Judicial, N. 2, Art. 330(9).

65. COIP, N. 12, Art. 424.

66. COIP, N. 12, Art. 422(1).

5. RIESGO DE QUE LA DENUNCIA SEA DECLARADA MALICIOSA O TEMERARIA

Probablemente lo que más preocupa a árbitros, partes procesales y abogados de parte cuando evalúan la posibilidad de denunciar actos de corrupción es que la denuncia sea declarada maliciosa o temeraria.

Las consecuencias de que una denuncia sea declarada maliciosa (esto es, que la denuncia tiene la intención de causar daño) o temeraria (esto es, que la denuncia sea falsa o calumniadora) son varias. La denuncia declarada como maliciosa acarrea pena privativa de libertad de seis meses a un año⁶⁷ y la denuncia que sea declarada como temeraria obligará al denunciante a pagar las costas judiciales y reparar integralmente al perjudicado⁶⁸. En ambos casos, el denunciado sobreseído podrá iniciar acciones penales en contra del denunciante⁶⁹.

En la práctica el riesgo de que una denuncia sea declarada maliciosa o temeraria es bajo. Esto se debe a que la persona que se considere víctima de una denuncia maliciosa y/o temeraria tendrá que demostrar que su denunciante actuó con ligereza (temeridad) y/o con maliciosidad (mala fe). Probar temeridad o malicia es tremendamente complicado. Aún más complicado será plantear una denuncia por malicia y temeridad en contra de una persona que ha presentado su denuncia en un ejercicio de buena fe y en apego a su obligación constitucional de denunciar y combatir la corrupción. Si un ciudadano cualquiera, un árbitro o un abogado de parte presenta una denuncia de buena fe en contra de un tercero por presuntos actos de corrupción, entonces ese denunciante no debe temer en el fondo que ese tercero intente acciones legales del tipo que sean.

67. COIP, N. 12, Art. 271.

68. COIP, N. 12, Art. 606.

69. COIP, N. 12, Art. 606.

6. CONCLUSIONES

Las siguientes son las conclusiones que resultan de este análisis:

- i. El arbitraje, como mecanismo de administración de justicia puede y debe ser utilizado para cumplir con el deber constitucional de denunciar y combatir la corrupción.
- ii. La corrupción es un concepto amplio que abarca actos de uso indebido del poder para influenciar indebidamente a terceros que pueden ser servidores públicos o personas privadas. La corrupción no se limita a infracciones tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal.
- iii. Como ciudadanos, operadores o usuarios del arbitraje, tenemos la obligación legal, además de ética, de denunciar actos de corrupción, salvo que existan limitaciones legales expresas tales como el secreto profesional.
- iv. Existen varios momentos y maneras en los que actos de corrupción pueden llegar a tener relevancia dentro de un arbitraje. En tales casos, el árbitro tiene la capacidad de estudiar los hechos que sean importantes para corroborar o desvanecer el cometimiento de actos de corrupción. Esta tarea puede presentar varios riesgos, problemas y límites que deberán ser manejadas adecuadamente por el árbitro para cumplir con su mandato.
- v. Las partes procesales y los abogados de parte que actúan de buena fe también tienen que cumplir con su deber de denunciar y combatir la corrupción cuando sus contrapartes procesales han cometido tales actos.
- vi. Los servidores públicos que incumplan su obligación de denunciar y combatir la corrupción deberán atenerse a sanciones penales por tal inobservancia de las normas aplicables.