

Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: I. Elementos para la construcción de un mito. 1. Contenido de la noción. 2. Ámbito personal y material. 3. Divergencias entre el procedimiento jurisdiccional y el arbitral. II. Existencia de un deber implícito de confidencialidad. 1. Incorporación de la confidencialidad en la mitología del arbitraje. 2. Posición de los sistemas estatales y de los instrumentos internacionales: A) Tendencia mayoritaria; B) Sistemas estatales que incluyen la confidencialidad: el art. 24.2^o LA/2003. 3. Ley aplicable a la confidencialidad. III. Confidencialidad y valores éticos del arbitraje. 1. Confidencialidad de los árbitros: A) Alcance del deber deontológico; B) Secreto de las deliberaciones. 2. Confidencialidad en las instituciones de arbitraje. 3. Consecuencias de la violación del deber de confidencialidad: A) Repercusión en el laudo arbitral; B) Responsabilidad. IV. Límites de la confidencialidad. 1. Excepciones naturales. 2. Excepciones basadas en razones de interés público: A) Obligaciones de transparencia; B) La controvertida jurisprudencia estadounidense y australiana: el asunto *Esso Australia Resources Ltd.* 3. Publicidad de los laudos. V. Consideraciones finales.

I. Elementos para la construcción de un mito

1. Contenido de la noción

1. Los operadores del arbitraje comercial ponen el acento en la confidencialidad como un rasgo distintivo inherente a una institución que entraña un procedimiento privado acordado por las partes litigantes. Dichos operadores tienen a su cargo una tarea sumamente compleja y delicada, toda vez que su misión es ajustar una situación controvertida que enfrenta a las partes; por ello se entiende que su actuación ha de sujetarse a determinados principios y estándares que garanticen la

idoneidad de este mecanismo de arreglo de controversias, entre los que figura la confidencialidad. Concebida ésta como escudo protector contra la divulgación a una persona no implicada en el litigio, o a la opinión pública, de una información relativa o producida en el marco de un procedimiento arbitral¹, se configura en el arbitraje como una de sus grandes ventajas y, en ocasiones, es la razón por la cual las partes en un conflicto optan por este foro privilegiado para resolver sus contenciosos². Su justificación responde esencialmente a la salvaguarda de los intereses de las partes y a la continuidad de sus relaciones negociales.

La confidencialidad, consustancial en el arbitraje comercial, cede en los arbitrajes en materia de inversiones a exigencias de publicidad y transparencia admitiendo, entre otras cosas, la participación de los denominados *amici curiae* en las deliberaciones ante los árbitros³, dentro de una dimensión que pretende vincular esta materia a la protección internacional de los derechos humanos⁴. De esta suerte, la evolución del arbitraje de inversiones ha producido una tensión entre, de un lado, dos elementos arraigados en el arbitraje comercial: la privacidad y la confidencialidad y, de otro lado, el interés público y la transparencia, con el triunfo evidente de estos últimos⁵. Estas circuns-

¹ A.C. Brown, "Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration", *Am. U. Int'l L. Rev.*, vol. 16, n° 4, 2001, pp. 969-1025, esp. 970.

² H. Bagner, "L'imbroglio de la confidentialité dans l'arbitrage commercial international", *Bull. CI Arb. CCI*, vol. 12, n° 1, 2001; L.E. Trakman, "Confidentiality in International Commercial Arbitration", *Arb. Int'l*, vol. 18, n° 1, 2002, pp. 1-18.

³ A. Mourre, "¿Los *amici curiae* son la respuesta apropiada al interés público en la transparencia del arbitraje de inversión?", *Revista Brasileira de Arbitragem*, n° 12, 2007, pp. 60-72; B. Stern, "Un petit pas de plus: l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur", *Rev. arb.*, 2007, pp. 3-43; C. Knahr, "Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration", *Arb. Int'l*, vol. 23, n° 2, 2007, pp. 327-355.

⁴ S. Manciaux, "L'implication d'investisseurs étrangers dans certaines violations des droits de l'homme", *Au coeur des combats juridiques* (E. Dockès, ed.), París, 2007, pp. 355-370.

⁵ Y. Fortier, "Arbitrating in the Age of Investment Treaty Disputes", *The University of Southern of Wales Law Journal*, vol. 31, n° 1, 2008, http://www.arbitration-icca.org/media/0/12232955433930/1116_001.pdf. Expresivo de esto es que en junio de 2005 el Comité de inversiones de la OCDE publicó una declaración en favor de una transparencia suplementaria en el arbitraje internacional de inversiones con el siguiente tenor: "*Les membres du Comité de l'investissement sont d'avis général qu'une transparence supplémentaire, en particulier concernant la publication des sentences arbitrales, sous réserve des sauvegardes nécessaires pour la protection d'informations confidentielles de nature gouvernementale ou des données sensibles des entreprises, est souhaitable afin d'accroître la bonne marche et l'acceptation par l'opinion publique de l'arbitrage international relatif aux investissements ainsi que de contribuer au développement continu d'une jurisprudence*

tancias aconsejan un estudio separado que tenga en cuenta la repercusión de todos estos elementos en el arbitraje de inversiones⁶.

2. La confidencialidad es, pues, una “obligación” que pesa sobre los árbitros y las partes de no divulgar el contenido del procedimiento, especialmente de los materiales en él producidos incluyendo el laudo arbitral⁷. Al margen de los sistemas que, como el español, la consideran como una obligación legal (art. 24.2º LA/2003)⁸ y que son muy minoritarios, dicha obligación para cierto sector doctrinal deriva directamente del denominado “contrato de árbitro”⁹ y se extiende a las personas ajenas al procedimiento, salvo autorización del tribunal arbitral y de las partes y a la documentación generada en el transcurso del procedimiento¹⁰ que puede incluir secretos comerciales o industriales; a estos efectos los reglamentos arbitrales acostumbran a dotar a los árbitros de instrumentos que garantizan la confidencialidad (*v.gr.*, art. 20.7º Regl. CCI). Su corolario, el secreto del procedimiento, suele justificar por sí solo la voluntad de los sujetos enfrentados en un litigio de evitar una publicidad potencialmente desfavorable o perjudicial que suele ser consustancial en los procesos ante la jurisdicción ordinaria¹¹. Pero hay más elementos que acreditan esta posición. En un litigio de naturaleza comercial la publicidad puede significar consecuencias perniciosas para las partes involucradas al revelar señalados secretos técnicos o ciertas prácticas comerciales que son dignos de protección; también puede poner de manifiesto una situación financiera deficitaria o precaria en una empresa o la existencia de un

publique. Les membres du Comité de l'investissement partagent en général l'opinion que, dans la mesure où l'instance soulève des questions importantes d'intérêt public, il pourrait être souhaitable de permettre la participation de tiers, sous réserve toutefois de lignes directrices claires et précises. OECD Investment Committee, *Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures Statement*, working paper 2005/1, <http://www.oecd.org/dataoecd/25/3/34786913.pdf>.

⁶ *Vid.*, por todos, I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, “Atenuación de los rasgos de confidencialidad y privacidad del arbitraje de inversión”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. I, nº 1, 2008, pp. 139-164.

⁷ La confidencialidad del procedimiento y/o del laudo arbitral está garantizado *v.gr.* en el art. 35. 2º Regl. Uncitral, en el art. 30 Regl. LCIA y en el art. 46 Regl. *Stockholm Chamber of Commerce*.

⁸ S. Barona Vilar, “Art. 24”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Madrid, 2004, pp. 910-912.

⁹ Th. Clay, *L'arbitre*, París, 2001, p. 708.

¹⁰ E. Redfern y otros, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª ed., Londres, 2004, pp. 30 ss.

¹¹ Y.L. Fortier, “The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality”, *Arb. Int'l.*, vol. 15, 1999, pp. 131-130, esp. p. 131.

producto defectuoso que podría deteriorar el prestigio de una determinada firma comercial¹². Dicho en otros términos: la confidencialidad garantiza a las partes contendientes la preservación de su imagen frente a los competidores¹³.

Como reverso de una moneda, la confidencialidad es un auténtico “derecho” de las partes de que no se revele nada de lo que acontezca en el procedimiento arbitral, lo que la diferenciarla de la noción de “privacidad” en el arbitraje, que se limita a la posibilidad que tienen las a las partes de prohibir la presencia de personas ajenas a dicho procedimiento¹⁴. Y también permite su deslinde de otras nociones muy próximas pero con contenido diverso como el secreto de las deliberaciones, el secreto de los negocios, el carácter privado del arbitraje¹⁵, el secreto profesional, etc.

3. Con la privacidad se pretende conferir a las partes un marco adecuado para resolver sus controversias sin interferencias externas de las que en términos generales no se puede prescindir en los procedimientos ante la jurisdicción ordinaria; su consecución permite crear un ambiente adecuado para el desarrollo de las audiencias que favorece particularmente el desarrollo de la prueba testifical, liberada de la presencia de la prensa o de un público hostil que pudiera poner peligro el correcto desarrollo del procedimiento. En un sentido más amplio puede extenderse la noción de privacidad al derecho de las personas distintas de los árbitros, esto es, las partes, sus representantes y los testigos, etc... de asistir y participar en el arbitraje libres de perturbaciones externas¹⁶. El art. 21.3^o *in fine* Regl. CCI dispone al efecto que “salvo autorización expresa del tribunal arbitral y de las partes, las audiencias no estarán abiertas a personas ajenas al proceso”; y otros reglamentos de arbitraje confieren mayor autoridad al tribunal arbitral indicando, además que

¹² J. Béguin, *L'arbitrage commercial international*, Montreal, 1987, pp. 12–13.

¹³ P. Rothman, “Pssst, Please Keep it Confidential: arbitration Makes it Possible”, *Disp. Res. J.*, vol. 49, n^o 3, 1994, pp. 69–72, esp. p. 70.

¹⁴ A.C. Brown, “Presumption Meets Reality...”, *loc. cit.*, p. 972; S. Rajoo, “Privacy and Confidentiality in Arbitration”, *Malayan Law Journal*, LX, 2003, 2, http://sundrarajoo.com/pdf/privacy_1_.doc.

¹⁵ Desde hace algunos años los tribunales franceses han elaborado una jurisprudencia que reconoce la existencia de un contrato entre los árbitros y las partes: Tribunal de *Grande Instance* París de 13 de junio de 1990 y *Cour d'appel* París de 22 de mayo de 1991 (*Bompard / Consorts C*), *Rev. arb.*, 1996, pp. 476 ss; *Cour d'appel* de París, 4 de mayo de 1988 (*Chambre Arbitrale de Paris / Republic of Guinea*), *ibid.*, 1988, pp. 657 ss; *Cour d'appel* de París 19 de diciembre de 1996 (*Qualiconsult / Groupe Lincoln*), *ibid.*, 1988, pp. 121 ss.

¹⁶ Cf. “Expert Report of Dr. Julian D.M. Lew in *Esso/BHP v. Plowman*”, *Arb. Int'l*, vol. 11, 1995, pp. 283–285.

las “audiencias se celebrarán a puerta cerrada, a menos que las partes acuerden lo contrario” (art. 25.4º Regl. Uncitral)¹⁷.

En el asunto *Honeywell Bull S.A. / Computación Bull de Venezuela C.A.*, objeto de la Sentencia de la *Cour d’appel* de París de 21 de junio de 1990, se suscitó de manera tangencial, como argumento para fundamentar un recurso de anulación, la intromisión de un supuesto secretario del tribunal arbitral en el procedimiento; pero el motivo fue descartado en la sentencia entendiendo que no se había producido una violación de las reglas esenciales del procedimiento¹⁸.

4. Finalmente, la confidencialidad así concebida, permite delimitarla de otros ámbitos como, por ejemplo, la relación entre el abogado y el cliente. Es tan consustancial al arbitraje que su violación por parte del árbitro o de la entidad administradora puede dar lugar no sólo a una acción en tribunales competentes en su contra sino hasta la nulidad del laudo¹⁹, si se demuestra que dicha violación denota un incumplimiento del servicio profesional con respecto a las partes. Incluso aunque no exista un acuerdo expreso de confidencialidad entre las partes y pese a que el reglamento aplicable, si es que existe, no lo determine expresamente, la doctrina y la práctica reconocen que tal postulado debe respetarse de manera implícita. Baste retener que centros de arbitraje con acreditada experiencia como la Corte de Arbitraje de la CCI no regulaban esta cuestión hasta tiempos recientes ante las dificultades de enunciar un concepto omnicompreensivo, por el juego de las numerosas excepciones en presencia, y que el vigente art. 20.7º de su Reglamento no llega a afirmar el carácter confidencial del procedimiento arbitral limitándose a disponer que el tribunal arbitral “podrá” adoptar “medidas destinadas a proteger los secretos comerciales o industriales e información confidencial”²⁰. De hecho, las partes en un arbitraje presumen que sus interioridades y las audiencias que se celebren serán tratadas por los árbitros y por el centro administrador de manera privada y restringida.

Lo cierto es que los reglamentos de arbitraje acostumbran a regular la cuestión de manera minuciosa. El caso del Regl. OMPI (arts. 73 a 76), verdaderamente riguroso en esta materia, no puede generalizarse

¹⁷ De acuerdo con el art. 20.4º Regl. (internacional) AAA: “Las audiencias serán privadas a menos que las partes acuerden de manera diferente o la ley provea lo contrario. El tribunal podrá requerir a cualquier testigo o testigos retirarse durante el testimonio de otros testigos (...)”.

¹⁸ *Reb. arb.*, 1991, p. 100.

¹⁹ Cuestión esta que la jurisprudencia francesa se resiste a admitir. *Vid. infra*, nº 25.

²⁰ Y. Derains y E.A. Schwartz, *El nuevo Reglamento...*, *op. cit.*, p. 323.

pues su objetivo es más bien la proteger la confidencialidad de la información antes de que ésta se ventile en el arbitraje²¹. Por eso resulta más aconsejable acudir a modelos más extendidos como el que se incluye en el art. 34 Regl. (internacional) AAA, según el cual

“Información confidencial revelada durante el proceso por las partes o por los testigos no será divulgada por un árbitro o por la administradora. A menos que las partes acuerden de otra manera, o sea requerido por la ley aplicable, los miembros del tribunal y la administradora mantendrán confidencial todos los asuntos relacionados con el arbitraje o el laudo”²².

Éste y otros reglamentos y códigos éticos de la práctica arbitral contemporánea insisten en establecer disposiciones expresas tendentes a garantizar la confidencialidad del procedimiento arbitral²³. Más adelante insistiremos en el desglose de esta imposición en relación con los árbitros (III.1) y con las instituciones arbitrales (III.2) y las consecuencias de su incumplimiento (III.3).

2. *Ámbito personal y material*

5. La obligación de confidencialidad puede tener diversos alcances que afectan tanto a los sujetos intervinientes, como a su propio ámbito de actuación como, por último, a su duración que suele considerarse de carácter indeterminado²⁴.

Desde la primera perspectiva, es aplicable a las partes, al árbitro y a la institución administradora del procedimiento, cuando se trata de procedimientos institucionales; pero también concierne a un amplio número de personas que crece a medida que el arbitraje ofrezca un mayor contenido económico: expertos, testigos, empleados de mantenimiento, estenógrafos, traductores, intérpretes, secretarios, etc...; esto es, docenas de individuos a los que difícilmente puede sujetarse por una obligación de confidencialidad. Los que no sean parte o aquellos que su presencia no sea requerida por el tribunal arbitral no pueden estar presentes a no ser que las partes dispongan lo contrario, lo que incluye obviamente a la prensa, a los competidores a los consumidores, etc...

²¹ Y. Derains y E.A. Schwartz, *El nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, México, 2001, p. 324.

²² Sería aconsejable que la AAA revisara la versión española de sus reglamentos.

²³ Desde la perspectiva estadounidense *vid.* J.J. Coe, Jr, *International Commercial Arbitration: American Principles and Practice in a Global Context*, Irvington on Hudson (N.Y.), 1997, pp. 261–262.

²⁴ F. Fages, “La confidentialité de l’arbitrage à l’épreuve de la transparence financière”, *Rev. arb.*, 2003, pp. 5–39, esp. p. 13.

Desde la segunda abarca, en términos generales, la propia existencia del arbitraje²⁵, aunque a veces su mantenimiento resulta muy difícil; pensemos en el director de una empresa que esté involucrada en un arbitraje y que tiene el deber de informar a los accionistas de las potenciales consecuencias adversas para la entidad de un fallo en su contra²⁶. Pero también incluye lo actuado en las audiencias arbitrales, aunque puede indicarse en el laudo final si éste ha sido adoptado por unanimidad o por mayoría, el contenido de los documentos aportados en el procedimiento, las declaraciones de los testigos, las pruebas periciales y, especialmente, el texto del laudo arbitral²⁷. Dicha obligación posee como objeto esencial la protección para la producción e intercambio de documentos entre las partes, las audiencias, las reuniones de los árbitros y las comunicaciones, órdenes o laudos que éstos emitan.

6. Insistiendo en los extremos anteriores cabe afirmar que la práctica arbitral apunta a que los documentos generados como medios de prueba durante el arbitraje poseen un carácter confidencial y únicamente pueden utilizarse en el curso de ese procedimiento, salvo consentimiento de las partes o autorización expresa del tribunal arbitral²⁸. Tal tendencia debe ser considerada con ciertas prevenciones. Al menos es lo que se desprende de la Sentencia de la *Court of Appeal* de Inglaterra de marzo de 1990 en el asunto *Dolling-Baker / Merret y otros* donde se puso de relieve la posibilidad de que la parte interesada pudiese dar a conocer en un procedimiento judicial los documentos producidos en un arbitraje acaecido con anterioridad. Este asunto traía en causa una demanda de un asegurador contra sus reaseguradores y, alternativamente, contra su *broker* en la que solicitaba la exhibición de documentos relacionados a un arbitraje en el cual había sido parte un diferente asegurado pero el mismo reasegurador y *broker*. El reasegurador se opuso solicitando del juez que prohibiera al *broker* exhibir los documentos requeridos al demandante y a ello accedió la *Court of Appeal* sobre la base de que este último no había demostrado que los documentos en discusión tuviesen suficiente relevancia. No obstante, añadió que si se

²⁵ Lo cual es particularmente relevante en los contenciosos en materia de contratos de licencia o de transferencia de tecnología, cf. F. Dessemontet, "Arbitration and Confidentiality", *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol 7, 1996, pp. 299-307, esp. pp. 300-301.

²⁶ A.C. Brown, "Presumption Meets Reality...", *loc. cit.*, p. 1003.

²⁷ E. Loquin, "Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage", *Rev. arb.*, 2006, pp. 338-344.

²⁸ Cf. C. Müller, "La confidentialité en arbitrage commercial international: un trompe-l'œil?", *Bull. ASA*, 2005, 2, pp. 216-240, esp. p. 228.

hubiera demostrado que la puesta en conocimiento de dichos documentos fuese esencial para justificar la demanda, tal circunstancia debería prevalecer sobre el principio de confidencialidad, siempre que no existiesen otros medios más sencillo y menos costosos de acceder a la información requerida. La opinión de Lord Justice Parker en nombre del tribunal es particularmente significativa:

*“The court must ... have regard to the existence of the implied obligation.... If it is satisfied that despite the implied obligation, disclosure and inspection is necessary for the fair disposal of the action, that consideration must prevail. But in reaching a conclusion, the court should consider amongst other things whether there are other and possibly less costly ways of obtaining the information which is sought which do not involve any breach of the implied undertaking”*²⁹

6. bis. En una dirección similar debe situarse la sentencia del Tribunal de comercio de París de 22 de febrero de 1999 en el asunto *Publicis*³⁰. Las partes en este caso habían seguido un procedimiento arbitral ante la LCIA y en la fase de ejecución dos entidades implicadas, True North y FCB, publicaron la decisión de la *District Court* de Illinois que había otorgado fuerza ejecutoria al laudo en el que se obligaba a la entidad Publicis a comunicar una serie de informaciones fiscales y, posteriormente, hizo también público el montante de la demanda. Publicis considero que dicha información había perjudicado gravemente sus intereses y los de sus accionistas alegando que el procedimiento arbitral debía someterse al postulado de confidencialidad en virtud del Reglamento de la institución arbitral al que las partes se habían sometido, y solicitó al Tribunal de comercio que pusiera fin a dicha actividad difusora, llegando la reclamación ante la *Cour d'appel* de París. En su defensa True North y FCB afirmaron que sobre ellas no pesaba obligación alguna de confidencialidad tanto en lo concerniente al procedimiento arbitral como al montante de las demandas justificando su actitud en la reglamentación bursátil francesa sobre información privilegiada. El órgano de apelación invalidó la decisión del presidente del referido tribunal sin pronunciarse sobre la materia que nos ocupa, por lo que debemos referirnos al parecer de este último que dio la razón a los demandantes aunque, al igual que en el caso *Dolling-Baker*, con una solución salomónica: True Nort y FCB debían cesar con sus informaciones públicas en torno al

²⁹ [1990] 1 WLR 1205. <http://www.uniset.ca/lloyddata/css/19901WLR1205.html>. Vid. A.C. Brown, “Presumption Meets Reality...”, *loc. cit.*, p. 977.

³⁰ En realidad el nombre del asunto es *Bluestein et autres / Société True North Inc. et Société FCB International* objeto también de la Sentencia de la *Cour d'appel* de París (14^{ème} Ch. B), 17 de septiembre de 1999, *Rev. arb.*, 2003, pp. 189–197.

arbitraje pues el arbitraje “*est un procédure à caractère confidentiel*” y “*la voie d’arbitrage acceptée par les parties devait éviter toute publicité du litige qui les opposaient et de ses éventuelles conséquences*”; ahora bien, “*sous réserve des obligations légales d’information dûment démontrées auxquelles seraient soumises*” True Norh y FCB³¹.

6. ter. Como puede observarse se trata de una línea que ha arraigado preferentemente en la jurisprudencia inglesa y francesa, aunque cuenta con una cierta tendencia expansiva como evidencia la posición mantenida por la *High Court* de Singapur en el asunto *Myanma Yaung Chi Oo Co Ltd / Win Win Nu*³² que suscitaba una cuestión de revelación de ciertos documentos y de las actas de un arbitraje, que podría ser mucho más perjudicial que la publicación del propio laudo.

3. Divergencias entre el procedimiento jurisdiccional y el arbitral

7. Confrontado el procedimiento arbitral con el jurisdiccional es indiscutible que en la materia que nos ocupa pese a las ventajas aludidas también ofrece serias carencias que los defensores de la confidencialidad consideran que deben capitular en favor de las primeras por constituir un coste rentable³³. En el arbitraje la publicidad inherente al proceso jurisdiccional cede ante intereses propios del comercio, entendiéndose que puede ser un obstáculo para las partes en el litigio que pretenden no publicitar cuestiones tales como secretos técnicos, estrategias empresariales o situaciones financieras; y a esto se añade la virtualidad de que las partes mantengan sus relaciones a pesar del litigio que les enfrenta. A partir de aquí se reafirma el paradigma de la confidencialidad en el arbitraje que no concurre en los litigios ante la jurisdicción ordinaria. Considerada esta última como un auténtico “poder”, su principal instrumento de actuación que es el proceso debe estar presidido por el principio de publicidad.

La publicidad de las actuaciones judiciales, vinculada al liberalismo político (recuérdese la famosa frase de Jeremy Benthan: “donde no hay publicidad no hay justicia”), constituye una de las garantías de la imparcialidad del poder judicial pero también comporta un fundamento individual y social cual es la protección de los particulares fren-

³¹ Vid. F. Fages, “La confidentialité de l’arbitrage...”, *loc. cit.*, pp. 19–20.

³² [2003] SGHC 124. G. Smith y M.F. Moh, “Confidentiality of Arbitrations – Singapore’s Position Following the Recent Case of Myanma Yaung Chi Oo Co Ltd v. Win Win Nu”, *The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, vol. 8, nº 1, 2004, pp. 37 ss.

³³ J. Béguin, *L’arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 13.

te a la arbitrariedad y el control de la sumisión del juez a la ley. De esta suerte, el principio de publicidad está presente en la organización y en el funcionamiento de la justicia ordinaria³⁴ y la revelación de sus decisiones se considera una gran virtud del sistema judicial porque permite, además del conocimiento de la actividad de los tribunales, una especie de control social de las decisiones que adoptan jueces³⁵.

8. Se erige así en una garantía para la consecución de una justicia recta e imparcial y se refleja en los textos internacionales de derechos humanos (art. 10 DUDH, art. 14.1º PIDCP, art. 6.1º CEDH...), con las consiguientes excepciones. La Constitución española prevé en su art. 24 CE dentro del reconocimiento a la tutela judicial efectiva, en la que insiste el art. 120, que las decisiones de los tribunales serán públicas, como un contrapeso al enorme poder que ejercen los jueces cada vez que resuelven un caso, dentro de un sistema democrático referido a la Administración de Justicia; los arts. 232 LOPJ y 138 LEC/2000 desarrollan convenientemente este postulado. Es una forma de disuadir la arbitrariedad, de proteger a los litigantes y de obligar a los jueces a emplear motivaciones comprensibles. Como pusiera de manifiesto la STC 96/1987, de 10 de junio, el principio de publicidad entraña una doble finalidad: “proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y... mantener, la confianza de la comunidad en los tribunales, constituyendo... una de las bases del debido proceso y una de los pilares del Estado de Derecho”; y en este extremo insistió, más recientemente, la STC 159/2005, de 20 de junio, en el sentido de que: “informar sobre lo que los órganos judiciales hacen es, al tiempo, una garantía tanto para los ciudadanos de su perfecto y transparente funcionamiento, como para las partes e intervinientes en el litigio al ver asegurada la publicidad de la actuación judicial”.

Es cierto que las leyes procesales prevén los supuestos en los que los tribunales pueden decretar el secreto de las actuaciones, por ejemplo, en la instrucción de un sumario por delito o, incluso, que en juicios civiles se discutan cuestiones relativas a menores, al estado civil o a la intimidad de las personas. Recuérdese que el propio art. 138 LEC/2000 señala que las vistas se practicarán en audiencia públi-

³⁴ Vid. V. Fairén Guillén, “Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1975, nºs 2-3, pp. 322 ss.

³⁵ E. Pedraz Penalva, “Notas sobre publicidad y proceso”, *Poder Judicial*, nº 11 (El Poder Judicial en el conjunto de los poderes del Estado y de la sociedad), 1990, pp. 115-130; *id.*, “Publicidad y derecho al debido proceso: publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales”, *RGD*, nº 631, 1997, pp. 3889-3928.

ca; sin embargo, prevé una serie de supuestos en los que el tribunal, tras escuchar a las partes, podrá acordar la celebración a puerta cerrada mediante auto motivado: protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, de los intereses de los menores, de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades o cuando la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia. No obstante, la regla general es la publicidad.

9. El procedimiento arbitral ofrece, *prima facie*, una vinculación muy estrecha con el proceso jurisdiccional, aunque también exterioriza diferencias significativas. Dentro de los elementos diferenciales entre ambos destaca la no actuación en el proceso arbitral del principio de publicidad y del principio de gratuidad. El primero es incompatible con el postulado de confidencialidad inherente al arbitraje. La generalidad de los sistemas jurídicos estatales y los reglamentos de las instituciones de arbitraje coinciden en este punto, llegando incluso estos últimos a cautelas tales como la prohibición de las transcripciones de las audiencias o la limitación de los asistentes a las mismas.

En consecuencia, frente al proceso jurisdiccional el arreglo de controversias a través del arbitraje incorpora un postulado radicalmente diverso como expresión del imperio de la autonomía de la voluntad de las partes, lo que nos conduce al ámbito de los derechos renunciables. Al tiempo que el Estado concede un amplísimo margen de libertad para el funcionamiento del arbitraje, impone unas exigencias que aseguren una mínimas garantías a los particulares que eligen esta vía en el sentido de que están amparados por los principios de igualdad, audiencia y contradicción y que las actuaciones arbitrales están sometidas a una estricta confidencialidad (art. 24 LA/2003)³⁶. Ahora bien, aceptada la confidencialidad como uno de los rasgos característicos e indiscutidos del procedimiento arbitral, su contenido comienza a experimentar en la hora actual, ciertas fisuras penetrando la publicidad ciertos sectores de arbitrabilidad.

II. Existencia de un deber implícito de confidencialidad

1. Incorporación de la confidencialidad en la mitología del arbitraje

10. Cuestión distinta es si la confidencialidad se debe dar por su puesta y si se han de admitir sin reservas las posiciones que la elevan

³⁶ J.C. Fernández Rozas, "Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia", *Derecho Privado y Constitución*, n.º 19, 2005, pp. 55-91, esp. p. 58.

a la categoría de dogma considerando que se trata de una cuestión indiscutida³⁷. Hasta tiempos recientes, en efecto, los especialistas de la práctica arbitral han incorporado el postulado de la confidencialidad a la mitología del arbitraje (“*n’en demeure pas moins*”), a partir del reconocimiento del deber implícito de la confidencialidad desarrollada por la jurisprudencia. Semejante dogmatismo está tan arraigado que la confidencialidad suele presumirse por los operadores jurídicos que actúan en este sector³⁸, por más que no sea frecuente su plasmación en las normativas internas de los Estados. En realidad, muchas regulaciones guardan un prudente silencio sobre esta cuestión como puede observarse en la propia Ley Modelo de Uncitral de 1985 (LMU) y, por ende, en los países que la han adoptado total o parcialmente. Es mas, como la propia Uncitral reconoce en sus “Notas sobre la organización del proceso arbitral” de 1997

“31. Se acostumbra a considerar que la confidencialidad es uno de los rasgos más ventajosos y útiles del arbitraje. No obstante, el Derecho interno no responde siempre por igual a la pregunta de saber en qué medida los participantes en un arbitraje tienen el deber de observar la confidencialidad de la información referente al caso. Además, las partes que hayan convenido en un reglamento de arbitraje o en alguna otra norma que no contemple explícitamente la cuestión de la confidencialidad, no podrán pretender que todos los ordenamientos reconozcan una obligación implícita de confidencialidad. Por otra parte, los participantes en un arbitraje pueden entender de manera distinta el grado de confidencialidad que cabe esperar. Por ello, el tribunal arbitral quizá desee tratar de esta cuestión con las partes y, si lo considera conveniente, tomar nota de todo principio en el que se haya convenido sobre el deber de confidencialidad”³⁹.

Una perspectiva estatal evidencia, en efecto, que no todos los sistemas de arbitraje dan la misma respuesta a la cuestión de saber en

³⁷ Para introducirse en este debate en lo que concierne al arbitraje comercial internacional, resulta de utilidad la lectura de los siguientes estudios: J. Paulsson y N. Rawding, “The Trouble with Confidentiality”, *Arb. Int’l.*, vol. 11, n° 3, 1995, pp. 303–320; H. Bagner, “Confidentiality — A Fundamental Principle in International Commercial Arbitration?”, *J. Int’l Arb.*, vol. 18, n° 2, 2001, pp. 243–249 (que hace referencia a una encuesta realizada en 1992 por la LCIA y la *London Business Scholl*, entre operadores europeos de arbitraje que se inclinaba claramente por los beneficios de la confidencialidad); S. Kouris, “Confidentiality: Is International Arbitration Losing One of Its Major Benefits?”, *J. Int’l Arb.*, vol. 22, n° 2, 2005, pp. 127–139; I. Thoma, “Confidentiality in English Arbitration Law: Myths and Realities About its Legal Nature”, *J. Int’l Arb.*, vol. 25, n° 2, 2008, pp. 299–314.

³⁸ A. Bucher y P.-Y. Tschanz, *International Arbitration in Switzerland*, Basilea – Francfurt / Main, 1988, pp. 65–87; E. Gaillard, “Le principe de la confidentialité de l’arbitrage commercial international”, *Recueil Dalloz*, 1987, pp. 153 ss; P. Neill, “Confidentiality in Arbitration”, *Arb. Int’l.*, vol. 12, n° 3, 1996, pp. 287–317.

³⁹ http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1996_Notesproceedings.html.

qué medida los participantes en un arbitraje tienen el deber de observar la confidencialidad de la información referente al caso⁴⁰. Frente al empleo del tópico de que el respeto a la confidencialidad es uno de los rasgos más útiles del arbitraje⁴¹, la práctica plantea si estamos más ante una ficción que a una realidad⁴². Existe el peligro de considerar la confidencialidad como un instrumento que sirva para ocultar decisiones incorrectas, o carentes de ética, por parte de los árbitros, o ignorantes de los principios de base que deben adornar el desarrollo del proceso arbitral. Una suerte de blindaje de los árbitros que se vincula al postulado de la imposibilidad de revisar el fondo del laudo.

No obstante, la confidencialidad del arbitraje es las más de las veces una presunción de los árbitros, de las instituciones arbitrales o de las partes cuando no haya sido reconocida expresamente en el convenio arbitral⁴³ o en el reglamento de arbitraje y no puede hallarse una respuesta inequívoca de tal presunción, antes al contrario: recordemos el silencio generalizado de las reglamentaciones nacionales. Además, en ciertos sistemas se ha abierto una vía según la cual la protección de la información confidencial solo es pertinente cuando se observen ciertas circunstancias⁴⁴; puede hablarse en tal sentido de un proceso dialéctico entre confidencialidad y transparencia que incide de manera muy particular en el arbitraje comercial internacional⁴⁵ y, sobre todo, cuando una de las partes involucradas en un litigio es un Estado. La sola presencia de éste puede justificar la aparición del “interés público” e inclinar la balanza en favor de esta última.

En determinados arbitrajes, principalmente internacionales, se han producido casos en los que pese a la oposición de las partes la confidencialidad ha sido vulnerada con apoyo en argumentos de eventuales intereses legítimos del Estado sobre la materia en conflicto o de seguridad jurídica. Sin embargo, en algunos círculos arbitrales se considera que son excepciones muy lineales siendo objeto de grandes

⁴⁰ Baste atender a la jurisprudencia inglesa. Vid. L. Burger, “La confidentialité dans l’arbitrage, a propos de d’affaire Ali Shipping”, *Rev. arb.*, 1998, pp. 579 ss.

⁴¹ E. Loquin, “Les obligations de confidentialité...”, *loc. cit.*, pp. 323–352.

⁴² A. Edwards, “Confidentiality in Arbitration, Fact or Fiction?”, *Int’l Arb. L. Rev.*, vol. 3, 2001, pp. 94–95.

⁴³ J.-F. Poudret y S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2ª ed., Londres, 2007, pp. 315–321, que incluyen la cuestión de la confidencialidad dentro de los efectos del convenio arbitral.

⁴⁴ C.R. Thomson y A.M.K. Finn, “Confidentiality in Arbitration: A Valid Assumption? A Proposed Solution!”, *Disp. Res. J.*, vol. 62, n° 2, 2007, pp. 1–7.

⁴⁵ C.G. Buys, “The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration”, *Am. Rev. Int’l Arb’n*, vol. 14, n° 1 y 2, 2003, pp. 121 ss.

críticas pues de generalizarse estas acciones se perdería la esencia misma de la institución que estamos estudiando.

11. La referida una “presunción de confidencialidad”, aun cuando las partes no hayan manifestado nada al respecto⁴⁶, da por supuesto que las reuniones y las audiencias son confidenciales y que tal carácter se extiende definitivamente a todo lo que acontezca en el procedimiento arbitral incluyendo al propio laudo⁴⁷. Ciertas decisiones de procedentes de órganos jurisdiccionales de países que se constituyen en sedes del arbitraje confirman el espíritu reseñado. Como pusiera de relieve el fallo de 26 de junio de 1984 de la *Queen’s Bench Division (Commercial Court)* de Inglaterra y Gales en el asunto *Oxford Shipping Co. Ltd. / Nippon Yusen Kaisha /the Easter Saga*, simplemente por el hecho de que las partes hayan decidido de común acuerdo someterse al arbitraje los litigios particulares se producen exclusivamente entre ellas⁴⁸. En este caso una de las partes en un litigio pretendía acumular dos arbitrajes que procedían de dos acuerdos de arbitraje distintos en un único procedimiento, siendo esta pretensión acordada por el tribunal arbitral; sin embargo la parte discrepante acudió al juez que denegó la acumulación solicitada basándose, precisamente, en la confidencialidad que debían observar los arbitrajes.

12. Los argumentos favorables a esta construcción son numerosos y variados pese a que, como se ha indicado, las reglamentaciones nacionales suelen guardar silencio en esta materia. La naturaleza privada del arbitraje está, en efecto, íntimamente vinculada con el deber de confidencialidad que se disiparía cuando concluido el procedimiento arbitral, o en el transcurso del mismo, una de las partes por propio interés pudieran hacer pública cualquier información relacionada al proceso; e idéntica actitud debe adoptarse respecto de los testigos, peritos, administradores y los árbitros mismos. El secreto de los debates contribuye también a reforzar la independencia de raciocinio y la

⁴⁶ M. de Boissésou, *Le droit français de l’arbitrage interne et international*, París, 1990, p. 684; M. Romero Jiménez, “¿Es la confidencialidad un principio generalmente aplicado a los arbitrajes comerciales internacionales?”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n° 15, 2004, pp. 195–210.

⁴⁷ Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l’arbitrage commercial international*, París, 1996, p. 786.

⁴⁸ [1984] 3 All ER 835; 2 Lloyd’s Rep., p. 374; *J. Int’l Arb.*, vol. 2, n° 1, 1985, pp. 79–81. Vid. las observaciones de M. Collins, “Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceeding”, *Arb. Int’l*, vol. 11, 1995, pp. 321 ss, esp. p. 325; C. Galway Buys, “The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 14, n° 121, 2003, pp. 138 ss.

libertad de decisión de cada árbitro⁴⁹, amén de consolidar el principio de igualdad de las partes no sólo hasta que acaezca el laudo arbitral, sino con posterioridad al mismo⁵⁰. A partir de aquí se asevera con rotundidad que mantener la posición contraria sería abrir a terceros todo lo acontecido en el *sancta sanctorum* arbitral incluyendo información tan relevantes como prácticas comerciales, *know how* o estrategias empresariales que pudieran llegar a los competidores con perniciosas consecuencias. Y, en cualquier caso, si debe limitarse excepcionalmente el deber de confidencialidad, es menester realizar una distinción muy precisa de los documentos presentados al tribunal arbitral.

12. bis. En apoyo de esta construcción se suele acudir, en la jurisprudencia inglesa⁵¹, a la opinión del Juez Colman en el asunto *Hassneh Insurance Co of Israel / Mew* (1993) cuando, tras resaltar el carácter consuetudinario de la confidencialidad en el arbitraje, afirmó que

*“The disclosure to a third party of such documents would be almost equivalent to opening the door of the arbitration room to that third party. Similarly, witness statements, being so closely related to the hearing, must be within the obligation of confidentiality”*⁵²

Continuando con esta misma jurisprudencia la *Court of appeal* en el asunto *Ali Shipping Corp / Shipyard Trogir*⁵³ llegó más lejos en la afirmación del arraigo en la práctica arbitral de un deber implícito de confidencialidad derivado de la relación contractual; tal deber: *“is a term which the law will necessarily imply as a necessary incident of a definable category of contractual relationship”*⁵⁴.

2. Posición de los sistemas estatales y de los instrumentos internacionales

A) Tendencia mayoritaria

13. Frente a estos planteamientos se alzan otros muy sólidos que insisten en que la confidencialidad debe quedar claramente fijada en el convenio arbitral o que al menos puede derivar de su plasmación en el contrato en el que se inserta a través de las cláusulas habituales en la

⁴⁹ J.D. Bredin, “Le secret de délibéré arbitral”, *Études offertes à Pierre Bellet*, París, 1991, pp. 71–81.

⁵⁰ J.L. Delvolvé, “Vraies et fausses confidences ou les petits et les grands secrets de l’arbitrage”, *Rev. arb.*, 1996, pp. 373–391, esp. p. 387.

⁵¹ I. Thoma, *loc. cit.*, pp. 299–314.

⁵² 2 Lloyd’s Rep 243 (QB, 1993), p. 247.

⁵³ [1997] EWCA Civ 3054.

⁵⁴ [1998] 2 All ER 136 at 146.

materia⁵⁵, o por medio de los denominados pactos o acuerdos de confidencialidad que imponen por lo general al tomador de la información la obligación de no transmitir a terceros por ningún medio la tecnología cuyo acceso y derecho a uso o explotación se adquiere y también adoptar todas las precauciones necesarias a tal fin. Constatan el limitado tratamiento otorgado por las normativas estatales y de los centros de arbitraje en la materia, cuando no el absoluto silencio y, lo que es más significativo, por ser una postura propia de los países con acreditada práctica arbitral. Es el caso de los sistemas australiano, británico, francés, norteamericano, sueco o suizo, si bien en algunas situaciones particulares la jurisprudencia ha llenado parcialmente este vacío en sentido favorable o desfavorable a la institución que estamos estudiando.

13. bis. *V.gr.* en Francia se pronunció en favor de la confidencialidad la Sentencia de la *Cour d'appel* de París 1^{ère} Ch. suppl. de 18 de febrero de 1986 (*Aïta / Ojeh*); en este caso el demandante había acudido en anulación ante una jurisdicción manifiestamente incompetente con el objetivo de abrir un debate público sobre hechos que debían tener carácter confidencial. El *Cour d'appel* entendió que tal actitud había causado un perjuicio al demandado que debía ser objeto de reparación manifestando que “*de la nature même de la procédure d'arbitrage d'assurer la meilleure discrétion pour le règlement des différends d'ordre privé*”. Es, sin embargo, un mero *obiter dictum* que cierto sector de la doctrina ha elevado a categoría general⁵⁶, y que en la jurisprudencia de otros se rechaza. Tal es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo sueco de 27 de octubre de 2000 (*Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v Al Trade Finance Inc.*), que declaró expresamente no existe un deber legal de la confidencialidad implícito o inherente en un acuerdo de arbitraje⁵⁷.

13. ter. La misma tónica registran los principales Convenios internacionales reguladores del arbitraje de Nueva York, Ginebra o Panamá, que guardan silencio sobre la cuestión de la confidencialidad.

⁵⁵ *V.gr.*: “*Licensor shall hold confidential all information related to the product and refrain from disclosing or using such information for any other purpose other than the distribution of the product*”; o bien, “*The parties shall hold this agreement and all aspects concerning this agreement as confidential*”. Vid. F. Dessemontet, “Los accords de confidentialité”, *Mélanges Pierre Engel*, Lausanne, 1989, pp. 27–37; *id.*, “Los acuerdos de confidencialidad”, *Revista de Derecho Industrial* (Buenos Aires), n^o 37, 1991, pp. 165–178.

⁵⁶ *Rev. arb.*, 1986, pp. 583–585 y nota de G. Flécheux (la cuestión de la confidencialidad ni siquiera fue considerada por este comentarista).

⁵⁷ H. Bagner, “Confidentiality — A Fundamental Principle in International Commercial Arbitration?”, *loc. cit.*, pp. 247–248. Vid. *infra*, n^o 36.

Una actitud que refleja la reticencia de los Estados a quedar obligados por una regla de este tipo, aunque debe tenerse en cuenta que la “macro-perspectiva” reguladora de estos instrumentos justificaba sin lugar a dudas la exclusión⁵⁸.

B) Sistemas estatales que incluyen la confidencialidad: el art. 24.2º de la LA/2003

14. El sistema español ofrece un cierto componente de originalidad en el plano comparado. La Ley de arbitraje de 1953 y la LA/1988 nada decían sobre el tema y la incorporación del párrafo 2 del art. 24 a la LA/2003 (“Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”) fue producto de los trámites parlamentarios no figurando en el texto preparado por la Comisión General de Codificación⁵⁹. Es una de las pocas excepciones existentes en el Derecho comparado.

La lectura del precepto es compleja. En primer lugar, por su propia ubicación en la Ley, al lado de los principios rectores del procedimiento arbitral, cuando la confidencialidad difícilmente puede incluirse en ese catálogo siendo a lo más un rasgo “formal o extrínseco” de dicho procedimiento, de manera que su violación puede dar lugar a la responsabilidad del infractor siendo discutible que pueda entrañar la anulación del laudo⁶⁰; bien entendido que el art. 24 indica el “deber”, pero no las consecuencias de su incumplimiento.

En segundo lugar por la amplitud de personas sometidas al deber de confidencialidad y no determinarse nada en torno a la responsabilidad de los infractores, cuestión esta abierta a un debate que dista mucho de haberse cerrado en nuestro país que, al margen de la responsabilidad reglamentaria, enfrenta las posiciones al juego de la responsabilidad contractual o de la responsabilidad extracontractual. Recuérdense que de acuerdo con el art. 21.1º LA/2003: “La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo”, y que en los arbitrajes institucionales “el perjudicado tendrá

⁵⁸ Cf. A.C. Brown, “Presumption Meets Reality...”, *loc. cit.*, pp. 990–991.

⁵⁹ F. Mantilla Serrano, *Ley de arbitraje. Una perspectiva internacional*, Madrid. Iustel, 2005, p. 151.

⁶⁰ S. Barona Vilar, “Art. 24”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, *op. cit.*, p. 905; *vid.*, *asimismo*, I. Cubillo López en R. Hinojosa Segovia, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 69/2003, de 23 de diciembre)*, 2ª ed., Madrid, 2008, pp. 148–149.

acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros”.

15. Otro caso es de Nueva Zelanda que insertó en la Sección 14 de su *Arbitration Act* en vigor desde 1997 la siguiente previsión “*an arbitration agreement, unless otherwise agreed by the parties, is deemed to provide that the parties shall not publish, disclose, or communicate any information relating to arbitral proceedings under the agreement or to an award made in those proceedings*”⁶¹. Asimismo, sin que pueda hablarse de generalización, esta tendencia tiene un cierto arraigo, en América Latina dando algunos sistemas reglas muy vagas. El art. 1º LA boliviana incluye dentro de los principios rectores del arbitraje el de privacidad “que consiste en el mantenimiento obligatorio de la necesaria reserva y confidencialidad”; el art. 13§ 6º LA brasileña se limita a establecer que en el ejercicio de su función el árbitro deberá proceder con discreción; por último, el art. 42 LA venezolana establece que “Salvo acuerdo contraído de las partes los árbitros tendrán la obligación de guardar la confidencialidad de las actuaciones de las partes, de las evidencias y de todo contenido relacionado con el proceso arbitral”⁶².

3. Ley aplicable a la confidencialidad

16. La mera existencia de diversidad de las reglamentaciones nacionales suscita la eventual cuestión de la ley aplicable a la confidencialidad. La práctica demuestra que no es frecuente que las partes determinen la ley aplicable a este aspecto concreto, pero sí que la confidencialidad pueda ser quebrantada por imperativo legal; recuérdese que el art. 34 Regl. (internacional) AAA exige su cumplimiento a menos que “sea requerido por la ley aplicable”. Ante tal situación se han propuesto diversas leyes posibles para regir el supuesto de la confidencialidad de la controversia: la ley rectora de la sede del arbitraje, la ley rectora del convenio arbitral o la ley rectora del contrato⁶³. Al margen de que se admita que la confidencialidad derive directamente del convenio arbitral esto no implica que esté sometida a la ley que

⁶¹ D. Williams, “New Zealand: The New Arbitration Act”, *Int'l Arb. L. Rev.*, vol. 1, 1998, pp. 214–216.

⁶² J.C. Fernandez Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en America latina*, Madrid, 2008, pp. 541–546.

⁶³ J.L. Delvolvé, “Vraies et fausses confidences...”, *loc. cit.*, esp. p. 390. Para este autor “Ce serait une heureuse simplification si l'on pouvait considérer le problème sous l'angle d'une règle matérielle de droit international directement applicable”. *Vid.*, asimismo, P. Heitzmann, “Confidentiality and Privileges in Cross-Border Legal Practice: The Need for a Global Standard?”, *ASA Bulletin*, vol. 26, 2008, pp. 205–240

rige la validez del mismo, pues existe una estrecha vinculación al orden público de cada Estado; en todo caso tan solución sería coherente cuando las partes se sometan a un reglamento de arbitraje que contemple expresamente esta circunstancia⁶⁴. En el Derecho español, la ubicación de la obligación de confidencialidad en el art. 24 LA, precepto regulador de los principios rectores del procedimiento arbitral, parece conducir a que estamos ante una cuestión procesal regida, por tanto, por la ley rectora de dicho procedimiento.

Ante el incumplimiento la ley aplicable al deber de confidencialidad determina la oportunidad de su defensa y las condiciones en que esta puede ejercitarse; pero siempre estará presente el problema probatorio a la hora de determinar los daños y perjuicios derivados de tal revelación.

Sea cual sea la ley aplicable a la confidencialidad, lo cierto es que siempre será viable una impugnación basada en la contrariedad al orden público lo que significa que, en cierto modo, cualquier aproximación conflictual resulta inoperante. La facultad abierta a la aplicación de la *lex fori* material, como las posibilidades de materialización misma por vía del correctivo del orden público, convierten en innecesario cualquier esfuerzo conflictual orientado a resolver el asunto.

III. Confidencialidad y valores éticos del arbitraje

1. Confidencialidad de los árbitros

A) Alcance del deber deontológico

17. La consolidación del arbitraje está en función del comportamiento ético observado por los operadores de este particular procedimiento de solución de controversias. Su difusión y promoción como mecanismo eficaz en la resolución de los litigios entre las partes exige siempre que se cumplan los valores éticos ligados a esta actividad. Unos valores derivados de postulados de orden moral que deben guiar la actuación de los árbitros y estar presentes en desarrollo del procedimiento arbitral. Desde el momento que el arbitraje se funda en la confianza el respeto de las normas de ética profesional por parte de los árbitros ofrece singular importancia, pues constituye el vehículo esencial para mantener la dignidad de éstos y el prestigio de la institución arbitral si se opta por el arbitraje administrado como mecanismo alternativo de solución de conflictos. Es bien sabido que las

⁶⁴ Cf. F. Fages, "La confidentialité de l'arbitrage...", *loc. cit.*, p. 22.

normas éticas a que se encuentran sujetos los árbitros descansan sobre dos principios esenciales la imparcialidad y la independencia, aunque su contenido no posee el mismo alcance en las leyes internas y, sobre todo, en los reglamentos de las instituciones de arbitraje. Más, junto a tales postulados existen otros de no menor entidad que no han merecido hasta el presente con el tratamiento que se merecen. Entre ellos figuran los principios de privacidad y de confidencialidades del arbitraje que ya hemos delimitado en páginas anteriores.

Es habitual que las instituciones de arbitraje inserten en el propio Reglamento de arbitraje unas reglas sobre esta cuestión, las redacten de manera autónoma dentro de un Código ético propio o bien las incorporen a algún Código de conducta elaborado por alguna asociación profesional o de abogados con disposición al ejercicio de la actividad arbitral⁶⁵. Existen numerosos Códigos que fijan cánones de ética generalmente aceptados por los árbitros y partes en las controversias mercantiles con el objetivo de consolidar la confianza en la propia institución arbitral⁶⁶.

El buen árbitro es el que impone sus valores éticos en la conciencia de que en ello va su prestigio y que su futura actuación como árbitro va a verse favorecida por una conducta conforme con su criterio, y no plegado a las exigencias de un caso concreto. Por esta razón, las normas de ética profesional, entendidas como principios de orden moral que deben guiar la actuación de todo profesional y estar presentes en el ejercicio de cualquier cometido, cobran especial importancia tratándose de la labor desarrollada por los árbitros⁶⁷. No es casual que las asociaciones profesionales vinculadas con el arbitraje tengan una especial preocupación por establecer un catálogo de principios éticos que debe guiar la acción del árbitro⁶⁸. La confianza en los árbitros se incrementa desde el momento en que sea algo normal en el comportamiento de los árbitros el respeto de ciertas normas de ética profesional. Una actuación arbitral que ha asumido plenamente y sin reservas un código ético se alza como elemento esencial en tres distintas direcciones: el propio prestigio profesional de los árbitros, el del centro de arbitraje que eventualmente haya intervenido en su designación y, en definitiva, de la propia institución arbitral en un marco geográfico determinado.

⁶⁵ C.A. Rogers, "Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration", *Michigan J. Int'l L.*, vol. 23, 2001-2002, pp. 341-423, esp. 371-37.

⁶⁶ J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje...*, *op. cit.*, pp. 525-527.

⁶⁷ F. N. Andrichi, "A ética como pilar de segurança da arbitragem", *Revista de Doutrina e Jurisprudência* (Brasília), n^o 53, 1997, pp. 24-26.

⁶⁸ *Vid.* B.M^a Cremades, "Nuevo Código ético para los árbitros internacionales", *Revista de la Corte Española de Arbitraje (RCEA)*, vol. IV, 1987, pp. 9-14.

18. Hemos visto también como los ordenamientos internos no responden de manera unánime en torno al grado de confidencialidad de las informaciones referentes al litigio que deben observar los participantes en el mismo, pues mientras unos guardan silencio sobre el tema, otros elevan el deber de los árbitros de respetar el secreto de sus deliberaciones a la categoría de orden público⁶⁹. Tal particularismo puede producir una situación indefensión a una de las partes que no haya previsto esta eventualidad, esto es, que el ordenamiento estatal reconozca una obligación implícita de confidencialidad o que considere de manera diferente el alcance que cabe presumir de esta última.

Esta exigencia se puede reforzar a través de dos cauces diversos. En primer lugar, por la simple aceptación de un Reglamento de arbitraje que sea muy estricto en esta exigencia. En segundo lugar, las partes por sí solas, o con la participación del tribunal arbitral, pueden llegar a alcanzar un acuerdo *ad hoc* sobre confidencialidad en el que se especifiquen cuestiones tales como la documentación o información que deban mantenerse confidenciales, el plazo de vigencia de esa reserva, las medidas para salvaguardar la confidencialidad de esa información y de las vistas o las consecuencias de la obligación de secreto: responsabilidad e indemnización de los daños o perjuicios ocasionados. En las “Notas Uncitral sobre la organización del proceso arbitral” se especifica con cierta precisión cual es el contenido de un “acuerdo de confidencialidad”

“32. Un acuerdo sobre la confidencialidad puede abarcar, por ejemplo, una o más de las siguientes cuestiones: la documentación o información que deban mantenerse confidenciales (por ejemplo, elementos de prueba, alegaciones escritas y orales, el hecho mismo de que se esté realizando un arbitraje, la identidad de los árbitros, el contenido del laudo); medidas para mantener la confidencialidad de esa información y de las vistas; procedimientos especiales a emplear para mantener la confidencialidad entre varios usuarios o caso de considerarse que el correo electrónico no está, a su paso por redes públicas suficientemente protegido contra el acceso no autorizado); las circunstancias en que podrá ser revelada, total o parcialmente, la información confidencial (por ejemplo, cuando se trate de datos que sean ya de dominio público o si lo exige la ley o algún reglamento)”.

Como es lógico, las deliberaciones del tribunal arbitral y los contenidos del laudo deberán permanecer confidenciales indefinidamente, a menos que las partes liberen a los árbitros de esta obligación, y el árbitro no debe participar en ningún procedimiento destinado a enjuiciar el laudo ni facilitar información alguna con el pro-

⁶⁹ Así lo entendió, interpretando el art. 1469 *NCPC* la sentencia de *Cour d'appel* de Rouen de 16 de abril de 1986, *Rev. arb.*, 1988, pp. 327 y nota de M. de Boissésou. *Vid.*, asimismo J.P. Beraudo, “La confidentialité et le délibéré”, *Les arbitres internationaux: Colloque du 4 février 2005*, París, 2005, pp. 101–123.

pósito de facilitar tal enjuiciamiento, salvo que considere que debe revelar las conductas incorrectas o fraudulentas de cualquiera de los árbitros. Asimismo, la opción de que sea el árbitro el que adopte una medida cautelar, pues es el que dispone de una mayor información acerca de la conveniencia de su adopción al estar conociendo del asunto principal y poder apreciar con rapidez cuál es la medida más adecuada, evita no sólo las inevitables tácticas dilatorias que pudieran suscitarse ante el juez y consiguiendo una apreciable reducción de los costes procesales, sino que preserva el principio de confidencialidad⁷⁰.

Por todas estas razones la confidencialidad de los árbitros en el desempeño de sus funciones se conforma como uno de los principios esenciales del arbitraje⁷¹, figurando en la generalidad de los Reglamentos de arbitraje y en los Códigos de ética arbitral.

19. En rigor, el árbitro debe considerar todos los aspectos del arbitraje como confidenciales. Ello denota que no pueden entregar actas de la audiencia de arbitraje a terceros que no sean partes en el proceso; tampoco puede utilizar las informaciones a que tuvo acceso durante el procedimiento arbitral para obtener ventajas personales o para favorecer o perjudicar a terceros. Esta obligación subsiste incluso una vez concluido el litigio⁷².

De conformidad con lo dispuesto por las reglas de cada institución arbitral ciertos laudos dictados están a disposición del público, sin embargo un árbitro no puede difundirlos. Esta cláusula de confidencialidad es aplicable solamente a los árbitros, no a las partes. No debe interpretarse que nada de lo aquí dispuesto impone un manto de confidencialidad sobre las partes del arbitraje o impide a los árbitros librar órdenes de confidencialidad con respecto a ciertos documentos o información intercambiados entre las partes durante el transcurso del arbitraje. En ausencia de un acuerdo o si no existiera una orden contra-

⁷⁰ J.C. Fernández Rozas, "Arbitraje y justicia cautelar", *RCEA*, vol. XXII, 2007, pp. 44 y 49.

⁷¹ Ph. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 629.

⁷² A este respecto, el Código de Ética de la AAA señala que un árbitro debe una relación de confianza con las partes, que en ningún momento puede utilizar la información confidencial obtenida durante el procedimiento arbitral en su propio beneficio, o de terceros o con el fin de afectar negativamente los intereses de otro; el árbitro debe mantener todas las cuestiones relacionadas con el proceso de arbitraje y la decisión adoptada bajo la mas estricta confidencialidad; no es apropiado que un árbitro informe su decisión a terceros en momento alguno antes de que se le informe a todas las partes (canon VI). <http://www.finra.org/ArbitrationMediation/ResourcesforArbitratorsandMediators/p009525>. Vid. B. Mayerson y J.M. Townsend, "Revised Code of Ethics for Commercial Arbitrators Explained", *Disp. Res. J.*, vol. 59, n° 1, 2004, http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200402/ai_n9392136.

ria, las partes son libres en general, siempre que actúen de común acuerdo, de revelar los detalles de su propio proceso según lo consideren apropiado⁷³. Debe considerarse confidencial cualquier prueba documental o de otra índole presentada por una parte o un testigo en el arbitraje y, en la medida en que esa prueba contenga información que no sea del dominio público, ninguna parte cuyo acceso a esa información sea el resultado de su participación en el arbitraje utilizará o divulgará esa información a terceros bajo ningún concepto sin el consentimiento de las partes o por orden de un tribunal competente.

B) Secreto de las deliberaciones

20. Si se trata de un tribunal arbitral colegiado, el árbitro debe mantener el sigilo acerca de las deliberaciones con los otros árbitros que llevarán a la decisión final⁷⁴. Este deber se encuentra, asimismo, recogido por las Reglas de Ética de la IBA, que en su art. 9º establecen la obligación de confidencialidad en la deliberaciones del tribunal arbitral y, con alguna reserva, en el art. 30.2º Regl. *LCIA*. No es factible trasladar aquí las disposiciones que regulan el secreto de las deliberaciones de los jueces en la jurisdicción ordinaria porque la función arbitral es distinta pues no está condicionado por los deberes propios del desempeño de la función judicial que en esta materia de regula en el art. 139 LEC/2000 al establecer que “Las deliberaciones de los tribunales colegiados son secretas. También lo será el resultado de las votaciones, sin perjuicio de lo dispuesto por la ley sobre publicidad de los votos particulares”. Existe, además, otro importante elemento diferencial derivado de la propia flexibilidad del procedimiento arbitral en el sentido de que las deliberaciones de los árbitros no tienen que sujetarse a normas estrictas derivadas de la exigencia de presencia física y simultánea de los árbitros en los debates y pueden suplirse por conferencias telefónicas, e-mail, telex o fax; esto es, no debe confundirse con la “discusión oral”⁷⁵. Y este argumento se refuerza por el hecho de que las normas estatales e institucionales determinan el poder del árbitro de organizar el procedimiento.

Cosa distinta es que el árbitro muestre su parecer discrepante en su voto particular o que se niegue a firmar el laudo.

⁷³ J.B. Lee, “O princípio da confidencialidade na arbitragem comercial internacional”, *O direito internacional e o direito brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek*, Ijuí, 2004, pp. 732–740.

⁷⁴ Sobre esta materia puede consultarse el interesante artículo de J. Paulsson y N Rawding, “The Trouble with Confidentiality”, *loc. cit.*, pp. 303 ss.

⁷⁵ J.D. Bredin, “Le secret de délibéré arbitral”, *loc. cit.*, p. 73

2. *Confidencialidad en las instituciones de arbitraje*

21. Indudablemente, el arbitraje *ad hoc* garantiza en mayor medida la confidencialidad pues únicamente conocen de la controversia las partes y el árbitro o el tribunal arbitral y hay menos posibilidades de filtraciones indeseadas⁷⁶.

Desde hace varios años las instituciones líderes en el desarrollo arbitral mundial han marcado la pauta al señalar que la ética ocupa un lugar de especial relevancia no solo para las partes del arbitraje sino para la sociedad en su conjunto. Se trata de preservar el valor confianza en las relaciones mercantiles, lo que permite un desarrollo fluido de los intercambios comerciales, culturales, etc. Una de las ventajas del arbitraje institucional es permitir que las partes elijan un centro que cuente con un Reglamento que sea expresamente riguroso en torno al capítulo de la confidencialidad extendiendo esta última a cuestiones tales como la documentación o información utilizada en el arbitraje, por ejemplo, elementos de prueba, alegaciones escritas y orales, etc... Por eso es frecuente ver reflejada en la publicidad de los centros de arbitraje afirmaciones como la siguiente: “al contrario del procedimiento judicial, en principio público, el centro de arbitraje garantiza la confidencialidad del arbitraje, asegurando la no divulgación de la propia existencia del litigio y el secreto de lo que allí se dirime”.

Para garantizar la confidencialidad las instituciones arbitrales se esfuerzan para guardar la más absoluta discreción acerca de la identidad de las partes y el fondo de los asuntos que administren, estableciendo mecanismos que aseguren la privacidad de los documentos e informaciones aportados al procedimiento, conservando por un periodo razonable la documentación del procedimiento y, salvo que las partes pidan a su costa la devolución de documentos, procederán a su destrucción, previa comunicación por escrito a las partes⁷⁷.

Por lo general, sin embargo, los reglamentos arbitrales prestan atención especial al imperativo de la confidencialidad, que se considera forma parte de la esencia misma del arbitraje y es una regla que debe ser respetada por todos los que participen en la Institución arbitral, a cualquier título. Con este propósito el art. 30.1º Regl. *LCIA* dispone que

⁷⁶ J.C. Fernández Rozas, “Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales”, *RCEA*, vol. XXIII, 2008, pp. 71–104, esp. p. 102.

⁷⁷ J.C. Fernández Rozas, “Luces y sombras del arbitraje institucional...”, *loc. cit.*, pp. 86–87.

“Salvo acuerdo por escrito expreso en contrario de las partes, éstas, como principio general, se comprometen a mantener la confidencialidad de todos los laudos dictados en el curso del arbitraje, así como la de toda la documentación obrante en el procedimiento y la de cualesquiera otros documentos presentados por otra parte litigante que no sean de dominio público, salvo y en la medida en que su revelación sea consecuencia de la solicitud de una parte en ejercicio de su legítimo derecho para perseguir o proteger cualquier derecho o ejecutar o recurrir cualquier laudo de buena fe ante un juzgado competente o ante cualquier otra autoridad judicial”.

Esta preocupación por mantener el control de la documentación arbitral, necesario para garantizar la correspondiente reserva de lo actuado, ha sido una inquietud constante de la CCI que ha introducido, al efecto, sucesivas modificaciones a su Estatuto, subrayando, con especial insistencia, el carácter confidencial de las actividades de la Corte, declarándolo de obligado cumplimiento para quien participe en ellas a cualquier título. Para ello, la Corte deberá determinar expresamente las condiciones bajo las cuales “las personas ajenas a la misma pueden asistir a sus reuniones y a sus Comités y tener acceso a los documentos presentados a la Corte y a su Secretaría” (art. 6). Dicha determinación se regula de manera minuciosa en el art. 1 del Apéndice II Regl. CCI.

22. Importa que los miembros de una institución de arbitraje tengan el mínimo conocimiento de los asuntos que les llegan para que sean sometidos a arbitraje. Aquí desempeña una función esencial la Secretaría General, que ha de limitarse a suministrar la información mínima pertinente para que la referida institución pueda ejercer sus funciones de conformidad con su Reglamento, funciones que también tienen el carácter de confidenciales. Dicha información debe, pues, reducirse a extremos tales como el nombre de las partes, la cláusula de arbitraje pactada, la descripción general de la naturaleza de la controversia y el monto de la misma. En caso de que la institución arbitral o la comisión que en su seno se encargue del asunto concreto requiera de más información, la recabará de la Secretaría que la suministrará teniendo buen cuidado en no facilitar indicaciones acerca de la controversia o sobre el laudo. Únicamente si se procede así los operadores que recurran al arbitraje administrado tendrán la seguridad de que está asegurada la confidencialidad de su controversia.

23. Actualmente, la mayor parte de los reglamentos institucionales, o los más importantes, incluyen una obligación de confidencialidad, con alcances y especificaciones distintas. Por ejemplo, el art. 5 Regl. Centro de Arbitraje de México establece con precisión que:

“1. El carácter confidencial de las actividades del Consejo General deberá ser respetado por todos sus miembros, por el Secretario General y por todas las personas que lo asistan.

2. Únicamente podrán asistir a las sesiones del Consejo General sus miembros, el Secretario General y el personal de la Secretaría del CAM.

3. Tanto los documentos sometidos al CAM como los que produzca la Secretaría del CAM deberán comunicarse exclusivamente a los miembros del Consejo General y al Secretario General.

4. En ningún caso se autorizará la divulgación de los escritos, notas, comunicaciones y demás documentos presentados por las partes durante el procedimiento arbitral”⁷⁸.

La misma exigencia se recoge en términos más escuetos en otros Reglamentos: art. 9.3º Regl. Corte Española de Arbitraje (“La confidencialidad de la documentación generada en el arbitraje deberá ser observada, tanto por la Corte como por las partes, sus abogados, asesores, así como por los peritos y eventuales testigos”), Parágrafo único del art. 8 Regl. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, art. 49 Regl. Centro de Conciliación y Arbitraje de la Corte Internacional para el Mercosur, etc...

24. Ello no implica que, sin desvirtuar lo expresado con anterioridad, el centro incluya informaciones relativas a los arbitrajes que ha administrado en las estadísticas publicadas al efecto que se incluyan en publicaciones relativas a sus actividades, siempre que esa información no permita la identificación de las partes o de las circunstancias particulares de la controversia. En todo caso se requiere de la voluntad de las partes, siendo este consentimiento imprescindible pues, aunque se eliminen los nombres de las partes, los rasgos esenciales del caso pueden revelar información suficiente que habiliten a un tercero para identificar a las partes involucradas. De esta manera, el art. 1 del Reglamento interior de la Corte Arbitral de la CCI permite al Presidente o el Secretario General de la misma autorizar a que se den a conocer a investigadores que efectúen trabajos de naturaleza científica sobre el Derecho comercial internacional, los laudos y otros documentos de interés general, salvo memoriales, notas, manifestaciones y documentos presentados por las partes dentro del marco de un proceso arbitral. Dicha autorización solo se concederá cuando el beneficiario se haya comprometido a respetar el carácter confidencial de los documentos comunicados y a abstenerse de efectuar cualquier publicación relacionada con ellos sin antes haber sometido el texto, para aprobación, al Secretario General de la Corte.

⁷⁸ S. Gómez Ruano, “Confidentiality in International Arbitration”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, vol. II, nº 1, 2002, pp. 14-17.

No obstante, en determinados Centros de Arbitraje donde la dimensión jurídico-pública es determinante, la regla de la confidencialidad ha encontrado significativas fisuras, no sin ser objeto de serias críticas por parte de los medios arbitrales. Tal es el caso, en el Perú, del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Consucode) de publicar los laudos arbitrales en materia de contrataciones públicas al considerar que esas decisiones tienen, directa o indirectamente, incidencia sobre recursos públicos que, por definición, no pueden disponerse de manera secreta, sino que la disposición de los mismos (salvo las excepciones de Ley, como pueden ser las cuestiones relativas a seguridad nacional y defensa) debe estar abierta al escrutinio público⁷⁹. Asimismo, ciertos reglamentos añaden la posibilidad de excepcionar la regla por exigencia legal; según el art. 14.1º *in fine* Regl. Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, “cuando sea necesario hacerlos públicos por exigencia legal, para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo arbitral ante el Poder Judicial”.

3. Consecuencias de la violación del deber de confidencialidad

A) Repercusión en el laudo arbitral

25. Con el objeto de garantizar que el arbitraje comercial sea efectivo ha de existir una amplia confianza pública en la integridad y justicia del proceso pues la institución arbitral no reposa exclusivamente en la confianza sino también en la seguridad jurídica⁸⁰. La exigencia de responsabilidad implica, desde este punto de vista, una garantía a través de la cual las partes se aseguran que los árbitros desempeñen la función de juzgar que es sustraída a los jueces. Esta es la sanción esencial que preside este sector.

Como regla general la violación del deber de confidencialidad por uno o más árbitros no tiene repercusión en la validez del laudo arbitral y la jurisprudencia comparada considera que esta circunstancia no puede incluirse entre las causales que avalan la anulación del mismo. La jurisprudencia francesa anterior a la entrada en vigor del *NCPN* no es partidaria de admitir tan drástica consecuencias. Al respecto la sentencia de la *Cour d'appel* de París (*1^{ère} Ch. suppl.*) de 11 de

⁷⁹ F. de Trazegnies Granda, “La publicidad del arbitraje”, *Boletín Virtual del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima*, n° 5, abril 2005.

⁸⁰ S. Riegler, “Arbitrators’ Liability”, *Austrian Arbitration Yearbook*, 2007, pp. 105–124.

marzo de 1981 (*Daniel Barre / Société los Solidaires*) manifestó que como regla general el postulado del secreto de las deliberaciones se imponía a los árbitros al igual que a los jueces, pero “*sa violation n’est pas sanctionnée par la nullité, qui serait d’ailleurs dangereuse en matière d’arbitrage*”⁸¹.

25 bis. Esta afirmación tan tajante deberá contrastarse con la actual tendencia que se observa en ciertos sistemas jurídicos a ensanchar el ámbito de los motivos de anulación del laudo. Indudablemente si la violación del secreto da lugar a un perjuicio en los derechos de defensa de una de las partes (art. 41.1º.b LA/2003) tan circunstancia podría prosperar; máxime en el Derecho español al incluirse la obligación de confidencialidad en el art. 24 LA/2003, que contempla los principios de audiencia, igualdad y contradicción. Mayor dificultad para alcanzar el logro encontraría el recurso al orden público (art. 41.1º.f) pues el ámbito de esta causal para anular un laudo arbitral ante la jurisdicción estatal es taxativa y ha de ser interpretada de manera restrictiva justificando la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente, tanto en lo que concierne a las garantías jurídicas, como a las garantías y principios esenciales de procedimiento.

B) Responsabilidad

26. Muestra interés, desde la perspectiva del Derecho comparado, el estudio de la eventual responsabilidad de los árbitros a causa del ejercicio de su actividad. Una cuestión que se vincula al denominado “estatuto del árbitro” que comprende el conjunto de derechos y obligaciones que despliega su eficacia desde el momento en que éste comienza a ejercitar sus funciones (*receptum arbitrum*) y que no está perfectamente delimitado en las diversas leyes de arbitraje. No en vano la consideración en torno a los poderes de los árbitros está vinculada a la posición que se adopte en torno a la polémica dogmática, ciertamente estéril desde el punto de la práctica arbitral pero con importantes consecuencias prácticas, acerca de la naturaleza jurídica de esta institución⁸².

En España la LA de 1953 se inclinó decididamente por la tesis contractualista diferenciando el arbitraje de Derecho y el de equidad. En el primero cabía tanto la responsabilidad contractual como la extra-

⁸¹ *Rev. arb.*, 1982, pp. 84–90 y nota de J. Viatte.

⁸² J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial...*, op. cit., pp. 95-106.

contractual; no obstante, si bien en el ámbito de la primera se apuntaban los perjuicios derivados de la demora en la resolución y los gastos propios del arbitraje, guardándose silencio respecto de la segunda. Posteriormente la Ley 36/1988, en su art. 16.1^o fijó un mayor ámbito de responsabilidad del árbitro frente a las partes por los daños y perjuicios que su conducta ocasionara tanto por dolo como por culpa. No obstante, entre las distintas hipótesis generadoras de responsabilidad del árbitro la doctrina española no incluía la violación del deber de confidencialidad que, recordemos, no estaba explicitado en la normativa arbitral anterior a 2003⁸³ y, en concreto, al nuevo art. 24.2^o LA/2003. Recuérdese que en la actualidad este precepto debe ponerse en relación con el art. 21.1^o, según el cual “La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros”.

27. En esencia los árbitros están sometidos a dos tipos de obligaciones: las legales y las procedentes de la institución arbitral, si el arbitraje es administrado; y, junto a estas obligaciones, existen otras derivadas de la deontología profesional. Los sistemas de orientación contractualista se apresuran a asimilar la función contractual de los árbitros a la de expertos; de esta suerte, excluyen la responsabilidad por cualquier acto u omisión relacionado con el arbitraje, salvo que se demuestre que éstos han sido practicados de mala fe, que la conducta hay sido desleal, o se hay procedido indebidamente en forma consciente y deliberada. Suelen descartarse las posiciones que abogan por que la responsabilidad del árbitro deriva de la relación contractual que se desprende del convenio de arbitraje pues ésta se limita a establecer dicha relación entre las partes quedando los árbitros excluidos de la misma; cosa distinta es que pueda considerarse que estamos ante una prestación de servicios y que la responsabilidad pueda derivarse de la misma⁸⁴; desde semejante punto de vista sostiene que los árbitros, a diferencia de los jueces, deben responder de su negligencia o dolo como cualquier otro profesional que arrienda y presta sus servicios.

⁸³ Esta circunstancia, por ejemplo, no figura dentro del exhaustivo electo efectuado por F. Lledó Yagüe, “Art. 16”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, coord.), Madrid, 1991, pp. 265–285, esp. pp. 278–279.

⁸⁴ Ph. Fouchard, “Relationship Between Arbitrator and Parties and the Arbitral Institution”, *ICC ICArb. Bull.*, n^o 12, 1995 (supl.), p. 16.

La heterogeneidad que muestra el Derecho comparado en esta materia dificulta cualquier intento de unificación; por esa razón en los trabajos preparatorios de la LMU de 1985 se llegó a la conclusión de que era mejor relegar esta cuestión. El argumento clásico en defensa de esta actitud es que cualquier reclamación que pueda efectuarse contra los árbitros es susceptible de producir en efecto desestabilizador de la propia institución arbitral. Sin embargo debe también quedar muy claro que los árbitros han adquirido unos compromisos y que por lo tanto pueden contraer una responsabilidad contractual y por supuesto *ex delicto* por el ejercicio no correcto de sus funciones arbitrales. Los árbitros son *prima facie* responsables por el incumplimiento de sus obligaciones y deberes profesionales, así como por la violación de las leyes y sus reglamentos. Esta responsabilidad puede ser disciplinaria, civil o penal. La responsabilidad del árbitro comienza desde el mismo momento de la aceptación de su cargo y es una consecuencia directa de la obligación que asumen de cumplir fielmente el encargo de arbitrar, esto es, un deber de llevar a cabo un trabajo, de realizar una determinada labor específica, cuyo incumplimiento, si causa daños y perjuicios, debe afrontar. La fidelidad en el encargo no se limita, pues, a la eventual vulneración de unas reglas de deontología profesional, sino al incumplimiento del ordenamiento jurídico, lo que permite exigir al árbitro que no ha guardado la referida fidelidad, responsabilidad por dolo o culpa. De esta suerte, los árbitros son personalmente responsables, ya sea civil, administrativa o penalmente, por todas las infracciones de aquellos deberes que en el desempeño de su cargo les corresponden conforme a la Ley y habrán de reparar los daños con este motivo ocasionados. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del tercero que resulte beneficiado por la actuación arbitral.

28. Como regla general los árbitros, por su carácter, función que desarrollan y naturaleza cuasi pública, están exentos de responsabilidad disciplinaria. No obstante, en el arbitraje institucional es factible hallar supuestos en los que pudiera derivarse algún tipo de sanción disciplinaria en función del vínculo que el árbitro tenga con la entidad que administra el arbitraje. Y esto es independiente de si el árbitro en cuestión desempeña su misión mediante una posición profesional, señaladamente abogado; en tal caso es factible que pueda incurrir en causa que determine algún tipo de responsabilidad de acuerdo con la normativa de su colegio profesional. Ahora bien, volviendo a la responsabilidad disciplinaria, el árbitro, en cuanto miembro de una institución, deberá someterse a las reglas de la misma, y quedará sometido

por tanto a las responsabilidades que se regulen en el propio reglamento o en los estatutos de la referida institución.

Aunque éste sea un motivo de controversia doctrinal, porque los árbitros carecen de facultad ejecutiva siendo su actividad meramente declarativa, éstos pueden quedar sometidos a responsabilidad extracontractual o aquiliana ante las partes cuyos derechos serán decididos y ante todos los participantes en el proceso, por cualquier acción u omisión que cause daño a otro. Dentro de los supuestos que pueden enunciarse con carácter general cabe incluir la violación del deber de confidencialidad.

29. Si se ha suscrito un acuerdo de confidencialidad o existe una cláusula que la establezca pesará sobre el árbitro la obligación del secreto y facultará al perjudicado a la indemnización de daños y perjuicios a través de una acción de carácter contractual por incumplimiento de contrato de conformidad con los arts. 1.091 y 1.101 Cc. Caso no de existir tal compromiso la acción a interponer por el perjudicado tendrá carácter extracontractual. Asimismo su violación podrá generar responsabilidad criminal. Por ejemplo, en Francia quedaría incluida en el art. 226.13^o Código penal: “*La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende*”. En España una situación similar podría quedar incluida en el art. 199 Código penal, según el cual

“1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

Una cuestión particular puede producirse cuando se trate de un arbitraje que verse sobre una materia objeto de “información clasificada”, entendiéndose por tal un tipo de información sensible que está restringida por las leyes o regulada para clases particulares de personas. El conocimiento de dicha información requiere una habilitación formal de seguridad para manejar y acceder a ciertos documentos con el propósito de evitar que su empleo afecte a la seguridad nacional; por ejemplo, esta cuestión está regulada en España, por la Ley 9/1968, modificada por la de 48/1978, sobre secretos oficiales. El supuesto es

bastante frecuente. Pensemos en un contrato con cláusula de arbitraje entre una empresa pública relacionada con la defensa con una empresa privada, *v.gr.* en materia de fabricación de armamento o de informática relacionada con la seguridad del Estado. En caso de conflicto los representantes de las partes y los árbitros deberán obtener la correspondiente autorización de la autoridad competente para entrar a conocer de la materia y, en este caso la violación, del deber de confidencialidad está sometido a sanciones mucho mayores. De acuerdo con el art. 11.1º de la referida Ley “Las personas facultadas para tener acceso a una *materia clasificada* quedarán obligadas a cumplir con las medidas y prevenciones de protección que reglamentariamente se determinen, así como las particulares que para cada caso concreto puedan establecerse”.

30. Pasando a la responsabilidad de las instituciones de arbitraje importa retener que si un centro de arbitraje desea consolidarse debe ser intransigente en todo lo que concierne a la responsabilidad de éste y de sus miembros. La credibilidad de una institución administradora depende en buena parte de ello y la acreditación de este aspecto diferencia en buena medida las instituciones con prestigio de aquellas cuyo proceder queda sometido a serias reservas. La aceptación de una solicitud de arbitraje obliga a la institución administradora a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hiciera, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causare por el dolo o negligencia inexcusable; ello abre la vía de la acción directa contra dicha institución por el perjudicado, valgan lo que valgan las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros. La regla de exoneración de responsabilidad que la gran parte de los reglamentos de arbitraje propugnan no contribuye, precisamente, a garantizar la confianza de los particulares en este procedimiento de arreglo de controversias. Baste atender que la exclusión de responsabilidad figura en el art. 35 Regl. AAA: “Los miembros del tribunal y el administrador no serán responsables ante ninguna parte por ningún acto u omisión relacionado con el arbitraje conducido conforme a este Reglamento, salvo que ellos sean responsables por las consecuencias de su actuación incorrecta, consciente y deliberada”; asimismo, el art. 34 Regl. CCI dispone que “Ni los árbitros, ni la Corte o sus miembros, ni la CCI o sus empleados, ni los Comités nacionales de la CCI serán responsables, frente a persona alguna, de hechos, actos u omisiones relacionados con el arbitraje”. Dicha regla, redactada en 1998, que ha sido duramente criticada tanto

desde la perspectiva jurídica como desde la perspectiva política⁸⁵, es común en la práctica arbitral de América Latina: Parágrafo único, n° 2 del art. 8 Regl. CACC, art. 43 Reg. CAM, art. 6 Regl. Canaco, etc.

Así se explica que sea muy importante la especificación de los servicios que pretende prestar al desarrollo del arbitraje, toda vez que a medida que una entidad de este tipo asume mayores competencias aumenta paralelamente el margen de su responsabilidad, que se reparte entre la simple culpa *in eligendo*, cuando su función se limita a la designación de árbitros, o la culpa *in vigilando* de mucha mayor entidad si decide encargarse de la supervisión del procedimiento arbitral⁸⁶. La naturaleza de la responsabilidad del centro posee, en principio, un carácter solidario contra el usuario que ha confiado su controversia a la misma.

IV. Límites de la confidencialidad

1. Excepciones naturales

31. En la práctica la confidencialidad aloja excepciones naturales, señaladamente si se produce la intervención de la jurisdicción estatal desplazándose el procedimiento arbitral al ámbito de lo público⁸⁷. Esto es, si se interpone un recurso de anulación o se inicia un proceso de reconocimiento y ejecución del laudo. En el primer caso, si una parte apela contra una laudo arbitral, este último, sus fundamentos y la materia objeto del arbitraje parece obvio que deberán ser sacados a la luz ante los Tribunales estatales y que podrán ser discutidos en un procedimiento público; si el laudo es impugnado judicialmente alegándose la nulidad de él, todo el procedimiento pasa al conocimiento de los tribunales estatales y automáticamente se convierte en público, por cuanto no hay actuaciones judiciales secretas; dicho con otras palabras, si las partes acuerdan que cabe recurso de nulidad, en la instancia judicial están renunciando de algún modo a la confidencialidad. En el segundo caso, la parte que ha obtenido un laudo favorable debe presentar el laudo y el acuerdo arbitral a efectos de obtener el reconocimiento y la ejecución. Puestas así las cosas, cuando se presenta una solicitud de medidas cautelares la existencia y contenidos

⁸⁵ Cf. P. Lalive, "Sur la irresponsabilité arbitrale", *Etudes de Procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.-F. Poudret*, Lausana, 1999, p. 419; *id.*, "Irresponsability in International Commercial Arbitration", *Asian Pacific Law Review*, vol. 7, n° 2, 1999, pp. 172-176.

⁸⁶ B.M^a Cremades, "La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales", *RCEA*, vol. VI, 1990, p. 19.

⁸⁷ C. Müller, "La confidentialité en arbitrage commercial...", *loc. cit.*, p. 226.

del proceso arbitral deberán ser tratados y discutidos más allá del tribunal arbitral, especialmente si existe el derecho de impugnación. Por último, la confidencialidad puede quebrar cuando debe acudir a la vía judicial para la ejecución forzosa del laudo llegándose, incluso, a su publicación⁸⁸.

32. La confidencialidad en el arbitraje puede quebrar a través de maniobras mal intencionadas de una de las partes. En primer lugar, la violación de confidencialidad como táctica dilatoria⁸⁹. En segundo lugar, por el hecho de plantear una acción de anulación ante la jurisdicción ordinaria con el único propósito de dar publicidad a la controversia, toda vez que la decisión que la resuelva seguirá las mismas reglas que las decisiones judiciales y el público conocerá el nombre de los contendientes, las actuaciones controvertidas de los árbitros y el propio objeto del litigio. Esta circunstancia patológica exige soluciones preventivas como que se decrete el secreto de las actuaciones o que se guarde el total anonimato de las partes. Un precedente para el futuro en tal sentido es el que se manifestó en el asunto *C / D*, objeto de una decisión de 5 de diciembre de 2007 de la *Court of Appeal* de Inglaterra y Gales⁹⁰; según este Tribunal

“... would further wish to emphasise that any future application for privacy or anonymity (for arbitration appeals) should be supported by written evidence at the time such application is made in the form of a statement from someone at managerial level explaining the need for privacy or anonymity”.

⁸⁸ El art. 87 LA peruana establece que “El juez ordenará, a instancia de la parte que solicite la ejecución, la publicación en los diarios y/o revistas que se señale, de un aviso en donde se haga mención de haberse tenido que recurrir a la instancia judicial para obtener la ejecución del laudo. Los costos de las publicaciones serán de cuenta de la parte solicitante”.

⁸⁹ Resolución Procesal n° 13/2006, CIADI, ARB/92/2, Asunto *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende* / *República de Chile*, ita.law.uvic.ca/documents/ProceduralOrderNo.13_SP_Final.pdf

⁹⁰ [2007] EWCA Civ 1282. En este asunto la *Court of Appeal* de Inglaterra y Gales había admitido la audiencia a puerta cerrada y el anonimato de las partes, sin embargo en su decisión final entendió que después de conocido el asunto no era necesario tener una audiencia apartada del público: “*We held the oral hearing in private at the joint request of the parties. It is not the practice of this court to sit in private on arbitration (or indeed any other) appeals unless there is a special reason to do so. That is the case even though parties to arbitrations can legitimately expect that arbitrations are themselves confidential to the parties. Having heard the appeal, I am satisfied that there was no good reason to have sat in private at any rate if anonymisation of the parties was continued for the hearing. I would therefore now rescind the order which the court originally made for a private hearing but continue the order for anonymity for the moment*” (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2007/1282.html>).

Bien es verdad que es una construcción particular del sistema inglés, pero de generalizarse se alcanzaría una importante extensión del ámbito de la confidencialidad que cedería ante argumentos justificados por medios de prueba acreditados.

2. Excepciones basadas en razones de interés público

A) Obligaciones de transparencia

33. Mayores problemas ofrece la posibilidad de que el principio de confidencialidad quede afectado por razones de interés público y que opere como una excepción a este postulado; tanto más cuanto el ámbito de dicho interés pugna con el interés inicial de las partes de mantener el proceso arbitral alejado del ámbito público lo que constituye la esencia misma del arbitraje⁹¹. Puede apreciarse, en tal sentido, una importante tendencia expansiva⁹². Las denominadas “obligaciones de transparencia” atañen esencialmente a materias bursátiles⁹³, penales o fiscales cediendo en estos casos el interés privado de las partes ante una obligación general de información basada en el interés público. Pero también atañen a lo que pudiera calificarse como orden público procesal en el sentido de que el derecho de defensa ante la jurisdicción estatal podría justificar la presentación de algún documento generado en el curso de un procedimiento arbitral.

La aceptación de juego de estos límites no constituye ninguna novedad en el Reino Unido⁹⁴ (la Ley inglesa de arbitraje de 1996, dispone en su art. 1.b) que “*the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest*”) y en otros países del *common law*.

⁹¹ J. Paulsson y N. Rawding, *loc. cit.*, pp. 313 ss; A. Tweeddale, “Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception”, *Arb. Int'l*, vol. 21, n° 1, 2005, pp. 59–69; J. Misra y R. Jordans “Confidentiality in International Arbitration: an Introspection of the Public Interest Exception”, *J. Int'l Arb.*, vol. 23, n° 1, 2006, pp. 39–48.

⁹² V. Denoix de Saint Marc, “Confidentiality of Arbitration and the Obligation to Disclose Information of Listed Companies or During Due Diligence Investigations”, *J. Int'l Arb.*, vol. 20, n° 2, 2003, pp. 211–216.

⁹³ “*Il n'existe aucun doute que la confidentialité de l'arbitrage s'efface devant les obligations imposées par la transparence financière*”. Cf. F. Fages, “La confidentialité de l'arbitrage...”, *loc. cit.*, p. 38.

⁹⁴ M.J. Mustill, y S.C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2ª ed., Londres, 1991, p. 112; M. Collins, “Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceeding”, *Tex. Int'l L.J.*, vol. 30, n° 1, 1995, pp. 121–134.

B) La controvertida jurisprudencia estadounidense y australiana: el asunto *Esso Australia Resources Ltd*

34. La jurisprudencia norteamericana registra un precedente que tuvo en su día una amplia repercusión, la Sentencia de la *Court of Appeals (Third Circuit)* de marzo de 1988 el asunto *United States / Panhandle Eastern Corp*⁹⁵, dictada a propósito de la orden efectuada por el Gobierno norteamericano a una sociedad de este país de que le fueran entregados los documentos relativos a un arbitraje CCI localizado en Ginebra que le había enfrentado a una empresa argelina. En dicho fallo el tribunal norteamericano afirmó que ni en el convenio de arbitraje ni en los reglamentos aplicables al litigio se desprendía una obligación de confidencialidad y, lo que es más importante, que no existía un principio general de confidencialidad aplicable al arbitraje comercial internacional; en consecuencia el gobierno tenía derecho a consultar los documentos requeridos⁹⁶.

35. Otros precedentes relevantes se observan en la jurisprudencia australiana⁹⁷. Sin duda el asunto estrella deriva de una decisión de 7 de abril de 1995 de la *High Court* de Australia en el caso *Esso Australia Resources Ltd. & others / the Honourable Sidney James Plowman & others*⁹⁸, favorable a las pretensiones de la Administración que había solicitado información a un tribunal arbitral sobre ciertos datos especialmente sensibles en torno a márgenes de ganancias, costos de producción y reservas estimadas de gas, fundamentando la misma en que los consumidores y población de Victoria no deberían verse privados de conocer lo que acontecía en el litigio, cuyo resultado afectaba los precios a pagar por los usuarios. Para justificar su proceder el Juez Mason consideró que la confidencialidad era una consecuencia del carácter privado del arbitraje, no un test de carácter inmutable o uno de los pilares básicos de la institución; subrayó la existencia de una diver-

⁹⁵ 118 F.RD 346 (D. Del. 1998); 842 F2d 685. Vid. R. Baruti, "Justice Trumps Confidentiality", *The Commercial Litigation Journal*, November–December, 2008, pp. 22–24.

⁹⁶ A.C. Brown, "Presumption Meets Reality...", *loc. cit.*, p. 976.

⁹⁷ Vid. S. Fisher, "Government and Rights–Protection in Commercial Contexts", en B. Horrigan (ed.), *Government Law and Policy*, Sydney, 1998, pp. 142–203, esp. pp. 176–186; M. Pongracic–Speier, "Confidentiality and the Public Interest Exception: Consideration for Mixed International Arbitration", *The Journal of World Investments*, vol. 3, n° 2, 2002, pp. 231–265 (Faculty of Law, University of British Columbia, 2001, http://cfcj-fcjc.org/clearinghouse/drpapers/2001-dra/monique_ponggra.html); M. Secomb, "Confidentiality and Privacy in Arbitration: Lessons of Ali", *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, vol. 4, 2000, n° 1, pp. 89–94.

⁹⁸ *Arb. Int'l*, vol. 11, 1995, pp. 235 ss.

gencia entre la privacidad de las audiencias y la privacidad del procedimiento en general, concluyendo con la opinión de que la confidencialidad no es un atributo esencial de los arbitrajes entre particulares, por lo que es incorrecto considerarla implícita en el acuerdo de arbitraje:

“... the court held that confidentiality is not an essential attribute of private arbitration, whether on the grounds of long-standing arbitral custom and practice, or in order to give efficacy to the private nature of arbitral proceedings”.

Pero la *High Court* no se detuvo aquí. Llegó a señalar que el requerimiento de tramitar las audiencias “en privado”, no implicaba una obligación de confidencialidad para que pudieran impedirse el acceso al público a documentos e información proporcionada en el procedimiento

“In particular, by stipulating that neither the privacy of the proceedings, nor custom and practice, justify a duty of confidentiality in arbitration, the very basis of the implied duty has been laid open to challenge”⁹⁹.

35 bis. Con carácter coetáneo destaca también en la jurisprudencia australiana el asunto *Commonwealth / Cockatoo Dockyard Pty. Ltd.* objeto de una decisión del Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur de 24 de octubre de 1995¹⁰⁰, donde se estableció que el interés público en el contexto de la confidencialidad en el arbitraje involucra también intereses morales, políticos y hasta filosóficos. Versaba el asunto sobre un conflicto entre la sociedad Cockatoo Dockyard Pty. Ltd. contra el gobierno australiano. Dicha entidad había conseguido una concesión de casi siglo y medio de un astillero en la isla de Cockatoo, pero en los años ochenta del pasado siglo el gobierno australiano descontento de las actividades del concesionario y ante supuestos incumplimientos de éste inició un arbitraje. Así las cosas un periodista que no pudo acceder a la información de este contencioso presentó una demanda basada en las leyes australianas sobre libertad de expresión. La compañía se opuso a tal requerimiento exigiendo al árbitro la más estricta confidencialidad, posición que no fue compartida por el gobierno, que argumentó que la libertad de expresión era una materia que debía incluirse en la noción de interés público. El árbitro confir-

⁹⁹ Al margen de los informes de S. Byod, S. Bond, J.M.D. Lew y H. Smit publicados en *Arb. Int'l*, vol. 11, 1995, pp. 265 ss, *vid.* sobre este caso E. Bertrand, “Confidentialité de l'arbitrage: évolution ou mutation après l'affaire Esso/BHP v. Plowman”, *Rev. dr. aff. int.*, 1996, n° 2, pp. 167–177; H. Smit, “Plowman v. Esso Australian Resources Ltd.: Confidentiality in Arbitration”, *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 2, n° 4, 1991, pp. 490–492; *id.*, “Confidentiality in Arbitration: Case Note on the Decision of the High Court of Australia in Esso/BHP v. Plowman”, *Arb. Int'l*, vol. 11, 1995, pp. 337 ss.

¹⁰⁰ NSWSC 97.

mó la tesis de la compañía afirmando su obligación de confidencialidad y ante esta situación el gobierno acudió al Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur por entender que con tal proceder se había excedido de sus funciones, pero tal pretensión fue rechazada. En consecuencia apeló la decisión volviendo a insistir en si las consideraciones efectuadas por el árbitro en torno al mantenimiento de la confidencialidad sobre documentos preparados con ocasión de el arbitraje constituían o no una extralimitación, toda vez que estaban involucrados la protección de la salud pública y restauración del medio ambiente de la población.

El equilibrio era difícil pues del lado contrario existían razones que podían justificar que el procedimiento arbitral no se convirtiese en un santuario protector de ciertas obligaciones de información, por lo que debía darse cierta relevancia a la protección del interés público¹⁰¹. El Tribunal Supremo bajo la presidencia del Juez Kirby consideró por mayoría que cuando un Estado era parte en un arbitraje el árbitro no poseía competencia para imponer una obligación de confidencialidad¹⁰².

35 ter. Una posición tan extrema, que limita en gran medida en ámbito de la confidencialidad¹⁰³, ha sido considerada como un “*a nuclear event in Australia*” produciendo verdaderos “*seismic tremors*” en el mundo del arbitraje, por eso un cierto sector del mundo del arbitraje respiró con alivio cuando la *High Court* de Singapur pronunció su fallo en el asunto *Myanma Yaung Chi Oo Co Ltd / Win Win Nu*¹⁰⁴ manteniendo la línea trazada por la jurisprudencia inglesa de la que ya hemos dado cuenta.

3. Publicidad de los laudos

36. El carácter concluyente y obligatorio del laudo posee una evidente repercusión en los derechos y las obligaciones derivados de los asuntos resueltos en su esfera de actividad, pero su publicación puede entrañar efectos muy perjudiciales para las partes o para una de las partes. Por eso el art. 28.2º Regl. CCI dispone que podrán expedirse copias adicionales del laudo, cuya autenticidad será certificada por el secretario general, “a solicitud de las partes y sólo a ellas”. En efecto,

¹⁰¹ Vid. A. Rogers y D. Millar, “Non-Confidential Arbitration Proceedings”, *Arb. Int'l*, vol. 12, nº 3, 1996, pp. 343 ss.

¹⁰² NSWLS 662 (CA).

¹⁰³ P. Neil, “Confidentiality in Arbitration”, *Arb. Int'l*, vol. 12, 1996, pp. 287 ss, esp. p. 289.

¹⁰⁴ Vid. *supra*, nota 32.

una información sesgada o errónea puede dejar en una situación no deseada a uno de los contendientes y provocar en el otro una reacción similar en el sentido de realizar una serie de contra-revelaciones sobre el asunto e un legítimo ejercicio de autodefensa. La regla de base, derivada de la confidencialidad inherente al arbitraje abarca al contenido del laudo arbitral. Las excepciones a dicha regla son por el momento limitadas y no poseen una vocación de devorarla.

La primera de ellas se observa en algunos sistemas estatales; por ejemplo la Sentencia del Tribunal de Estocolmo de 10 de septiembre de 1998 en el asunto *Bulbank (Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. / A.I. Trade Finance Inc., Zur Vertraulichkeit von Schiedsverfahren)*, confirmadas por el Tribunal Supremo por Sentencia de 27 de octubre de 2000, declaró que el hecho de que *AI Trade Finance Inc.* hubiera publicado la decisión del tribunal sobre jurisdicción en una revista especializada en Derecho, no era razón suficiente para que *Bugarian Foreign Trade Bank LTD* pudiera conseguir la nulidad de la cláusula arbitral a consecuencia de la violación de la obligación de confidencialidad. En opinión del tribunal, no se puede esperar que una parte en el arbitraje esté obligada a la confidencialidad, salvo que las partes hayan celebrado un acuerdo respecto a esta confidencialidad. Más concretamente:

“It is likely in many cases that the making public of information in arbitral proceedings could be viewed as a breach of the duty of good faith imposed on the parties in relation to each other. In this assessment, great importance should be attached to what kind of information is made public. Thus it is, for example, likely that information touching on the operations of the parties or its explanation of the action in the arbitration dispute may normally be regarded as more worthy of protection than information that an arbitration between the parties is in progress or information that concerns purely procedural issues of a general nature. Furthermore, it should be taken into account, inter alia, whether there was an acceptable reason for the publicising, to what extent the other party has been caused damage by this and, should it occur, whether the information was given with the purpose of harming the opposing party”

Esta decisión se aparta claramente de la línea trazada por la jurisprudencia inglesa llegando a considerarse desde círculos procedentes de una determinada ortodoxia arbitral como una contribución muy negativa al desarrollo de la confidencialidad en el arbitraje¹⁰⁵

36 bis. La segunda excepción contempla la publicidad del laudo como un instrumento con una finalidad coadyuvante de los derechos

¹⁰⁵ Cf. T. Nakamura, “Confidentiality in Arbitration SVEA Court of Appeal Decision— Is it Good News from Stockholm?”, *Mealey’s International Arbitration Report*, vol. 14, 1999, pp. 24 ss, esp. p. 27; H. Bagner, “Confidentiality — A Fundamental Principle in International Commercial Arbitration?”, *loc. cit.*, pp. 246–248.

legales de la parte en relación a un tercero; en este caso el deber de confidencialidad no debiera ser considerado vulnerado cuando exista una razón legal y justificable para disponer de él de frente a un proceso judicial y esto debería extenderse a supuestos en los que exista una exigencia legal de dar a conocer el laudo (*v.gr.*, reglas del mercado de valores, el estatuto de una sociedad, los derechos de los accionistas, por nombrar unos casos, contengan disposiciones especiales que concedan la facultad de tener conocimiento de un laudo).

36 ter. La tercera excepción convierte la publicidad en un elemento de presión para el cumplimiento del laudo. En algunos sistemas como el peruano se permite la publicidad del laudo como sanción a su incumplimiento en el arbitraje interno; de acuerdo en el art. 87 LA peruana “El juez ordenará, a instancia de la parte que solicite la ejecución, la publicación en los diarios y/o revistas que se señale, de un aviso en donde se haga mención de haberse tenido que recurrir a la instancia judicial para obtener la ejecución del laudo. Los costos de las publicaciones serán de cuenta de la parte solicitante”. Y la presión puede tener también un componente institucional cuando el arbitraje está a la vez que administrado por un centro de arbitraje, vinculado a una determinada mercancía o servicio y la publicidad del fallo puede ser un elemento consustancial al concreto sistema donde se desarrolla. Es el caso, en Argentina de la Cámara Arbitral de Cereales y Afines, cuyo reglamento en su art. 6 reserva a la Cámara, salvo acuerdo expreso en contrario de las partes, la facultad de hacer conocer sus laudos arbitrales de “interés general” en el comercio de granos; e, incluso, limita la referida facultad de las partes si la Cámara estima oportuna “dar a publicidad los laudos que se estimen importantes por su carácter de precedente o por revestir interés general, y las comunicaciones que se consideren necesarias o convenientes ante el incumplimiento de sus decisiones”.

Algunos reglamentos de arbitraje difieren en torno al ámbito de la confidencialidad a todas las etapas del arbitraje. En Argentina, por ejemplo, el Reglamento de procedimiento para la solución de controversias ante las Cámaras Arbitrales de Cereales y afines, aprobado por Decreto n° 931/98 establece en su art. 6 que

“Salvo acuerdo expreso de las partes en contrario, la Cámara se reserva la facultad de hacer conocer sus laudos arbitrales de interés general del comercio de granos. Las partes no podrán, sin embargo, limitar las facultades de la Cámara de dar a publicidad los laudos que estimen importantes por su carácter de precedente o por revestir interés general, y las comunicaciones que se consideren necesarias o convenientes ante el incumplimiento de sus decisiones”.

37. En torno a los resultados de la labor de los árbitros siempre ha gravitado una cierta nota de clandestinidad. A efectos de consolidar una suerte de “jurisprudencia arbitral” cada vez es más frecuente que en el arbitraje institucional se abra la posibilidad de dar a conocer el contenido, siquiera sea parcial de algunos laudos que tuvieran un interés doctrina. No obstante, en la publicación deberá preservarse la identificación de las partes y otras circunstancias que las hicieran fácilmente identificables, lo cual no es factible en muchos casos donde una mínimo referencia al contenido del asunto o a la materia objeto del arbitraje puede servir para identificar a las partes. Para evitar estas consecuencias, parece ser útil establecer algunos límites en los cuales podría ser mejor dar a conocer solo un extracto de la parte dispositiva de el laudo en vez de incluir su contenido íntegro. El carácter exotérico apuntado tiende a desaparecer con la publicación de los denominados “extractos saneados” de los laudos, que son aquéllos a los que se han eliminado los nombres de las partes o cualquier otro elemento que permita la identificación”; una publicación que, por ejemplo, en la CCI no se considera que infringe los arts. 28.2º y 1º del apéndice II Reg. CCI¹⁰⁶. Por eso publicación de resúmenes de laudos en revistas especializadas ya ha dejado de ser excepcional e, incluso, algunas instituciones arbitrales muestran interés en difundir su jurisprudencia mediante publicaciones corporativas, evitando el conocimiento de la identidad de las partes con lo cual el secreto del arbitraje no sufre el menor perjuicio¹⁰⁷.

Y es en el estudio de estos extractos de laudos publicados donde se pueden observar las tendencias de los árbitros en la solución de los conflictos producidos en el ámbito de los negocios internacionales. Quiérase o no, la nota de confidencialidad que adorna al arbitraje requiere para la publicación total o parcial del laudo en consentimiento de todas las partes y también, en algunos casos, el del tribunal arbitral. De acuerdo con el art. 30.3º Regl. LCIA, “La Corte de la LCIA no publica –ni total, ni parcialmente– ningún laudo sin el previo consentimiento de todas las partes y del tribunal arbitral”).

¹⁰⁶ Y. Derains y E.A. Schwartz, *El nuevo Reglamento de Arbitraje...*, op. cit., p. 359.

¹⁰⁷ Como es el caso de la Cámara de Comercio Internacional con su *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI / ICC International Court of Arbitration Bulletin*, que apareció en 1990; también se encuentran estos extractos en el *Journ. dr. int.* desde el año 1974, algunos de ellos traducidos al español y publicados en la útil recopilación de Y. Derains, *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Madrid, 1985. Por citar otro ejemplo, la *Society of Maritime Arbitrators, Inc.* proporciona información electrónica de los laudos dictados bajo sus auspicios a través del “SMA Award Service” (<http://www.smany.org/sma/smaaward.html>).

V. Consideraciones finales

38. La confidencialidad se ha configurado como una de las ventajas inherentes al arbitraje frente al recurso a la jurisdicción ordinaria constituyendo uno de sus mitos más significados. Frente al empleo del tópico de que el respeto a la confidencialidad es uno de los rasgos más útiles del arbitraje, la práctica plantea si estamos más ante una ficción que a una realidad. Permanece el peligro de considerar la confidencialidad como un instrumento que sirva para ocultar decisiones incorrectas, o carentes de ética, por parte de los árbitros, o ignorantes de los principios de base que deben adornar el desarrollo del proceso arbitral. Una suerte de blindaje de los árbitros que se vincula al postulado de la imposibilidad de revisar el fondo del laudo. Por esta razón, las normas de ética profesional, entendidas como principios de orden moral que deben guiar la actuación de todo profesional y estar presentes en el ejercicio de cualquier cometido, cobran especial importancia tratándose de la labor desarrollada por los árbitros. Y entre ellas la confidencialidad ocupa un lugar destacado.

Dejando a un lado la especificidad registrada en los últimos años en el arbitraje de inversiones, con manifestaciones diversas entre las que destaca la intervención de los *amici curiae*, la jurisprudencia muestra, sin embargo, una importante crisis de este paradigma que se percibe tanto en los sistemas de Derecho escritos como en los de *common law*. Esta crisis se proyecta tanto en el contenido de los distintos componentes de la confidencialidad (existencia misma del litigio, procedimiento, audiencias, deliberaciones del tribunal, intercambio de documentos o laudo arbitral) y en la diversidad de la responsabilidad de los sujetos intervinientes (partes, árbitros, institución arbitral, testigos, etc...), que no pueden ser considerados de una manera unitaria, como en la dificultad de establecer un principio general en la materia.

Es cierto que si las partes incluyen expresamente una cláusula de confidencialidad para su controversia, no sólo antes de iniciarse el litigio sino durante su desarrollo, esta voluntad debe respetarse; pero si tal circunstancia no se produce o existen factores superiores, basados esencialmente en el interés público, es difícil apoyar la existencia de un principio consolidado que imponga la confidencialidad absoluta de lo actuado en el arbitraje. De la práctica que se desprende de los sistemas con una experiencia arbitral arraigada no cabe extraer una regla uniforme en torno al alcance de la confidencialidad en el arbitraje y tampoco del contenido de su incumplimiento. Bien entendido que

la jurisprudencia francesa e inglesa es más proclive a sancionar los incumplimientos de este postulado, en tanto que la australiana, norteamericana y sueca es más favorable a la transparencia de lo actuado en el arbitraje. Y esa dificultad se acrecienta por el hecho de que las reglamentaciones nacionales no lo suelen contemplar. Por eso la introducción de un precepto en tal sentido en el art. 24.2º LA/2003 rompe la tónica existente en el Derecho comparado y no dejará de suscitar problemas; sobre todo, en lo que concierne a la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

Junto a las obvias ventajas que ofrece desde la perspectiva de los intereses de las partes litigantes, el mantenimiento de la confidencialidad como rasgo característico del procedimiento arbitral no está libre de críticas. Con ella se pierde la garantía que la obligada publicidad supone para las partes, mientras que el secreto del procedimiento puede encubrir fraudes a la inspección fiscal y llevar a la decisión arbitral cuestiones que importa ocultar a los tribunales por su naturaleza ilegal o ilícita, por ejemplo repartos de zonas para evitar competencias o para mantener prácticas monopolísticas o con el propósito de asegurar una operación de corrupción.

Más tampoco el levantamiento del velo está exento de abusos que precisan la correspondiente corrección. Señaladamente que so pretexto de difundir las informaciones derivadas de un arbitraje por razones de interés público se pueda dar más revelación de la necesaria con el evidente perjuicio para una de las partes. En este caso el problema es hasta que punto el árbitro o, eventualmente, el juez pueden evaluar el alcance de tal abuso.

RESUMEN: La confidencialidad se ha configurado como una de las ventajas inherentes al arbitraje frente al recurso a la jurisdicción ordinaria constituyendo uno de sus mitos más significados. Frente al empleo del tópico de que el respeto a la confidencialidad es uno de los rasgos más útiles del arbitraje, la práctica plantea si estamos más ante una ficción que a una realidad. La confidencialidad del arbitraje es las más de las veces una presunción de los árbitros, de las instituciones arbitrales o de las partes, cuando no haya sido reconocida expresamente en el convenio arbitral o en el reglamento de arbitraje y no puede hallarse una respuesta inequívoca de tal presunción, antes al contrario: las reglamentaciones nacionales, a excepción curiosamente de la española (art. 24.2º Ley de Arbitraje de 2003) guardan silencio sobre esta cuestión. Además, en ciertos sistemas se ha abierto una vía según la cual la protección de la información confidencial solo es pertinente cuando se observen ciertas circunstancias. Puede hablarse en tal sentido de un proceso dialéctico entre confidencialidad y transparencia que incide de manera muy particular en el arbitraje comercial internacional y, sobre todo, cuando una de las partes involucradas en un litigio es un Estado. La sola presencia de éste puede justificar la aparición del “interés público” e inclinar la balanza en favor de esta última.

PALABRAS CLAVE: ARBITRAJE – CONFIDENCIALIDAD – TRANSPARENCIA- RESPONSABILIDAD.

ABSTRACT: Contrasting with ordinary jurisdiction, confidentiality has been construed as one of the inherent advantages to arbitration and constitutes one of its more significant myths. Nevertheless, beyond the cliché of confidentiality as one of the more useful features of arbitration, practice make us question whether we are facing a fiction more than a reality. Most of the times, arbitration confidentiality is more of a presumption of the arbitrators, arbitral institutions or of the parties when it has not been expressly recognized in the arbitral clause, and it is not possible to find an unequivocal answer to that presumption. On the contrary, national regulations – with the curious exemption of Spanish law (art. 24.2º Arbitration Act, 2003) – remain silent on this issue. In addition, it is perceived that some systems are opening the way to considering that the protection of confidential information is only pertinent when certain circumstances are met. There is, in this respect, a dialectical process between confidentiality and transparency that has especial repercussions in international commercial arbitration, particularly when one of the litigant parties is a State. Its sole presence can justify resorting to “public interest” and inclining the balance in favour of transparency.

KEYWORDS: ARBITRATION – CONFIDENTIALITY - TRANSPARENCY – LIABILITY.