

Otra mirada al principio de buena fe en el arbitraje internacional

Hernando DÍAZ-CANDIA*
RVLJ, N.º 15, 2020, pp. 45-70.

SUMARIO

Introducción 1. Planteamiento general del problema: el impreciso concepto de buena fe 2. ¿Se refiere el principio buena fe a la interpretación del Derecho o al juzgamiento de hechos? 3. Buena fe y acceso al arbitraje de inversiones 4. Buena fe y la interpretación y extensión del acuerdo de arbitraje ordinario (contractual) 5. Buena fe en la negociación de contratos 6. Buena fe en la ejecución o cumplimiento de contratos 7. La buena fe durante el procedimiento arbitral. Conclusiones

Introducción

La buena fe es un concepto atractivo, pues tiende a ganar o inclinar voluntades y empatías cuando se le invoca en un argumento jurídico. Transmite un valor positivo y loable, contrapuesto a lo negativo de la mala fe que se opone

* **Universidad Central de Venezuela**, Doctor en Ciencias mención Derecho. **Harvard Law School**, *Magistri in Legibus*. Árbitro internacional y socio de WDA legal, S. C. en Miami, Florida. *Fellow* (FCiarb) del Chartered Institute of Arbitrators. Colegiado para ejercer la abogacía en Nueva York y en Venezuela. Hernando.diaz@wdalegal.com.

Este artículo fue publicado originalmente en el libro: *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho (Libro homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas)*. Civitas-Aranzadi-Thomson-Reuters. Madrid, 2020; posteriormente reproducido en la *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*. Legis. Bogotá, 2020.

a la lógica o a la moral. Sin embargo, es un concepto de difícil definición, ya que incluso si se considera que contiene pautas que son mínimos objetivos o absolutos, aquellas están sujetas a una percepción subjetiva de equidad y justicia por parte de los árbitros¹.

Perseguir una interpretación de buena fe, o juzgar una conducta bajo su prisma, no debe otorgar a los árbitros una facultad discrecional tan amplia como en los casos decididos en estricta equidad (arbitraje de conciencia) o *ex aequo et bono*². Sin embargo, hay cierta similitud con temas decididos en ese terreno, en el sentido de que el concepto de buena fe es frecuentemente usado para apartarse de una conclusión sugerida por el texto literal de un acuerdo de arbitraje, de un contrato o de un tratado, tal como puede ocurrir –al menos en el arbitraje ordinario comercial– en los casos decididos *ex aequo et bono*.

Un problema, de esa forma, es que para dar articulación y orden al principio de buena fe se utilizan estándares que son definidos principalmente por adjetivos del lenguaje que sirven como modificadores de un sustantivo para denotar una cualidad. Y los términos que son difíciles de definir con precisión y exactitud casi siempre terminan siendo relativos al tener una fuerte conexión con cada caso en particular. Puede existir, así, cierta tensión implícita con el concepto de buena fe, y su uso en arbitraje, con la percepción de un Estado de Derecho en el cual los casos deben ser decididos en estricta conformidad con normas preestablecidas y resultados predecibles; y no sujetos al parecer discrecional de un árbitro.

¹ En general: BAEZA EYZAGUIRRE, Cristóbal y DÍEZ RODRÍGUEZ, Javier: «Expansión y límites de la buena fe objetiva. A propósito del “Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos”». En: *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.º 21. Universidad Diego Portales. Santiago, 2013, pp. 137 y ss.

² Se ha afirmado que el concepto de buena fe en arbitraje comercial, y la discusión de su pertenencia al Derecho o a la equidad, tiene su caso seminal en *Pabalk Ticaret Ltd vs. Norsolor S. A.*, citado como caso N.º 3131 de 1979 (Y.B. Comm. Arb. 109, ICC ICA), en el cual se utilizó y aplicó la *lex mercatoria* internacional como comprensiva del concepto de buena fe. Ver: CREMADES, Bernardo M.: «*Good Faith in International Arbitration*». En: *American University International Law Review*. Vol. 27, N.º 4. Washington, 2012, pp. 761-763. En todo caso, el Derecho y la equidad no son nociones contradictorias ni excluyentes entre sí.

El objeto de este trabajo es tratar de contribuir a dar estructura y parámetros al principio de buena fe, para, de esa forma, evitar que este sea utilizado de manera abusiva para eludir la predictibilidad y la seguridad jurídica en el arbitraje. Pretendemos evitar que la línea que diferencia el arbitraje de derecho con el de equidad (o conciencia) se haga demasiado borrosa.

1. Planteamiento general del problema: el impreciso concepto de buena fe

La buena fe –del latín *bona fides*– puede referirse, en algunas ramas del Derecho, al estado mental de honradez, de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión, título de propiedad, o la rectitud de una conducta³. A esa acepción no nos referimos en este trabajo.

El concepto de buena fe relevante para el arbitraje se contrae a la lealtad y probidad en: i. la formación (negociación), integración e interpretación de textos jurídicos (tratados, leyes y contratos –incluyendo acuerdos de arbitraje–); y ii. la conclusión y la ejecución de actos con trascendencia jurídica. Alguno de los criterios que la definen son: «rectitud, honradez; criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos del derecho en las relaciones bilaterales; comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte»⁴. Las definiciones doctrinarias pueden variar, pero todas las relevantes apuntan en esa dirección⁵. Con eso en mente, a continuación se exponen los conceptos de los términos (principalmente adjetivos o basados en adjetivos) que suelen contener las definiciones de buena fe, tomados del *Diccionario* de la Real Academia Española:

Buena fe: 1. f. Rectitud, honradez. 2. f. Der. Criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho. 3. f. Der. En las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte.

³ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Buena fe y relación obligatoria». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 11. Caracas, 2018, pp. 17 y ss.

⁴ CREMADES: ob. cit., p. 768.

⁵ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit., pp. 17 y ss.

Honradez: De honrado. 1. f. Rectitud de ánimo, integridad en el obrar.

Leal: Del lat. *legālis*. 1. adj. Que guarda a alguien o algo la debida fidelidad. U. t. c. s. 2. adj. Fidedigno, verídico y fiel, en el trato o en el desempeño de un oficio o cargo. 3. adj. Dicho de una acción: Propia de una persona fiel.

Legítimo, ma: Del lat. *legitīmus*. 1. adj. Conforme a las leyes. 2. adj. Lícito (|| justo). 3. adj. Cierto, genuino y verdadero en cualquier línea.

Rectitud: Del lat. *rectitūdo*. 1. f. Derechura o distancia más breve entre dos puntos o términos. 2. f. Cualidad de recto (|| que no se inclina ni hace curvas o ángulos). 3. f. Cualidad de recto (|| severo). 4. f. Recta razón o conocimiento práctico de lo que debemos hacer o decir. 5. f. Exactitud o justificación en las operaciones.

Así, al usarse adjetivos para definir términos de difícil precisión –como la buena fe– se incurre en definiciones que más que ser descriptivas plantean sinonimias circulares o, de alguna forma, semitautológicas. Aun cuando la definición de buena fe aporte alguna guía, lo claro es que la misma es amplia y deja un margen de discrecionalidad grande para la apreciación y juzgamiento por el árbitro⁶.

Además, todos los términos o conceptos que se asocian con la buena fe están sujetos a ser cambiados por medios artísticos o artificios para que sirvan un propósito deseado. Son difíciles de captar y no pueden ser conocidos o probados con una certeza indiscutible o infalible. Incluso si los árbitros lo intentan, esos términos nunca pueden proporcionar certeza en cuanto a las expectativas o acciones porque no son rigurosamente exactos. Más bien, requieren una relación o conexión con hechos y personas que se convierte en parte de su naturaleza esencial una vez que son juzgados en un caso.

⁶ BAEZA EYZAGUIRRE y DÍEZ RODRÍGUEZ: ob. cit., pp. 137 y ss.

Es cierto que la ley (y dentro de esta, el concepto de buena fe) en general tiende a ser imprecisa para gobernar una pluralidad de situaciones, y que la ley casi nunca trata de, ni apunta hacia, certeza matemática. Sin embargo, los términos y conceptos enumerados anteriormente, que dan contorno al concepto de buena fe, son particularmente volátiles porque, al estar basados en adjetivos, son inherentemente relativos⁷.

También es cierto que los reglamentos de arbitraje más prominentes instruyen a los árbitros a decidir de acuerdo con la ley aplicable⁸. La buena fe es un concepto de Derecho. Sin embargo, su uniformidad o precisión en arbitraje es particularmente difícil, inclusive cuando el árbitro es instruido a decidir en Derecho, entre otras cosas porque los tribunales arbitrales son accidentales (no permanentes) y el criterio de revisión de laudos por tribunales judiciales (que son permanentes y emiten decisiones públicas) sobre la aplicación de la ley es muy limitado.

Así, por ejemplo, en los Estados Unidos los tribunales judiciales solo anulan un laudo arbitral si el incumplimiento de la ley aplicable es «manifiesto»⁹, permitiendo así cierta cabida para varias posibles interpretaciones de la ley, incluyendo el concepto de buena fe. Algo similar ocurre con el artículo 52 del Convenio del CIADI, que establece que una parte puede solicitar la anulación del laudo si el tribunal se ha excedido «manifiestamente» en sus facultades,

⁷ Los adjetivos transmiten cualidades, no cantidades; se utilizan para establecer componentes de definiciones que no pueden medirse objetivamente con una existencia independiente. Son términos que a veces pueden hacer que la línea entre razonamiento y sentimientos sea peligrosamente vaga.

⁸ Ver por ejemplo: artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, vigente a partir del 01-03-17, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf>; artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>; artículo 42 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>.

⁹ El caso *Hall Street Associates, L.L.C. vs. Mattel, Inc.* (128 S. Ct. 1396, 1403, 170 L. Ed. 2d 254, 2008) restringió aún más esa posibilidad.

transmitiendo implícitamente que debe tolerarse un exceso de poder que no sea manifiesto. Se hace cuesta arriba que una autoridad que revise un laudo en fase de anulación pueda inmiscuirse en lo que un árbitro consideró buena o mala fe: no es fácil que una apreciación sobre buena o mala fe se haga manifiestamente errada. Adicionalmente, el peso y la gravedad de los hechos permiten a los árbitros diferenciar los precedentes de otros laudos o sentencias, que son meramente persuasivos, y segregar o desarticular las disposiciones de contratos, leyes y tratados, en especial con respecto al concepto de buena fe.

En general, la mayoría de los árbitros luchan por transmitir que están aplicando el Derecho, no creándolo; pero al mismo tiempo inyectan sus propios puntos de vista sobre los casos y sobre lo que constituye buena fe. Lo cierto, en todo caso, es que el margen natural de apreciación que tienen los árbitros hace que el concepto de buena fe sea relativo en la percepción de diferentes seres humanos (árbitros) y a los diferentes hechos de cada caso, erosionando la uniformidad práctica del concepto. Por eso en parte, la elección del árbitro puede seguir siendo la decisión más importante tomada en nombre de una parte en cualquier arbitraje. Un árbitro puede ser legítimamente elegido basado en parte en la forma en que alguien cree que decidirá un asunto particular¹⁰.

En efecto, ningún ser humano puede abordar los asuntos legales con una mente absolutamente prístina y libre de preconcepciones. Incluso se puede argumentar que los jueces y árbitros trabajan a la inversa, llegando primero a una conclusión de lo que es justo o debería decidirse, y luego trabajan hacia atrás para construir una base formal o justificación para esa conclusión. En lo anterior, los jueces no son diferentes de los árbitros. Ambos se ven inevitablemente influenciados por lo que perciben como ajustado a la buena fe; está dentro de la naturaleza inherente de los seres humanos el tener características conductuales y emocionales distintivas. Las mentes legales no existen en un hipotético estado primario en blanco o vacío antes de recibir impresiones externas.

¹⁰ El arbitraje es intrínsecamente flexible en la toma de decisiones. Los procedimientos arbitrales son, y deben seguir siendo, diferentes de los procedimientos judiciales, y la toma de decisiones arbitrales debe ser constructivamente diferente de la toma de decisiones judiciales.

Aunque muchos tribunales arbitrales insisten con vehemencia en que los tratados, las leyes y los contratos, bajo la buena fe, deben ser leídos neutralmente de acuerdo con su significado y contexto ordinarios, el arbitraje se centra en resolver casos específicos basados en gran medida en sus hechos, sin mucha atención a los casos anteriores. El reto es, entonces, preservar la flexibilidad y autonomía de los árbitros, y el arbitraje como institución, pero a la vez tratar de dar estructura, contenido objetivo, y cierta predictibilidad al concepto de buena fe.

2. ¿Se refiere el principio buena fe a la interpretación del Derecho o al juzgamiento de hechos?

La interpretación de contratos, leyes y tratados conforme al significado común de las palabras es un paradigma del principio de la buena fe. Ese paradigma, en el ámbito de tratados internacionales, lo reconoce la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al señalar que «un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin»¹¹ y «todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe»¹². Lo mismo aplica, en general, para la interpretación de la legislación sustantiva de Derecho privado¹³.

Los contratos –en general– también deben ser leídos e interpretados atendiendo al principio de buena fe¹⁴. El acuerdo de arbitraje, en sí mismo, debe ser integrado e interpretado teniendo en cuenta la buena fe, en temas como su extensión a partes no signatarias. La integración y la interpretación de contratos y de acuerdos de arbitraje son temas, en principio, jurídicos, asimilables a la interpretación de leyes y tratados.

¹¹ Ver: artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.

¹² Ver: artículo 26, referido al *pacta sunt servanda*.

¹³ Ver: artículo 4 del Código Civil venezolano.

¹⁴ MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. T. II. 11.^a, UCAB. Caracas, 2007, pp. 804 y 805.

Por otra parte, la conducta de las partes en un arbitraje, antes y durante este, también es apreciada y juzgada bajo el prisma de la buena fe, en especial para establecer la existencia y extensión (cuantía) de una responsabilidad pecuniaria. El incumplimiento de un contrato puede ser excusado, o sus consecuencias atenuadas, si se considera que una parte actuó de buena fe. Uno de los principios más básicos del Derecho contractual (aunque con ciertas atenuaciones dependiendo de cada jurisdicción) es que cada parte tiene la obligación de actuar de buena fe tanto en la formación como en la ejecución del contrato. Esa obligación encuentra apoyo en muchos ámbitos nacionales e internacionales¹⁵.

Consistente con lo anterior, puede concluirse que el principio de buena fe se refiere y afecta temas tanto de interpretación jurídica (de normas y de contratos) como de juzgamiento y apreciación de hechos y conductas de las partes. Tiene relevancia sobre temas de derecho y sobre cuestiones de hecho. Eso es importante con respecto al arbitraje como una institución flexible en sus procedimientos y carga de la prueba, ya que, a veces, diferenciar los hechos del derecho no es tan fácil como en principio parece.

También pueden existir situaciones en las que hay que realizar inferencias de los hechos con respecto a la norma jurídica o una disposición contractual; son cuestiones que pueden denominarse «mixtas» (entre hechos y derecho) para las cuales una institución con aproximaciones flexibles y más casuísticas (como el arbitraje) puede funcionar mejor que el Poder Judicial, en el cual la prueba de los hechos tiende a ser más rígida en exigencias¹⁶. No en

¹⁵ En Venezuela, la obligación está codificada en el artículo 1160 del Código Civil. En los Estados Unidos, por ejemplo, se ha descrito en el *Restatement of the Law of Contracts (Second)* § 205, el cual requiere que cada parte cumpla y haga ejecutar el contrato en buena fe (dicho *Restatement* es un compendio de principios de aplicación general en los Estados Unidos compilado por el *American Law Institute* y, aunque no tiene fuerza de ley, es indicativo de las tendencias legales en los EE. UU.). El artículo 1:201 de los Principios del Derecho contractual europeo exige que las partes en un contrato actúen de buena fe cuando ejerzan sus derechos y cumplan sus obligaciones.

¹⁶ Una ilustrativa sentencia para apreciar que diferenciar los hechos del derecho a veces no es tan fácil como pudiese parecer es la del caso *National Labor Relations Board vs.*

vano alguien ha señalado que el hombre que tenga éxito en definir los términos «derecho» y «hechos» sería declarado un enemigo público¹⁷.

Por ejemplo, extender y aplicar un acuerdo de arbitraje a una parte no signataria –con base en el principio de buena fe– puede efectuarse en un nivel jurídico, de interpretación, concluyendo que el acuerdo incluye en su texto (literal o implícito) a una persona separada y distinta en forma, pero del mismo grupo jurídico que la suscriptora¹⁸. También puede concluirse, a nivel de hechos, que ambas personas son una misma (o que como tal deben ser tratadas), al menos a efectos específicos de su vinculación del acuerdo de arbitraje (por ejemplo, bajo el levantamiento del velo corporativo¹⁹). A una conclusión similar (extensión del acuerdo de arbitraje) e invocando la buena fe, puede llegarse con las palabras del acuerdo, con los hechos de las partes, o con una mezcla de todo lo anterior.

El principio de buena fe es, pues, relevante y trascendente de manera integral y global en la operatividad y funcionamiento del arbitraje como institución jurídica. Ello, tanto para cuestiones jurídicas o de derecho como para temas de hecho y para cuestiones mixtas.

Hearst Publication, Inc. decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1944 (322 U.S.111). En ese caso se trató de decidir si los mensajeros que entregaban periódicos a domicilio eran empleados de Hearst Publication, Inc. según la definición del National Labor Relations Act, a efectos de poder formar un sindicato.

¹⁷ GREEN, Leon: *Judge and Jury*. Vernon Law Book Co. Kansas, 1930, citado en GELLHORN, Walter, *et al.: Administrative Law, Cases and Comments*. 8.^a, Foundation Press. Nueva York, 1993, p. 356.

¹⁸ MATA PALACIOS, Luis Enrique y TOVAR PIGNA, Ana Elena: «*Algunas reflexiones sobre la extensión de efectos de la cláusula arbitral a terceros no signatarios*». En: *Legal Report*. CEDCA. Caracas, julio-agosto 2011, http://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/Legal-report_Business_diciembre_2011.pdf.

¹⁹ Véase en este número de *Revista*: SÁNCHEZ MIRALLES, Samantha: «Levantamiento del velo corporativo. Algunas consideraciones desde el punto de vista del análisis económico del Derecho», pp. 135 y ss. [nota del editor].

3. Buena fe y acceso al arbitraje de inversiones

A nivel internacional se ha discutido mucho sobre el principio de la buena fe en el acceso al arbitraje de inversiones, tanto para interpretar ofertas de arbitraje contenidas en tratados bilaterales (y las definiciones relevantes para esa oferta, como el concepto de nacional) como para limitar potencialmente los actos o negocios jurídicos de particulares para ganar acceso al arbitraje (por ejemplo, con la creación de entidades jurídicas interpuestas)²⁰. Se ha analizado el abuso de la personalidad jurídica, de las formas corporativas, o del sistema de protección de inversiones internacionales, cuando los Estados soberanos alegan que un particular no es un nacional de otro Estado específico. Los particulares no pueden abusar de las formas jurídicas para acceder al arbitraje²¹. La otra cara de ese mismo principio o argumento, sin embargo, es que los Estados soberanos y entes estatales tampoco pueden abusar de las formas jurídicas para evadir el arbitraje. A nivel internacional se habla, así, sobre la aplicación consistente del requisito de buena fe (*bonne foi, good faith*), y de no desviación de poder (*détournement de pouvoir*), como principios básicos que gobiernan la creación y cumplimiento de obligaciones legales²². Esos mismos principios deben gobernar la extensión intersubjetiva de los acuerdos de arbitraje de inversiones.

En general, los laudos de arbitraje de inversión se han decantado en su mayoría por afirmar que cuando: i. una entidad jurídica se crea o interpone en una cadena corporativa con el propósito específico de obtener la protección de un tratado bilateral, y ii. la sola existencia de esa entidad (o forma corporativa), aun sin mayor sustancia económica, satisface el requisito (literal) establecido en el tratado bilateral para calificar como nacional de un Estado²³;

²⁰ CREMADES: ob. cit., pp. 785-787.

²¹ Mobil Corporation vs. República Bolivariana de Venezuela, caso N.º ARB/07/27, CIADI, Decisión sobre jurisdicción, del 10-06-10, p. 34.

²² Nuclear Tests (Australia vs. France), Corte Internacional de Justicia, Reporte 1974, La Haya (1974), p. 473.

²³ La definición de los conceptos de «nacional» de un Estado, y de «inversión», en esta disciplina, viene dada por el Derecho internacional; no por lo que disponga el Derecho interno del país donde se realiza la inversión, ni el país de constitución del inversor.

ello no excede los límites fijados por la buena fe –ni es contrario a ella– por parte del inversionista, siempre y cuando: iii. la creación o interposición de la entidad se haya hecho antes de la existencia o nacimiento de la disputa o controversia²⁴. Se diferencia, así, el *treaty shopping* (práctica legítima) del *treaty abuse* (práctica no aceptada)²⁵. Los árbitros no deben tener facultad para limitar el acceso al arbitraje de inversión importando, bajo la excusa o premisa de buena fe, requisitos o límites que no se desprenden en forma clara del texto de un tratado.

En arbitraje de inversiones también se hace referencia a la buena fe y sus consecuencias procedimentales²⁶. La buena fe puede abordarse primero en el contexto de la jurisdicción, es decir, si revisando la existencia de buena fe por parte de un demandante como un elemento del acceso a la jurisdicción²⁷. Segundo, la buena fe se aborda en el contexto de la admisibilidad, es decir, cuando la reclamación como tal puede ser rechazada aunque se cumplan, *prima facie*, los requisitos administrativos (objetivos) para la presentación de una reclamación de inversión²⁸. Tercero, a veces se discute hasta dónde la buena fe es relevante con respecto a los méritos o fondo de la disputa *vis-à-vis* de la conducta del Estado anfitrión. En ocasiones es necesaria la postergación de una evaluación a la etapa de mérito del procedimiento, ya que la pregunta está vinculada a los méritos del caso y por lo tanto no es susceptible de ser decidida en fase previa de jurisdicción²⁹.

La decisión del tribunal en el caso *Abaclat vs. Argentina* discutió el papel de la buena fe en inversiones de arbitraje³⁰. De acuerdo al laudo *Abaclat*, la

²⁴ Pueden consultarse dos casos seminales con aproximaciones y conclusiones distintas. Ver: *Aguas del Tunari S. A. vs. República de Bolivia*, caso N.º ARB/02/03, CIADI, Decisión sobre objeciones a la jurisdicción, del 21-10-05, par. 315-323; y, *TSA Spectrum de Argentina S. A. vs. República de Argentina*, caso N.º ARB/05/5, CIADI, Laudo, del 19-12-08, par. 162.

²⁵ *Phoenix Action vs. República Checa*, caso N.º ARB/06/5, CIADI, Laudo, del 15-04-09.

²⁶ CIJ, *Australia vs. France* citado *supra*, par. 75-77.

²⁷ *Ibíd.*, par. 111-113.

²⁸ *Ibíd.*, par. 100.

²⁹ *Ibíd.*, par. 16.

³⁰ *Abaclat et al. vs. la República Argentina* (caso denominado anteriormente *Giovanna A. Beccara et al.*), caso N.º ARB/07/5, CIADI, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, del 04-08-11, par. 647-649.

buena fe aplica en la manera en que el inversionista busca protección³¹, en cuyo caso es «buena fe material»³². Puede ser examinada en el contexto de la jurisdicción del tribunal o en cuanto a la legalidad de la inversión (méritos)³³. En el primer caso, la pregunta es si la inversión hecha en violación de la buena fe es legal bajo las leyes del estado anfitrión (un tema de Derecho interno o *municipal laws*). En el segundo caso, la pregunta es si la inversión está protegida por un estándar sustantivo del tratado internacional relevante³⁴.

Lo importante, en todos los anteriores aspectos en los que el concepto de buena fe es relevante para analizar el acceso formal y la protección sustantiva de un arbitraje de inversión, es que ese concepto –el de buena fe– no debe ser utilizado por los árbitros para imponer límites (al acceso o protección) que no tengan una base jurídica positiva precisa. En general, pues, solo cuando pueda percibirse un verdadero fraude o un claro abuso del inversionista es que el requisito de buena fe puede emplearse como base para limitar protecciones a tal inversionista. Para ello es necesario concluir, con alguna precisión, que la conducta del inversionista perjudica al Estado demandado o tendió a eludir una disposición legal en perjuicio de dicho Estado. La buena fe no puede usarse para que los árbitros creen un sistema de acceso ideal al arbitraje de inversión bajo pareceres abstractos o conceptos genéricos: debe, ante todo y por sobre todo, darse verdadera deferencia al texto de los tratados y de las leyes. A lo sumo, de manera similar a lo que propondremos abajo con respecto a la interpretación del acuerdo de arbitraje, la buena fe puede usarse de manera generosa para ampliar –pero solo de forma excepcional para limitar, reducir o restringir–, el acceso que permite un tratado al arbitraje de inversión.

4. Buena fe y la interpretación y extensión del acuerdo de arbitraje ordinario (contractual)

Es innegable que el acuerdo de arbitraje excede en sus efectos directos a las partes mismas; puede afectar al Poder Judicial al cual le sustrae competencias

³¹ *Ibíd.*, par. 647.

³² *Ídem.*

³³ *Ibíd.*, par. 648.

³⁴ *Ídem.*

en casos concretos. No debe por tanto, en nuestro criterio, interpretarse el acuerdo de arbitraje bajo los parámetros clásicos de la interpretación contractual ni de las teorías generales del contrato; lo cual apunta a una autonomía científica del Derecho de arbitraje. Ello explica que la buena fe tiene –o debe tener– un carácter relativo o limitado en la interpretación de contratos (evitando que los contratos sean reescritos conforme a lo que un árbitro considere en justicia que un contrato ha debido decir), pero más amplio, expansivo y trascendente en la integración, interpretación y extensión de acuerdos de arbitraje³⁵.

La buena fe es fundamental para interpretar el acuerdo de arbitraje ordinario (incluyendo el comercial) y determinar su extensión intersubjetiva. Con base en el principio de la buena fe, podríamos plantear este asunto en términos negativos, indagando no quién consintió en el acuerdo de arbitraje sino, mejor dicho, a quién no debería permitírsele invocar como defensa su falta de consentimiento bajo principios elementales de una justicia con existencia real, independientemente de asuntos de forma. La literalidad de un acuerdo de arbitraje es mucho menos importante que la de una disposición contractual ordinaria o la de un tratado.

La interpretación según la buena fe le otorga una importancia capital a la intención de las partes a la hora de establecer la extensión de la cláusula arbitral, buscando descubrir cuáles fueron sus verdaderas determinaciones³⁶. La buena fe, en este contexto, busca reconstruir el proceso psicológico de la intención común de las partes.

³⁵ Puede plantearse aquí con respecto al acuerdo de arbitraje cierto paralelismo, *mutatis mutandi*, con lo que el profesor GILMORE escribió en 1974 en su obra *The Death of Contract*, cuyo planteamiento central es que el Derecho de contratos ha sido absorbido y sustituido por ramas más generales del Derecho, en las cuales el texto de los contratos cede (o pasa a ser secundario) ante principios más universales o abstractos. Ver en general: GILMORE, Grant: *The Death of Contract*. 2.^a, The Ohio State University Press. Columbus, 1995.

³⁶ Sobre este particular, *cfr.* laudos arbitrales dictados en el ámbito de la Cámara de Comercio Internacional (caso 4145) en los años 1983, 1984 y 1985, citados en: ARNALDEZ, Jean *et al.*: *Collection of ICC Arbitral Awards. Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1986-1996*. Kluwer Law International. París, 1999, p. 54.

En el arbitraje ordinario (incluyendo el comercial), las tendencias modernas apuntan hacia aceptar la posibilidad de llevar al arbitraje a una persona que no haya suscrito nominal y expresamente la cláusula arbitral³⁷, bien sea por el levantamiento del velo corporativo (desconocimiento de un atributo de la personalidad jurídica), por principio de agenciamiento, gestión de negocios, de estipulaciones a favor de terceros u otras teorías, tales como la del anglosajón *estoppel*³⁸. De una u otra forma, todo eso puede relacionarse con el principio de buena fe. La cláusula arbitral es en sí misma un contrato, pero sujeto a reglas de formación particulares y no formalistas –es decir, que no conciernen a requisitos externos de expresión–, en las cuales la buena fe juega un rol determinante. Aquí la buena fe se refiere o afecta temas más generales, inclusive de trascendencia social, como la resolución de disputas en forma pacífica y eficiente y por eso es apropiado que en la buena fe prive por sobre la literalidad de una disposición escrita, si se trata de reconocer, ampliar y expandir un acuerdo de arbitraje.

En Estados Unidos, el asunto en cuestión es regulado más que todo por principios consuetudinarios de Derecho contractual y de agenciamiento³⁹. Se ha sostenido, en concreto, que el arbitraje es contractual por naturaleza, pero que ello no implica que bajo la Ley Federal de Arbitraje⁴⁰ la obligación de

³⁷ Simposio: La Corte Suprema y el arbitraje, comentario en: THOMAS, Aubrey Laine: «*Nonsignatories in Arbitration: A Good-Faith Analysis*». En: *Lewis & Clark Law Review*. Vol. 14. Portland, 2010, p. 953.

³⁸ En Derecho consuetudinario anglosajón, *estoppel* es una doctrina o concepto que impide a una persona negar o aseverar algo contrario a lo que, por virtud de la ley, ha sido establecido como la verdad, ya sea por actos de funcionarios estatales o por actos propios o aseveraciones previas, expresas o implícitas. *Cfr. American Jurisprudence*. Vol. 28 (*Escrow to Estoppel and Waiver*). 2.ª, Lawyers Cooperative Publishing. Nueva York, 1966, *Estoppel and Waiver*, secciones 1-3, pp. 154-156, <http://www.nynb.uscourts.gov/usbc/utidec/PJT110388.pdf>.

³⁹ El denominado Derecho de agenciamiento (*Agency Law* o *Law of Agency*) es una rama del Derecho comercial estadounidense que se ocupa o trata de relaciones contractuales, cuasicontractuales o extracontractuales en las que un agente está autorizado para actuar por cuenta de otra persona, creando para estas relaciones legales con terceras personas.

⁴⁰ *The Federal Arbitration Act* (USA), <http://www.adr.org/sp.asp?id=29568>.

arbitrar vincule solo a quien ha firmado personalmente la cláusula arbitral. Se ha establecido que un no suscriptor del acuerdo de arbitraje puede ser vinculado por el mismo si ello se requiere bajo los principios de Derecho contractual y de agenciamiento⁴¹.

En general, el principio de interpretación proarbitraje implica que de existir alguna duda sobre la vigencia, alcance o efectos de un acuerdo de arbitraje, esta debe ser resuelta a favor del arbitraje⁴². Este principio debe valerse de un método interpretativo que le permita alcanzar efectividad práctica y que utilice todas las normas concretas que desarrollan el criterio de interpretación según la buena fe. De esa forma, como mínimo, el acuerdo de arbitraje debe extenderse a «aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos»⁴³.

5. Buena fe en la negociación de contratos

Como punto de partida, toda persona es libre para negociar o celebrar contratos, o no, y, en principio, no es responsable si no se llega a un acuerdo⁴⁴. Sin embargo, una parte que negocia o rompe una negociación de mala fe debe responsabilizarse por las pérdidas causadas a la otra parte. En general

⁴¹ Se ha realizado una paráfrasis no estricta de la decisión judicial emitida en 1995 en el caso: Thomson-CSF, S. A. vs. American Arbitration Association and Evans & Sutherland Computer Corp. 63 F. 3d 773, 776.

⁴² Véanse decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, casos: Mitsubishi Motors Corp vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. (473 U.S. 614) y First Options of Chicago vs. Kaplan (514 U.S. 938), respectivamente. Véase también decisión de la Oberlandesrichtsof de Múnich del 08-02-91, citada en: BORN, Gary: *International Commercial Arbitration*. 2.^a, Kluwer Law International. Nueva York, 2001, p. 317.

⁴³ Artículo 14 del Decreto legislativo que norma el arbitraje, Decreto N.º 1071 del año 2008, en Perú.

⁴⁴ *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (2010), p. 59.

se considera mala fe entrar, continuar o alargar una negociación con intención o predisposición de no alcanzar un acuerdo⁴⁵. Cada parte debe sostener y ejecutar los mismos estándares que desea o espera de la otra parte⁴⁶. El derecho a negociar y la libertad de no celebrar contratos deben ser ejercidos sin abusar, es decir, dentro de los límites de la buena fe.

En el campo del Derecho privado en jurisdicciones de Derecho Civil, la regla general es que las obligaciones contractuales están basadas en consentimientos claros y precisos; y los escenarios de responsabilidad en una etapa anterior a la celebración del contrato son limitados. Pero puede existir una responsabilidad basada en un ilícito civil durante la etapa precontractual, que generen daños que debe ser compensados a la parte que lo sufre⁴⁷. Se prevé así, por ejemplo, el deber de no abandonar las negociaciones sin causa justificada y el de no hacer a una parte perder oportunidades con un contrato que nunca tuvo real posibilidad o intención real de ser celebrado. Ello se entiende de manera más clara si la prolongación o ruptura de negociaciones ha causado al agente una ventaja de tipo patrimonial o económico, además de un daño a la otra parte.

La doctrina sobre el dolo y la violencia como productores de vicios del consentimiento también pueden relacionarse con violaciones al deber de buena fe⁴⁸. En comparación, en Estados Unidos puede existir responsabilidad por

⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 60 y 61.

⁴⁶ En general: TETLEY, William: «*Good faith in Contract: Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering*». En: *Journal of Maritime Law and Commerce*. Vol. 35, N.º 4. Baltimore, 2004, p. 561, <http://www.lib.ytu.edu.cn/upload%5Cwflwc d%5Czx07201167-01-1.pdf>.

⁴⁷ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: *ob. cit.*, pp. 40-46.

⁴⁸ Nadie está en principio obligado a celebrar un contrato, lo cual no implica que una parte pueda ser distraída o perjudicada por la mala fe de otra con base en la expectativa de un contrato futuro. En Venezuela, el asunto puede enfocarse bajo el artículo 1185 del Código Civil (referido a responsabilidad extracontractual) según el cual debe reparación «quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho». Sobre el tema de responsabilidad precontractual, ver: BIANCHI LUPINI, Luciano: *Responsabilidad precontractual en el Derecho comparado moderno y en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2013.

fraude en la inducción (también conocido como inducción fraudulenta), si un demandante demuestra que: i. el demandado hizo una tergiversación (una declaración falsa) de un hecho importante; ii. el demandado sabía o debería haber sabido (objetivamente) que la declaración era falsa; iii. el demandado tuvo el propósito de inducir al demandante a confiar y actuar en consecuencia; y iv. se produjo un daño al demandante que actuó en confianza justificada en la representación. La inducción fraudulenta es un reclamo separado y distinto del contrato. En esta situación, el contrato es un fraude y la resolución (o cancelación) es el remedio principal para este tipo de reclamos⁴⁹.

Tal como ocurre en Estados Unidos con el deber de buena fe en la ejecución del contrato, no se habla de un deber general de buena fe precontractual, sino de ilícitos (causas de acción) más específicos, que, sin embargo, pueden asociarse con temas sobre buena fe. En ausencia de una doctrina que establece la buena fe en general, están las reglas comunes sobre error y tergiversación, el concepto de inconsciencia, coacción e influencia indebida, la interpretación objetiva de los contratos, términos implícitos, renuncia y exclusión (*estoppel*). Además, la tergiversación de hechos para convencer a la otra parte de algo que no era lo deseado por ella, también se considera mala fe y cae bajo del *Misrepresentation Act* de 1967⁵⁰. Esa Ley incluye varias disposiciones que reflejan un reconocimiento implícito para la buena fe. Se entiende que la tergiversación puede ocurrir si una parte del contrato declara algo que está incompleto o si engaña, o declara algo que después de decirlo se vuelve falso (cambio de la circunstancia) y la parte no lo corrige o actúa conforme al cambio⁵¹.

Para el arbitraje como institución, en particular, puede plantearse la duda de si la responsabilidad precontractual (si se basa en la doctrina del hecho ilícito civil o abuso de derecho), siendo distinta de la responsabilidad contractual clásica, queda o no cubierta por un acuerdo de arbitraje. La realidad es que la

⁴⁹ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit., pp. 78 y 79.

⁵⁰ *Misrepresentation Act* 1967, Parlamento del Reino Unido, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/7>.

⁵¹ Ídem.

cláusula arbitral tiene un ámbito material que debe considerarse expansivo, bajo el cual el consentimiento debe extenderse a todos los conflictos relacionados con el asunto debatido, salvo que las partes, clara y expresamente, hayan limitado el alcance del arbitraje. Así, por ejemplo, si una cuestión de responsabilidad extracontractual se presenta en el contexto de la ejecución o incumplimiento de un contrato que contiene una cláusula arbitral, no puede concluirse *a priori* que las cuestiones extracontractuales quedan fuera del ámbito arbitral.

6. Buena fe en la ejecución o cumplimiento de contratos

La ejecución o cumplimiento del contrato (tema de apreciación de hechos), con respecto al estándar de buena fe, no puede separarse de la integración e interpretación del contrato (cuestión jurídica), ya que la conducta de las partes debe ser contrastada, por sobre todo, contra el texto del contrato. Se trata, como mencionamos *supra*, de una cuestión en la que los hechos y el derecho no pueden ser separados de manera radical. Para saber si una parte ha actuado de buena fe, debe primero tenerse claro lo que un contrato dice o, al menos, lo que este quiso decir. Ello, claro, teniendo en cuenta que los árbitros no deben descifrar lo que el contrato ha debido decir en un mundo ideal.

El concepto de buena fe en Derecho sustantivo (Derecho privado) puede variar dependiendo de cada jurisdicción. La ley sustantiva (nacional o doméstica) aplicable al fondo o mérito de un arbitraje particular tiene, en principio, gran relevancia en la definición del concepto de buena fe. Sin embargo, la globalización del arbitraje internacional, aun sin llevarla al extremo que postula el denominado «laudo flotante» por el carácter nacional del arbitraje internacional y la preponderancia absoluta de la *lex mercatoria*⁵², ha –sin duda– contribuido con la aceptación generalizada del principio de buena fe como elemento sustantivo en la interpretación y ejecución de contratos en el arbitraje internacional. Así, cómo se llega y hasta dónde se extienden el principio

⁵² FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: «Determinación del lugar del arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral». En: *Lima Arbitration*. N.º 2. Círculo Peruano de Arbitraje. Lima, 2007, p. 49.

de buena fe y sus consecuencias puede depender de la formación personal de los árbitros más que del Derecho aplicable a los méritos de un arbitraje.

La mayor diferencia con respecto al concepto de buena fe, en el mundo occidental, puede tal vez observarse en la interpretación de los contratos realizada por juristas entrenados en jurisdicciones de Derecho Civil, por una parte, y por otra, por los educados en sistemas de Derecho consuetudinario anglosajón. Estos últimos tienden a limitarse al texto literal de los contratos bajo un enfoque objetivo, mientras que aquellos tratan de descifrar la verdadera (y subjetiva) intención de las partes⁵³. Es gracias a la buena fe que se permite que contratos y promesas entre socios se ejecuten de manera beneficiosa para todos los involucrados en el negocio. En Estados Unidos, de acuerdo al *Uniform Commercial Code* (UCC), tener buena fe significa «honestidad en hechos y la observancia de estándares comerciales razonables de tratos justos»⁵⁴.

En este campo contractual, en vez de enfocarnos en la buena fe, puede ser beneficioso aclarar qué significa tener mala fe. La mala fe ocurre cuando la discreción o facultades se usan para capturar oportunidades beneficiosas para uno, en detrimento de los otros involucrados, sea la otra parte del contrato o inclusive un tercer grupo (como los consumidores)⁵⁵. La mala fe puede ser interpretada de manera que ocurre cuando un sujeto, sin justificación razonable, actúa de manera que elimina el objetivo negociado o beneficio contratado por la otra parte, causando un daño al propósito original y expectativa de las partes⁵⁶. La mala fe es fácil de identificar porque incluye deshonestidad, animadversión u otras conductas similares a fraude.

El principio o estándar de buena fe se relaciona con el grado de diligencia y ausencia de dolo con el que una parte debe ejercer al cumplir con las obligaciones contractuales. Una parte en un contrato debe ejercer el grado de diligencia de una persona cuidadosa ordinaria en circunstancias contractuales

⁵³ CREMADES: ob. cit., p. 777.

⁵⁴ THOMAS: ob. cit., p. 953.

⁵⁵ TETLEY: ob. cit., p. 561.

⁵⁶ Ídem.

similares⁵⁷. El principio ayuda a determinar si se ha cumplido una obligación contractual; es un punto de referencia para estimar y evaluar si el deudor cumple con sus obligaciones.

El principio de buena fe pretende proveer un estándar objetivo en virtud del cual se analiza la conducta de una parte para determinar si el incumplimiento del contrato produce responsabilidad civil. La buena fe exige la conducta de una persona razonable, común (promedio), con diligencia normal. Es el estándar de conducta que una sociedad espera de una persona cuidadosa y vigilante. Pero es muy importante señalar que el principio de buena fe está destinado a complementar y debe leerse en contexto con las disposiciones específicas del contrato. No establece un estándar de responsabilidad autónomo y diferente y no limita la responsabilidad contractual. El concepto de buena fe no crea un estándar de responsabilidad mínimo estricto o absoluto separado de las disposiciones contractuales específicas. Se refiere a cómo una persona razonable actuaría a la luz y en el contexto de un contrato particular. No conocemos disposiciones legales que indiquen de manera expresa que una cláusula contractual puede ser anulada por el concepto de buena fe⁵⁸.

Establecer si una parte ha ejercido el cuidado y la diligencia requeridos bajo el estándar de buena fe depende de los hechos de cada caso particular y del contexto específico (en oposición a algo general o abstracto) en el que se realiza la conducta de la parte, cuyo contexto incluirá todas las disposiciones contractuales aplicables. La buena fe puede ser abstracta en el sentido de que no se refiera a una persona real y específica, pero se relaciona con la cuestión de cómo esa persona abstracta (teórica) actuaría bajo las circunstancias específicas de un contrato en particular.

⁵⁷ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo: «La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta». En: *Universitas*. N.º 108. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2004, p. 5-7, <https://www.redalyc.org/pdf/825/82510807.pdf>.

⁵⁸ Pueden existir disposiciones o principios legales inspirados en parte en el principio de buena fe, como, por ejemplo, las que como el artículo 1202 del Código Civil venezolano hacen nulas las obligaciones potestativas para el deudor (es decir, las que dependen de la sola voluntad del deudor); o las que impiden exoneración de responsabilidad civil por dolo o culpa grave.

Algunas tendencias modernas tienden a minimizar la diferencia entre la responsabilidad civil contractual de la extracontractual⁵⁹. Sin embargo, el principio de buena fe no puede ser utilizado para erradicar esas diferencias, ni permitir que la responsabilidad contractual –en la cual las partes se vinculan, asumen y regulan riesgos concretos en virtud de sus voluntades– se equipare a situaciones de ilícitos civiles en los cuales las partes –normalmente– no se acercan la una a la otra por su libre voluntad recíproca.

Para preservar el correcto funcionamiento del arbitraje, el principio de buena fe, como comentamos *supra*, no debe ser utilizado para reescribir contratos, ni para que los árbitros superpongan lo que el contrato ha debido decir. El texto literal del contrato debe recibir deferencia y preponderancia –y es contra ese texto que por sobre todo debe juzgarse la conducta de las partes–. Por lo demás, los árbitros deben partir del principio de que la buena fe se presume como regla en la conducta de las partes. Para concluir que una interpretación contractual o una conducta fáctica se realiza de mala fe, ello debe establecerse bajo parámetros claros, precisos, bien razonados y motivados. No con precisión matemática, pero sí con un grado entendible de manera fácil y clara, con suficiente expresión de fundamentos. Un árbitro que concluya que una parte ha actuado de mala fe debe explicar la base de su conclusión en una forma, o bajo principios probatorios, que permitan desvirtuar la presunción de buena fe.

Así, usar el principio de buena fe como base para el juzgamiento de conductas, o establecimiento de interpretaciones, debe ser realizado con prudencia y cautela. Es un tema en el cual los árbitros deben ejercer particular moderación y sensatez, evitando la tentación de bastarse, a solas, con lo atractivo que puede ser invocar la buena fe. En temas de conceptos de difícil precisión, y mayor grado de apreciación de los árbitros como el de buena fe, los árbitros están bajo una carga de motivación superior o alta. En asuntos sobre buena fe, el laudo no debe solamente tener motivos (todos los laudos tienen motivos) sino transcribirlos, declararlos y justificarlos de forma expresa. Para concluir

⁵⁹ MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina general del contrato*. 4.^a, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2012, p. 452.

que una parte actuó de mala fe debe haber y expresarse en el laudo razones que permitan entender que esa parte actuó de manera engañosa, no apegada a la verdad, ilógica, fraudulenta o, al menos, no ajustada al grado de diligencia que el contrato y el ordenamiento jurídico aplicable (incluyendo la *lex mercatoria*) requieren.

7. La buena fe durante el procedimiento arbitral

La viabilidad operativa práctica del arbitraje requiere que las partes y sus representantes actúen de buena fe durante el procedimiento arbitral. La multiplicidad de procedimientos, excesivas impugnaciones y apelaciones, demoras irrazonables y el incremento de costos impiden que se llegue a una solución justa en un tiempo razonable, lo cual se agrava, ya que los árbitros pueden tener menos herramientas prácticas coercitivas (en comparación con los jueces) para lidiar con abogados recalcitrantes⁶⁰.

El deber buena fe se infringe durante el procedimiento arbitral cuando se aplica una presión indebida a los árbitros; cuando se utiliza evidencia o pruebas obtenidas ilegalmente; cuando se viola el principio *non venire contra factum proprium*; cuando se abusan de las medidas cautelares; cuando se recusa a los árbitros con el único propósito de obtener un retraso o cuando el procedimiento se retrasa como consecuencia de la negativa a pagar los costos y gastos del arbitraje⁶¹.

En este aspecto, no es –en nuestro criterio– apropiado que se saquen con facilidad conclusiones o se obtengan consecuencias sustantivas de manera directa con respecto al fondo o mérito de un caso por el mal comportamiento de los abogados durante el procedimiento arbitral –más allá del convencimiento psicológico interno al que pueda llegar un árbitro–. Es cierto que los retrasos o la conducta de obstrucción o torpedeo tiende a realizarse por quien

⁶⁰ TETLEY: ob. cit., p. 561.

⁶¹ BÉDARD, Julie et al.: «*Arbitrating in Good Faith and Protecting the Integrity of the Arbitral Process*». En: *Les Cahiers de l'Arbitrage-The Paris Journal of International Arbitration*. N.º 4. LGDJ. París, 2010, p. 737.

está convencido que el fondo o mérito del caso no le es favorable o conveniente; pero las inferencias sustantivas deben manejarse con sumo cuidado.

Es necesario que las inferencias adversas para una parte estén basadas en una norma o principio claro que sea aplicable al procedimiento relevante. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 9.5 de las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional⁶², referido a la no exhibición de documentos ordenados por el tribunal arbitral (en un caso en el que dichas Reglas sean vinculantes).

Para nosotros es claro que no pueden aplicarse en arbitraje (ni integrarse) por analogía normas que permiten tener como aceptados y probados hechos alegados por una parte ante la mera falta de cooperación o de pruebas de la otra parte. No es menester analizar si normas procesales como esas se refieren o no a inversiones de carga de la prueba o a meras presunciones desvirtuables. En arbitraje debe evitarse que los hechos alegados por una parte puedan tenerse como ciertos sin práctica o evacuación efectiva de pruebas⁶³.

Los árbitros y los demandantes no pueden descansar ante la falta de comparecencia o cooperación de una parte. Aun en casos de esa falta, el laudo debe buscar fundamentos probatorios reales (no ficticios) que, con la flexibilidad propia del arbitraje, sean traídos al caso. De esa forma, es viable que un laudo desestime o declare sin lugar una demanda (solicitud de arbitraje) aun si el demandado no comparece ni prueba nada que le favorezca y si la pretensión del demandante no es contraria a Derecho ni al orden público, a pesar de que los hechos invocados por el demandante (si hubiesen sido probados) llevasen a consecuencias legales favorables a este. En el arbitraje siempre debe buscarse la verdad material y la justicia sustantiva.

Distinto, y aceptable, es que el tribunal arbitral valore la ausencia de una parte o su falta de cooperación en el laudo y que saque ciertas inferencias o indicios a partir de la misma. Ello, sin embargo, debe hacerse con suma

⁶² Aprobadas el 29-05-10 por Resolución del Consejo de la IBA, www.ibanet.org.

⁶³ CREMADES: ob. cit., p. 764.

cautela y con base reglamentaria directa, vinculante y suficiente (no por analogía ni por principios generales). En temas de procedimiento como tal, los reglamentos de arbitraje usualmente contemplan disposiciones que agregan pasos o requisitos especiales ante la falta de cooperación de una parte. Uno suele ser la necesidad de aprobación del acta de misión o términos de referencia por la autoridad administrativa del centro de arbitraje, de manera que intervenga alguien adicional a los árbitros en la vigilancia del debido proceso sustantivo. No conocemos, sin embargo, reglamentos de arbitraje que dispongan la terminación, o que impidan la continuación, del procedimiento por la ausencia o falta de cooperación de una parte.

Así, la buena fe no puede usarse como resorte o principio general para sustituir o relevar cargas procedimentales o sustantivas en procedimientos arbitrales, ni para que los árbitros decidan los casos sobre la sola base de su mero convencimiento personal interno. En materia de procedimiento arbitral, las consecuencias adversas para una parte, basadas en la ausencia de su buena fe, deben encontrar una base normativa positiva –exegética– suficiente y precisa.

Conclusiones

A manera de conclusión, resumimos cuanto hemos expuesto, así:

i. La buena fe es un concepto atractivo, pero de difícil definición. Se relaciona con conceptos de honradez, lealtad, fidelidad y rectitud. Se trata de un término manipulable, con una conexión indispensable con hechos y casos concretos. Eso se hace más evidente en arbitraje, ya que los laudos siempre son emitidos por tribunales accidentales (no permanentes) y el estándar de revisión de laudos en sede de nulidad es muy limitado. Por lo anterior, el concepto de buena fe, que es jurídico, puede acarrear la posibilidad indebida e indeseada de acercar demasiado arbitraje de derecho al arbitraje de conciencia (es decir, a casos decididos *ex aequo et bono*).

ii. La diferencia, transcendencia y antecedentes del concepto de buena fe en distintas jurisdicciones o culturas jurídicas, y la moldeabilidad del concepto,

hace que la elección de un árbitro siga siendo una de las decisiones más importantes que una parte puede tomar en arbitraje. Sin perjuicio de tales matices, la *lex mercatoria* ha hecho que el concepto de buena fe sea relevante e importante en todo arbitraje internacional de derecho. La buena fe se refiere y afecta tanto la interpretación del Derecho como el juzgamiento de hechos.

iii. En arbitraje de inversiones el principio de buena fe debe utilizarse para ampliar y no para limitar el acceso a ese mecanismo por parte de particulares (inversionistas). En esta materia debe darse especial deferencia al texto literal de tratados y leyes, sin que los árbitros traten de crear un sistema que consideren ideal basado en principios generales o abstractos. Los límites o excepciones al derecho de particulares para acceder al arbitraje de inversión deben tener una base jurídico-positiva precisa. La buena fe también es importante para apreciar la conducta del Estado y de los inversionistas en diferentes facetas relevantes para el arbitraje de inversión.

iv. El principio de buena fe, y el hecho de que el acuerdo de arbitraje (en el arbitraje ordinario, incluyendo el comercial) tenga efectos importantes más allá de las partes, hace que la literalidad del acuerdo de arbitraje no sea muy relevante a efecto de incluir partes o materias en el acuerdo; tal literalidad se exige solo para exclusiones o excepciones del acuerdo, que deben ser precisas. La autonomía científica del Derecho de arbitraje ha conllevado a que los acuerdos de arbitraje, bajo el principio de buena fe, sean regidos por principios expansivos, o un fuero atrayente, y no bajo principios típicos de interpretación contractual clásica. Ello permite extender el acuerdo de arbitraje a partes no signatarias y a materias extracontractuales relacionadas con el contrato relevante.

v. La buena fe es relevante en la formación y negociación de contratos, y puede servir de base (más o menos excepcional) para una responsabilidad civil extra o precontractual. La misma pueda basarse en teorías sobre hechos ilícitos como el abuso de derecho. En Derecho anglosajón se encuentran ejemplos de leyes que regulan expresamente temas de responsabilidad precontractual.

vi. En la ejecución o cumplimiento de contratos la buena fe no debe ser utilizada para, en esencia, reescribir contratos o cambiar el contenido de las obligaciones de las partes. La buena fe debe apreciarse, primordialmente, sobre la base del contrato específico y su texto concreto (al cual debe darse deferencia); la buena fe no establece una fuente autónoma, estricta ni adicional de responsabilidad civil separada del contrato. El uso del concepto de buena fe debe ser hecho con suma prudencia y moderación por los árbitros; tal uso exige un deber de motivación especial del laudo que permita entender de manera muy clara por qué, de ser el caso, no existió buena fe (que debe ser presumida). En la conducción de procedimientos arbitrales, pueden sacarse ciertas inferencias o indicios a partir de la buena fe (o falta de ella) pero con suma cautela y con base reglamentaria directa, vinculante y suficiente (no por analogía ni por principios generales).

* * *

Resumen: Este artículo argumenta que la buena fe es un concepto difícil de definir e inseparable del contexto de cada caso particular. Analiza la buena fe en relación con el acceso de las partes al arbitraje de inversiones. Por separado, concluye que la buena fe implica que el acuerdo de arbitraje en el arbitraje comercial está sujeto a interpretaciones amplias y expansivas para las cuales el texto literal del acuerdo o cláusula solo es relevante para exclusiones o exenciones del acuerdo. Plantea que el principio de buena fe no debe ser utilizado por los árbitros para reescribir contratos, sino apreciado con particular deferencia al texto del contrato. Finalmente, establece que las inferencias adversas en los procedimientos de arbitraje deben tener una base clara sobre normas aplicables. **Palabras clave:** buena fe, contrato, arbitraje internacional, inversiones. Recibido: 14-01-20. Aprobado: 05-03-20.