

LA CONFIDENCIALIDAD EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: SUPOSICIONES DE LA OBLIGACION IMPLICITA Y UNA PROPUESTA DE SOLUCION

Kenneth I. Ajibo*

Resumen: La confidencialidad se mantiene como una de las características principales del arbitraje comercial internacional y un gran número de usuarios del arbitraje comercial internacional asume que es inherentemente confidencial al elegirlo. Sin embargo, esta suposición resulta no ser el caso dado que muchas leyes locales y reglas arbitrales actualmente no disponen supuestos de confidencialidad y aquellas que sí lo hacen, varían en su enfoque y alcance, tanto en las personas afectadas, la duración y los recursos. Una disposición general de confidencialidad en un contrato no necesariamente incluye al arbitraje. No obstante, las partes pueden prever la confidencialidad por acuerdo y determinar el alcance, grado y duración de la obligación, así como los recursos disponibles. Normalmente, las obligaciones de confidencialidad tanto en contratos como en reglas arbitrales buscan sujetar a las partes en la controversia, así como a sus mandatarios y representantes (incluyendo al abogado). De manera similar, buscan obligar a los árbitros, a las instituciones arbitrales y de ser aplicable, a los secretarios del tribunal arbitral, así como a las demás personas que estén bajo su control.

Este trabajo de investigación doctrinal busca examinar críticamente la obligación general de confidencialidad en el arbitraje comercial internacional y asimismo tiene como objetivo cuestionar por qué tal obligación aún debe ser considerada como una característica necesaria en la comunidad de arbitraje internacional cuando las excepciones a esta regla general han disminuido su importancia en la práctica.

Palabras clave: Confidencialidad, Arbitraje comercial internacional, obligación implícita, obligación expresa, alcance, naturaleza, partes comerciales, árbitro, reglas arbitrales y aplicación.

* Kenneth Ikechukwu Ajibo, LL.B, B.L. (Abogado y Fiscal de la Suprema Corte de Nigeria). LL.M (Hull), PGD (Hull), PhD (Hull), Investigador de la Facultad de Derecho, Universidad Hull, Reino Unido. El autor se hace responsable por cualquier error o desacuerdo que el presente trabajo pueda contener y puede contactarse vía email a las direcciones K.Ajibo@hull.ac.uk o ajibokennethikechukwu@yahoo.com, así como al número telefónico +447586748245.

Traducción por Jocelyn Nichols

I. INTRODUCCION

Este artículo postula que la incorporación expresa de una cláusula de confidencialidad en el arbitraje, que sea lo suficientemente detallada, podría reducir potenciales controversias. Asimismo, sostiene que es necesario un marco de confidencialidad internacional materializado en una regla uniforme aplicada por defecto para guiar a las partes en arbitraje, la cual debería iniciar desde diversas legislaciones nacionales y reglas arbitrales.

A través de los años, parece existir una presunción de que el deber de confidencialidad existe en el arbitraje comercial internacional, pero esta aparente suposición en tiempos recientes ha permanecido en gran medida como una cuestión controvertida, como puede deducirse del caso *Esso Australia Resources Ltd vs El Honorable Sidney James Plowman*.¹

Las opiniones de jueces, comerciantes y destacados académicos alrededor del mundo respecto a este tema, se han mantenido fuertemente divididas.² Por una parte, los proponentes argumentan que la confidencialidad como un mecanismo privado es una condición implícita en todos los acuerdos arbitrales, lo cual es la razón principal por la que las empresas a nivel mundial han hecho del arbitraje el foro elegido para la resolución de los asuntos comerciales internacionales.³ Este deber de confidencialidad discutiblemente distingue al arbitraje del litigio.⁴

Por un lado, los tribunales ingleses aceptan la presunción de una obligación implícita, y así lo han planteado en el caso *Dolling-Baker vs Merrett*.⁵ Países con tradición jurídica romana, incluyendo Francia, Suiza y Alemania han seguido el enfoque inglés, de que la confidencialidad es una condición implícita en todos los acuerdos de arbitraje.⁶ Por el otro lado, el punto de vista opuesto es que la obligación de confidencialidad debe estar prevista ya sea en las reglas de arbitraje aplicables, o señalada por las partes expresamente en el acuerdo de arbitraje. En otras palabras, tanto los tribunales de Australia y de Estados

¹ [1995] 128 ALR 39 – En el caso australiano de *Esso*, que se trataba de un asunto entre Esso y el Secretario australiano de Energía y Minerales acerca de la información referente a los precios percibidos por el público, una de las partes fue obligada por el Secretario de Energía de Australia a revelar cierta información usada en el arbitraje. La Corte Suprema de Australia sostuvo que la confidencialidad no era un principio aplicable a los procedimientos de arbitraje. La corte llegó a esta conclusión desde la base que el requerimiento de llevar el procedimiento en privado no implica que hay una obligación implícita que impida la divulgación de documentos e información referentes al procedimiento arbitral. Adicionalmente, cualquier posible obligación de guardar la confidencialidad es vulnerable a una excepción concedida en nombre del “interés público”.

² Alan Redfern y Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (Londres: Sweet & Maxwell 2004); D Edward, *Confidentiality in arbitration: fact or fiction?*, (2001) 4(3) Int'l Arb Journal 94-95.

³ Véase *Science Research Council vs Nasse* [1980] AC 1028 HL.

⁴ *Ibid.*

⁵ [1990] 1 W.L.R. 1205 (C.A) – En *Dolling-Baker*, el Tribunal de Apelación inglés sostuvo que existe una obligación implícita de confidencialidad derivada de la naturaleza del mismo arbitraje. Aunque el tribunal no intentó dar una definición precisa del alcance de la obligación, encontró, en el caso anterior, que la obligación implícita de confidencialidad aplicaba a los documentos preparados para y usados durante el arbitraje, o creados o divulgados durante el curso del arbitraje, o transcripciones o notas de las pruebas en el arbitraje o el laudo así como las pruebas que hayan sido ofrecidas por cualquier testigo en el arbitraje.

⁶ Ver *Oxford Shipping Co. Ltd vs Nippon Yusen Kaisha* [1984] 2 Lloyd's rep.373 (QB.Com. Ct); *G. Aita vs A. ojjeh*, C.A. Paris, 18 de febrero de 1986, 1986 Rev. Arb. 583.

Unidos parecen argumentar en esta dirección al abandonar expresamente la posición de los tribunales ingleses.⁷

Este artículo propone que, si bien puede que no exista un acuerdo definitivo en la comunidad de arbitraje internacional, desarrollar un marco internacional en forma de una regla uniforme aplicable por defecto (modelo) sobre confidencialidad, puede guiar a las partes del arbitraje para reducir frecuentes controversias del sector comercial.

Además se sostiene que las partes que someten sus controversias al arbitraje deberían esforzarse por redactar su cláusula de arbitraje con un grado de certeza y lo suficientemente detallada si desean mantener la confidencialidad respecto a los procedimientos y otros materiales que son revelados en las controversias.

Para alcanzar su propósito, este documento se divide en tres partes, en las que la Parte I examina los argumentos a favor y en contra de la obligación de confidencialidad, dado su valor en el procedimiento arbitral, incluyendo las realidades de la práctica arbitral. La Parte II considera el alcance y otras cuestiones más amplias respecto a la confidencialidad en el arbitraje internacional. Esta parte es relevante, ya que cuestiona aún más la pertinencia del deber de confidencialidad cuando sus excepciones han ensombrecido la obligación implícita en la práctica. Además revisa las leyes arbitrales locales y las actuales reglas institucionales en el arbitraje comercial internacional. La Parte III concluye con algunas sugerencias adicionales para proteger plenamente la autonomía de las partes, que los tribunales deban solo aplicar un deber de confidencialidad en la medida que las partes lo acuerden explícitamente y cómo el desarrollo de una regla modelo uniforme (por defecto) como un marco internacional sobre confidencialidad puede guiar a las partes en el arbitraje que puede iniciar por las legislaciones nacionales e instituciones arbitrales.

II. CONFIDENCIALIDAD *VERSUS* PRIVACIDAD

La confidencialidad y la privacidad son citadas frecuentemente como las ventajas principales del arbitraje internacional sobre el litigio.⁸ Sin embargo, la información y los documentos revelados en los procedimientos de arbitraje internacional podrían no siempre encontrarse en ese supuesto. No existe una

⁷ Véase Redfern and Hunter (n 2).

⁸ Julian Lew; Lukas Mustill y Stefan Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration* (The Hague, Netherlands: Kluwer Law International 2003), párrafos 1-26.

obligación universal de confidencialidad en el arbitraje internacional y los sistemas legales nacionales, incluyendo las instituciones arbitrales, han adoptado una amplia gama de enfoques para analizar el tema.⁹

La confidencialidad y la privacidad son referidas a menudo indiferentemente, no obstante, aunque indudablemente son principios relacionados, no son lo mismo.¹⁰ Por un lado, la privacidad se refiere al derecho de las partes a tener procedimientos arbitrales en privado siendo excluidos de asistencia quienes no sean parte.¹¹ La importancia de la privacidad es extensamente reconocida y reflejada en las normas de la mayoría de las instituciones arbitrales internacionales.¹²

Por el otro lado, la confidencialidad se refiere a la obligación de las partes a no revelar a terceros la existencia, naturaleza, contenido y resultado de los procedimientos arbitrales, incluyendo la información o los documentos generados o revelados durante el curso del arbitraje.¹³ La obligación de confidencialidad de no divulgar cualquier información de los procedimientos o de cualquier sentencia, se

⁹ Meri Stojcevski y Bruno Zeller, *Confidentiality and Privacy Revisited*, (2012) 78 (4) *Revista de Arbitraje* 332 - 339,333.

¹⁰ La investigación de 2013 de Queen Mary/ PricewaterhouseCoopers (PwC) sitúa a la confidencialidad debajo de la neutralidad y la especialización de los árbitros como razón por la cual las partes utilizan el arbitraje, pero tal ranking varía dependiendo de la industria. Christian Buhning-Uhle reporta que “las dos ventajas más significativas” del arbitraje internacional son la neutralidad del foro y la facultad de hacer cumplir los laudos bajo la Convención de Nueva York. Véase Christian Buhning, *Arbitration and Mediation in International Business* (Kluwer 1996) 136-37. Los encuestados para su investigación mencionan a la confidencialidad como otra “ventaja principal”, pero después de la neutralidad y ejecutoriedad. Véase Christian Buhning, Gabriele Scherer, and Lars Kirchhoff, *The Arbitrator as a Mediator: Some Recent Empirical Insights*, (2003) 20(1) *Journal of International Arbitration* 81-88. Christian Buhning, Lars Kirchhoff y Gabriele Scherer, *Arbitration and Mediation in International Business* (2^{da} edición, Kluwer 2006). Una investigación de Richard Naimark de la AAA (con Stephanie Keer) encuentra a la privacidad situada en el número siete (de ocho) de los atributos del arbitraje internacional, indicando que la “privacidad es un atributo a menudo sobrevalorado”. Véase Richard Naimark y Stephanie Keer, *International Private Commercial Arbitration: Expectations and Perceptions of Attorneys and Business People: A Forced Rank Analysis*, (2002) 30(5) *International Business Lawyer* 203.

¹¹ Yves Fortier, *The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality*, (1999) 15 *Arb Int’L* 131-132.

¹² Para un atractivo debate sobre la confidencialidad como un privilegio en el arbitraje internacional, ver Jason Fry, *Without Prejudice and Confidential Communications in International Arbitration (When Does Procedural Flexibility Erode Public Policy?)*, (1998) *Int’ L Arb. L. Rev.* 209.

¹³ De acuerdo a la investigación de 2006 “Arbitraje Internacional: Actitudes y Prácticas Corporativas” de PwC y la Facultad de Arbitraje Internacional de la Universidad Queen Mary de Londres: “las principales razones por las que se debe elegir al arbitraje internacional son la flexibilidad del procedimiento, la ejecutoriedad de los laudos, la privacidad que otorga el procedo y la facultad de las partes de elegir al árbitro”. Ver http://www.pwc.co.uk/eng/publications/International_arbitration.html – páginas 2 y 7) consultada el 13 de febrero de 2015. Véase también, Loukas Mistelis, *International Arbitration - Corporate Attitudes and Practices - 12 Perceptions Tested: Myths, Data and Analysis Research Report*, (2004) *The American Review of International Arbitration* 525.

extiende a las partes, sus representantes y al tribunal arbitral. Pero a diferencia de la privacidad, el alcance de la confidencialidad en el arbitraje internacional se establece de una manera menos clara.¹⁴

La conclusión del análisis anterior es que mientras la confidencialidad y la privacidad pueden ser conceptos afines en el arbitraje, no son exactamente iguales en cuanto a su aplicación.

A. EL DEBER IMPLICITO DE CONFIDENCIALIDAD

En primer lugar, los doctrinarios, jueces, practicantes, incluyendo a los árbitros, parecen estar de acuerdo en que las partes al menos pueden acordar algún grado de confidencialidad, y en muchos casos, la obligación de confidencialidad es asumida y preservada.¹⁵ Incluso la resolución de *Esso* admitió que las partes pueden acordar algún grado de confidencialidad, sin embargo, no es una característica implícita del arbitraje.¹⁶

En segundo lugar, se comentó a favor del deber implícito que incluso si la regla expresa de confidencialidad no se encontraba dentro del acuerdo arbitral, la obligación podría aún estar implícita.¹⁷ La razón es porque no es necesario definir explícitamente cada obligación legal dado que el deber de confidencialidad, como la obligación de buena fe y trato justo, está implícito en la ley y su beneficio sigue siendo reconocido y es por lo que el sector comercial prefiere al arbitraje sobre el litigio.¹⁸

Como tercer punto, puede argumentarse que la confidencialidad tiene el potencial de hacer los procesos arbitrales más eficientes.¹⁹ Por ejemplo, incluso cuando los terceros sin interés son excluidos del proceso arbitral y ciertos documentos relevantes de las audiencias no son divulgados al público, ello no

¹⁴ El concepto de privacidad se usa generalmente para referirse al hecho de que solo las partes, y no terceros, pueden acudir a las audiencias arbitrales o participar de cualquier manera en los procedimientos arbitrales. Por el contrario, el término confidencialidad se usa para referirse a la obligación impuesta a las partes de no revelar a terceros información concerniente al arbitraje. Véase Alexis Brown, *Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration*, (2001) 16 Am. U. Int'l L. Rev, p. 969-1014. Ver Gary Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer 2009) p. 2251 f. En el contexto del arbitraje comercial internacional y para propósitos de este artículo, el término "confidencialidad" se refiere al alcance hasta el que la información relacionada con, o revelada dentro de un procedimiento de arbitraje, es protegida de su revelación a las partes no involucradas en el procedimiento arbitral (por ejemplo, el público en general). Este concepto es diferente a la noción de que la confidencialidad como un privilegio entre el abogado y su cliente.

¹⁵ Ibid

¹⁶ *Esso Australia Resources Ltd vs The Honourable Sidney James Plowman* [1995] 128 ALR 39.

¹⁷ Ver Brown (n 14) 974.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ver Fortier (n 11) 132.

implica que el resultado del arbitraje o la sentencia permanezcan secretos por completo.²⁰ Los proponentes del deber de confidencialidad sostienen que el resultado de cierto número de procesos arbitrales puede hacerse público incluso si las audiencias fueron resguardadas del público y el interés privado de las partes a las restricciones a la divulgación se mantiene como excepción a la regla.²¹

Del mismo modo, otro escenario podría ser cuando la parte condenada incumple su obligación de cumplir el laudo arbitral, por lo que la parte vencedora puede acudir a los tribunales para hacer ejecutar el laudo. Con respecto a esto, los términos del laudo pueden convertirse en un hecho público en la medida en que, por motivos de intereses públicos y privados, lo requiera el tribunal, dejando aspectos sustanciales del procedimiento arbitral en secreto.²² Podría decirse que este alcance se encuentra aún dentro del alcance del deber general de confidencialidad, lo que demuestra la eficiencia del procedimiento.²³

En consecuencia, la eficacia y eficiencia de esta confidencialidad en los procedimientos serían debilitadas si toda la información de los procedimientos fuera hecha pública mediante la divulgación de documentos relacionados con el arbitraje.²⁴ En otras palabras, habría poca justificación en excluir al público de una audiencia arbitral si a las partes pudieran publicar lo que se dijo e hizo en las audiencias.²⁵

Algunas reglas deben ser seguidas a manera de rutina incluso si no están contempladas dentro de la cláusula arbitral; y la confidencialidad es una de esas reglas en el arbitraje.²⁶ En esta misma línea, los proponentes de esta obligación sostienen que la privacidad y la confidencialidad están implícitas en el

²⁰ Ibid

²¹ Ibid; Michael Young y Simon Chapman, *Confidentiality in international arbitration: Does the exception prove the rule? Where now for the implied duty of confidentiality under English Law?* (2009) 27(1) Boletín ASA 26-47.

²² C Thompson y A Finn, *Confidentiality in Arbitration: A Valid Assumption? A Proposed Solution*, (2007) 62 *Dispute Resolution Journal* p. 4-1.

²³ R Reuben, *Confidentiality in Arbitration: Beyond the Myth*, (2006) 54 *Kansas Law Review* 1271-1274.

²⁴ Ibid

²⁵ A Tweedle, *Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception*, (2001) 21 *Arb. Int'l*, 63-64; Véase Philip Rothman, *Pssst, Please Keep It Confidential: Arbitration Makes It Possible*, (1994) 49-Sep *Disp. Resol. J.* 69; Michael Fesler, *The Extent of Confidentiality in International Commercial Arbitration*, (2012) 78(1) *Arbitration Journal* 48-58 48-49.

²⁶ Robert Smith y Nicholas Shaw, *The Center for Public Resources Rules for Non-Administered Arbitration of International Disputes: A Critical and Comparative Commentary*, (1997) 8 *Am. Rev. Int' L Arb.* 275, 316 (reconociendo a la confidencialidad como un elemento clave para elegir al arbitraje); Michael Pryles, *Assessing Dispute Resolution Procedures*, (1996) 7 *Am. Rev. Int' L Arb.* 267 (identificando la conservación de las relaciones gracias a la confidencialidad en el arbitraje como una ventaja sobre el litigio).

acuerdo de arbitraje, por lo que muchas de las resoluciones inglesas e incluso los académicos apoyan este punto de vista.²⁷

A pesar del caso australiano de *Esso*²⁸ y del caso estadounidense de *Panhandle*²⁹ que no comparten esta visión, hay un sólido cuerpo en la comunidad arbitral internacional que postula que la confidencialidad del material divulgado en los procesos arbitrales es un “elemento deseado del arbitraje” y debe ser mantenido en la mayor medida posible, y el laudo emitido en el caso *Dolling-Baker*³⁰ confirmó ese punto de vista en Inglaterra.³¹

Podría argumentarse que una obligación implícita de confidencialidad ha sido la costumbre en el arbitraje comercial internacional, lo que parece ser la razón por la cual el tribunal observó que la confidencialidad no depende de la naturaleza privada de la materia en cuestión, ni depende de la costumbre, el uso, o eficacia empresarial.³² Más bien, la confidencialidad está unida a los acuerdos de arbitraje como una cuestión de derecho.³³

Ali Shipping es una decisión de referencia que da fuerza a la protección de la confidencialidad en el arbitraje internacional.³⁴ De manera similar, en el caso francés de *Aita vs Ojeh*³⁵ en el que una parte pidió en Francia la nulidad de un laudo arbitral dictado en Londres, el Tribunal de Apelación de París falló contra dicha parte, sosteniendo que los procedimientos de nulidad violaban el principio de confidencialidad y además, el tribunal ordenó que la parte vencida pagara una multa a la parte vencedora a cuenta de la violación a la confidencialidad.³⁶

Las implicaciones de las decisiones anteriores permanecen como una aparente protección rigurosa a la obligación implícita de confidencialidad. Sin embargo, en la práctica, lo cierto sigue siendo que las

²⁷ Las excepciones serían, por ejemplo, cuando una sociedad pública necesita revelar a los accionistas que se está llevando a cabo un arbitraje y los resultados de éste. En esencia, estos no son casos controversiales, pero lo importante es la presunción de confidencialidad. Véase, en general Alan Redfern and Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (London: Sweet & Maxwell 2004); D. Edward, *Confidentiality in arbitration: fact or fiction?*, (2001) 4 (3) Int Arb Journal pp. 94-95.

²⁸ [1995] 128 ALR 39.

²⁹ *USA vs Panhandle Eastern Corp, et al*, (1988) 118 F.R.D. 346 (D.Del.).

³⁰ [1990] 1 W.L.R. 1205 C.A.

³¹ Ibid

³² Ibid

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ (1986) C.A. Paris, febrero 18, 1986; véase *NAFIMCO vs Forster Wheele* (2004) CA Paris, enero 22, 2004.

³⁶ Ibid.

expectativas de las partes sobre la privacidad y confidencialidad de sus procedimientos arbitrales son a menudo insatisfechas o incluso negadas por los tribunales en lo que concierne a la obligación implícita, debido a la necesidad de satisfacer la demanda de interés público.³⁷

B. CUESTIONES CON LA OBLIGACION IMPLICITITA

Mientras la obligación implícita puede ser generalmente reconocida como un aspecto positivo del arbitraje que permite que los procedimientos permanezcan privados ante terceros, en la práctica, no se ha llegado a un consenso internacional respecto a este deber general.³⁸ Peor aún, el deber no está siquiera previsto en importantes documentos internacionales relacionados con el arbitraje comercial internacional.³⁹

La única referencia al tema de la confidencialidad está en las Reglas Arbitrales de la CNUDMI.⁴⁰ Incluso en estas reglas, las disposiciones pertinentes allí se refieren principalmente a la confidencialidad de los laudos, en lugar de un deber general de confidencialidad respecto a la información usada en los procedimientos arbitrales.⁴¹ Dado que los tribunales no han establecido una obligación impuesta a las

³⁷ Como referencia véase *NAFIMCO vs Forster Wheele* (2004) CA Paris, enero 22, 2004, en donde el Tribunal de Apelación de París rechazó una demanda por violación a la confidencialidad, en razón de que el demandante no pudo demostrar la existencia de la obligación.

³⁸ Brown (n 14) 990.

³⁹ Ibid.; tres principales convenciones rigen el arbitraje comercial internacional: la Convención de Nueva York, la Convención de Ginebra y la Convención de Panamá. Estas convenciones, que están generalmente codificadas y a que son adoptadas y tomadas en cuenta legalmente por varias naciones, no aseguran la existencia de un deber de confidencialidad. Lo anterior no sorprende por dos razones. Primero, las naciones no se atreven a codificar el deber de confidencialidad y también, es menos probable que grupos confirmados por varias naciones puedan llegar a un acuerdo sobre la materia. En segunda, el fin de estas convenciones es facilitar la ejecución de laudos arbitrales internacionales y dada esta perspectiva, no se enfocan en los detalles del proceso arbitral en sí mismo. Mientras que estas convenciones internacionales otorgan fuerza a los laudos arbitrales internacionales, no brindan una fuente de la que pueda nacer el deber de confidencialidad. Véase *Treaties & Conventions*, <<http://www.internationaladr.com/tc.htm>> (consultada en diciembre 2014) (Lista varios tratados y convenciones). Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros del 10 de junio de 1958, <<http://www.un.or.at/CNUDMI>> consultada en diciembre 2014. Véase la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 <<http://www.asser.nl/ica/eur.htm>> consultada en diciembre 2014. Véase la Convención Interamericana sobre Arbitraje de 1975 <<http://www.asser.nl/ica/iaci.htm>> consultada en diciembre 2014. La Convención de Panamá es especialmente significativa porque prevalece sobre la Convención de Nueva York en los casos en que la mayoría de las partes del acuerdo de arbitraje son ciudadanos de países que firmaron la Convención de Panamá. Véase *International ADR: Treaties and Conventions* <<http://www.internationaladr.com/vc.htm>> consultada en diciembre 2014.

⁴⁰ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (CNUDMI, por sus siglas en inglés), artículo 28.3.

⁴¹ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 34.5.

partes en el arbitraje, parece no haber tal obligación.⁴² Un caso en la realidad es la opinión de Mason CJ que toma la falta de autoridad como prueba de que el deber no existe.⁴³ En su decisión en el caso *Esso*, Mason CJ se basó en la falta de precedentes previos al caso *Dolling-Baker* para sostener que no existe dicho deber.⁴⁴

Como segundo orden de ideas, el profesor Julian Lew criticó la idea de una obligación de confidencialidad basado en su amplia experiencia en el arbitraje comercial internacional.⁴⁵ A pesar de que este eminente académico pudo ver las ventajas de la confidencialidad, no vio ninguna norma vinculante que señale que el procedimiento de arbitraje es confidencial.⁴⁶ El argumento de Lew está basado en el hecho de que la base fundamental del arbitraje es el acuerdo de arbitraje en sí.⁴⁷

Las partes han acordado mutuamente someter ciertas controversias a arbitraje y la autonomía de las partes siempre ha sido un sello distintivo en cuestión de arbitraje, lo cual demuestra que las partes determinan las facultades de los árbitros, la autoridad, las reglas de arbitraje aplicables y la ley, incluyendo la conducción del arbitraje.⁴⁸

Una consecuencia natural de esto sería que en la medida en que el contenido y otros aspectos del arbitraje permanezcan confidenciales, es una cuestión que debe ser acordada entre las partes y los aspectos del arbitraje que las partes omitan prever, serán decididos conforme al *lex arbitri*.⁴⁹ En ausencia de dicho acuerdo y ley, puede haber una práctica general que permita al árbitro determinar cómo

⁴² Sin embargo, ante algunas instancias puede haber cierto tipo de excepciones, por ejemplo, en un asunto corporativo en donde los árbitros soliciten la expulsión de un socio con comportamiento delictivo, es revelada al público solo la parte central, por ejemplo: “El señor “A” ya no forma parte de la sociedad” y los cargos contra él no son y no deben ser revelados al dominio público. Véase Julian Lew, ‘Expert Report in *Esso/BHP v. Plowman*’ (1995) 11 (8) *Arbitration International* 283-284.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Patrick Neil, *Confidentiality in Arbitration*, (1996) 12 *Arb Int’ L* 287 -190.

⁴⁵ Véase en particular Lew, *Expert Report in Esso/BHP v. Plowman*, (1995) 11(8) *Arbitration International* 283-289. El profesor Julian Lew es un miembro representante del Reino Unido en el Tribunal Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC, por sus siglas en inglés), y miembro de la Comisión de la ICC y del Arbitraje Internacional y del Consejo del Instituto de Negocios Internacionales de la ICC <<http://www.transnational-dispute-management.com>> consultada en enero de 2015. Véase Hans Bagner, *Confidentiality: A Fundamental Principle in International Commercial Arbitration?*, (2001) 18(2) *Journal of International Arbitration* 243–249.

⁴⁶ Neil (n 44).

⁴⁷ Lew (n 42).

⁴⁸ *Ibid* 239.

⁴⁹ La ley que rige la sede del arbitraje regulará estos temas.

deberán tratarse ciertos temas en particular.⁵⁰ Además, las partes pueden por supuesto prever expresamente en el acuerdo que deberá prevalecer cierto nivel de confidencialidad.

No obstante, no hay una base de la que se pueda deducir automáticamente el deber de confidencialidad como los jueces ingleses han sugerido.⁵¹ Aunque, como en todos los contratos, puede haber una cláusula implícita que puede, si es clara la intención de las partes, disponer la confidencialidad.⁵²

En un tercer orden de ideas, el deber de confidencialidad que involucre a terceros o varias partes parece difícil de convenir y podrá resultar inaplicable en la práctica.⁵³ Esto es porque podría parecer inviable que la misma cláusula de arbitraje (obligación implícita de confidencialidad) sea vinculante para todas las partes dado que en un arbitraje multi-partes, las cuestiones arbitrales pueden implicar diferentes controversias entre partes diferentes.⁵⁴

El hecho de que se pueda obligar a los árbitros y a los abogados a preservar la confidencialidad en muchos casos, no implica necesariamente obligaciones de las partes.⁵⁵ De la misma forma, ni siquiera el carácter privado del procedimiento es de mucha ayuda y el hecho de que una o ambas partes no deseen que el procedimiento sea público, no constituye en sí una obligación legal de mantener la confidencialidad para todas las partes en transacciones multilaterales.⁵⁶

Otro argumento contra el deber implícito es la necesidad de que el público tenga acceso a los expedientes judiciales, lo cual asegura cierto nivel de confiabilidad en los procesos judiciales y quizás reducir los abusos dentro del sistema judicial. En esencia, este acceso público a los documentos judiciales tiene el potencial de ofrecer al público una mejor apreciación del funcionamiento del procedimiento arbitral, junto con la percepción de su imparcialidad.⁵⁷

Sin embargo, el argumento a favor del acceso al archivo público ha sido criticado cuando involucra hechos relevantes que contienen información comercial crítica que podría comprometer la posición

⁵⁰ Lew (n 42).

⁵¹ Ibid 239.

⁵² Ibid.

⁵³ R Shackleton, *Global Warming: Milder Still in England*, (1999) 2 (4) Int'l Arb. L. Rev 117 -125.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Han Smit, *Case-note on Esso/BHP v Plowman*, (1995) 11 Arbitration International 299-300.

competitiva de alguna parte.⁵⁸ Por ejemplo, parece haber un argumento más fuerte a favor de la protección del secreto industrial como contra el acceso público a tales documentos en los archivos judiciales⁵⁹

En la práctica, los tribunales usualmente no tienen la costumbre de sellar un registro completo cuando se requiere su revelación al público debido a las implicaciones en el orden público.⁶⁰ Esto no significa que los tribunales vayan a respetar la autonomía o acuerdo de las partes. Más bien, que los tribunales tratan de encontrar un balance entre el acuerdo entre las partes y la mayor demanda de las cuestiones de orden público.⁶¹

Del mismo modo, todavía hay un argumento adicional en contra de mantener la secrecía de los laudos arbitrales y los escritos en los procedimientos dado que tiene el potencial de reducir gradualmente la confianza en el laudo como precedente válido por los árbitros para los casos arbitrales subsecuentes.⁶² Los precedentes pueden ser vistos si las partes autorizan la divulgación tanto de sus audiencias como de sus escritos y laudos para referencias posteriores.⁶³

La certeza y la previsibilidad de las conclusiones del arbitraje se basan en la confianza en casos similares arbitrales sentados como precedente, lo cual alienta a las partes a elegir el arbitraje y ahorrar en tiempo y gastos. Tal vez incluso podría reducir la cantidad de casos que van del arbitraje al litigio cuando el resultado arbitral pudiere ser completamente pronosticado y cierto.⁶⁴

A pesar de que estos válidos precedentes no son vinculantes (sino una decisión persuasiva) en casos posteriores, podrían proporcionar una dirección más clara y predecible para las partes en futuros arbitrajes.⁶⁵ Además de asistir a las partes, los futuros tribunales arbitrales, los jueces y quizás los académicos pueden aprender de las controversias ya decididas, las cuales tienen el potencial de aumentar

⁵⁸ Véase el caso estadounidense de *SEC vs Van Waeyenberghe*, [1993], 990 F.2d 84, 849 (Quinto Cir.).

⁵⁹ Véase *Std. Inv. Chtd, Inc v Nas, No 07 CV* [2012] U.S. Dist - Lexis 4617, 17.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Véase *Green Mt. Chrysler Plymouth Dodge Jeep vs Crombie*, [2007] No 205CV302, [2007] U.S. Dist (LEXIS 22095 en 20-24.

⁶² B Kwiatkowska, *The Australian and New Zealand v Japan Southern Bluefin Tuna Jurisdiction and Admissibility Award of the First Law of the Sea Convention Annex VII Arbitral Tribunal*, (2001) 16(13) *International Journal for Marine and Coastal Law* 293-261.

⁶³ *Ibid* 239-261.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Véase *Lederman vs Prudential Life Ins. Co. of Am.*, [2006] 897 A 2d, (N.J. Super. Ct. App. Div).

y más aún profundizar el entendimiento del arbitraje comercial internacional.⁶⁶ Posiblemente esto permanecería imposible si hubiera un estricto cumplimiento de la obligación implícita.

Del mismo modo, insistir en esta obligación no contempla el hecho de que el tribunal pudiera ordenar la publicación o revelación del laudo o de los escritos en el arbitraje si se combate el laudo en base de orden público o basado en la ejecución de un laudo extranjero.⁶⁷ Respecto al fallo extranjero puede argumentarse que la presentación de un laudo y el acuerdo arbitral ante el tribunal de ejecución pueden representar una violación al principio de confidencialidad o divulgación.⁶⁸

Sin embargo, esto no necesariamente es una violación a la confidencialidad dado que sin la revelación de un laudo junto con el acuerdo arbitral, no habría ejecución.⁶⁹ Esto porque el laudo arbitral contiene la decisión del árbitro en la que el vencedor confía como un derecho que debe otorgarse por la parte condenada.⁷⁰

En consecuencia, si el vencedor está impedido de presentar el laudo en aras del principio de confidencialidad, el laudo arbitral no sería ejecutado.⁷¹ En esencia, esto fundamentalmente podría frustrar el objetivo de lograr el efecto vinculante de un laudo al impedir que quien resulte vencedor ejecute un laudo pronunciado a su favor. Asimismo, la parte vencida sería liberada de la obligación de cumplir el laudo.⁷²

En otras palabras, la característica de confidencialidad otorgada al arbitraje y a sus laudos es relevada y revelada al tribunal extranjero cuando la cuestión de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral se determina para el establecimiento de la demanda o contestación.⁷³ Dado lo anterior, este trabajo

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Por ejemplo, el interés público podría requerir la divulgación de ciertos archivos que son necesarios para la operación de las sociedades en cumplimiento con las leyes de constitución y valores. Además, podría involucrar la naturaleza del asunto y los temas circundantes que son requeridos por los accionistas de las sociedades en bolsas de valores, como potenciales accionistas, acreedores, socios, ahorradores o cualquiera que tenga un interés legítimo con cualquiera de las partes en controversia. Véase F Dessemontet, *Arbitration and Confidentiality*, (1996) 7 Am .Rev. Int'l Arb 303-3.

⁶⁸ D Ridgeway, *International Arbitration: The Next Growth Industry*, (1999) 54 Feb Disp. Resol. J, 50-52.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Véase *Emmott v Michael Wilson & Partners Ltd* [2008] EWCA Civ 184; *U.S vs Panhandle Eastern Corp. et al* (Tribunal de Distrito de Delaware) 1988, 118 F.R.D.346.

⁷² Ibid; *U.S vs Panhandle Eastern Corp. et al* (Tribunal de Distrito de Delaware) 1988, 118 F.R.D.346.

⁷³ Véase NYC 1958, article V (1) (a) – VI.

sostiene que la no revelación de un acuerdo de arbitraje y el laudo está implícita en la ley arbitral pero sujeta a excepciones en el caso de reconocimiento y ejecución en aras de la justicia.

III. LA OBLIGACION DE CONFIDENCIALIDAD

Esta parte del artículo analiza específicamente el alcance y las fuentes de la obligación implícita, y las reglas institucionales en varias jurisdicciones para continuar analizando otras cuestiones más amplias que afectan a la confidencialidad en la práctica. La ausencia de normas de confidencialidad explícitas podría ser vista por algunos como una obligación implícita en la ley, no obstante, el enfoque de los tribunales en los casos de *Esso* y *Panhandle Eastern* sugieren lo contrario.

Esto, porque el deber de confidencialidad solo puede surgir de lo específicamente contratado por las partes, convirtiendo al acuerdo de arbitraje la fuente de las obligaciones de las partes; y si las partes omiten acordarlo, no existe tal deber.⁷⁴ Pero este enfoque en la protección de la confidencialidad respeta la autonomía de las partes dado que el arbitraje es un mecanismo consensual por naturaleza.⁷⁵

Bajo el principio de autonomía de las partes, las partes por sí mismas pueden prever una cláusula expresa y detallada de confidencialidad que satisfaga sus necesidades, sin embargo, cuando el acuerdo omite indicar el grado de confidencialidad, entonces debe tomarse en cuenta la ley aplicable que rige al acuerdo de las partes junto con la ley del lugar del arbitraje para determinar si hay una obligación implícita.⁷⁶

El deber puede ser impuesto contractualmente por las mismas partes, por los miembros del tribunal y por terceros que participan en el procedimiento arbitral, incluyendo los empleados o mandatarios de los árbitros.⁷⁷ De manera alternativa, las partes pueden elegir imponer la obligación de manera indirecta al someter sus controversias a una institución arbitral con reglas que contengan disposiciones sobre la obligación de confidencialidad.⁷⁸

⁷⁴ *Esso Australia Resources Ltd vs The Honourable Sidney James Plowman* (Minister of Energy and Minerals [1995] 128 ALR.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ J Thompson, *Confidentiality in English Arbitration Law: Myths and Realities About its Legal Nature*, (2008) 25 *Journal of International Arbitration* 299 – 314.

Sin embargo, como todo en el arbitraje comercial internacional, el acuerdo de las partes está sujeto a restricciones de normas imperativas y de orden público de las jurisdicciones implicadas.⁷⁹ Sin importar si la obligación de confidencialidad se acordó de manera directa o indirecta, el acuerdo entre las partes puede ser aún más complicado y podría perder sus funciones si las leyes aplicables imponen restricciones o permiten excepciones a tal acuerdo.⁸⁰

Las leyes aplicables que podrían afectar al consentimiento de las partes respecto al deber de confidencialidad incluyen a la ley del lugar del arbitraje, la ley en la que los actos ilícitos (la violación al deber de confidencialidad) se realizaron, las leyes que rigen el acuerdo de confidencialidad y las leyes del país en el que el laudo arbitral será reconocido y ejecutado.⁸¹

A. EL DEBER JURIDICO DE CONFIDENCIALIDAD

Además del deber consensual de confidencialidad, el reporte de 2010 de la Asociación de Derecho Internacional (IBA por sus siglas en inglés) muestra que Austria, Ecuador, Inglaterra, Singapur y Venezuela son algunas de las jurisdicciones cuyas leyes arbitrales son omisas en este tema pero se apoyan en su jurisprudencia para sustentar la existencia de una obligación general.⁸² Por ejemplo, en Inglaterra,

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ H Yu, 'Duty of confidentiality: myth and reality' (2012) 30(1) Civil Justice quarterly 1-8.

⁸¹ Ibid.

⁸² Por ejemplo, en Austria, desde la adopción de la Ley de Arbitraje en 2006, la sección 616(2) del Código de Procedimientos Civiles establece una excepción al principio general de publicidad de los procedimientos en las cortes estatales para los procedimientos de declaración de existencia o inexistencia de un laudo arbitral. La sección 616(2) establece que a petición de parte, tales procedimientos pueden mantenerse privados, excepto por los casos en que el público demuestre la existencia de un interés legítimo. De igual manera, en Ecuador, el artículo 34 de la Ley de Mediación y Arbitraje de 1997 no contempla la confidencialidad del proceso a menos que haya sido acordada por las partes. Inglaterra, en donde la Ley de Arbitraje de 1996 no menciona nada acerca de la confidencialidad, es el país en donde los tribunales han sido más elocuentes al articular la existencia de un amplio deber de confidencialidad, empezando desde el laudo de *Russel v. Russel* (1880) 14 Ch. D. 471, 474 y de manera similar en *Ali Shipping Corporation v Shipyard 'Trogir'* (CA) [1998] 2 All ER 136, la obligación implícita de confidencialidad, incluso un número limitado de excepciones ha sido desde entonces confirmada por los tribunales ingleses en varias ocasiones, la más reciente en el caso *Emmott v Michael Wilson & Partners* [2008] EWCA Civ 184 (*per* Collins J) en donde se sostuvo que la excepción a la confidencialidad en nombre de los "intereses de la justicia" no se limita a los intereses de la justicia en Inglaterra sino que también puede relacionarse con una jurisdicción extranjera si la controversia es de una naturaleza internacional. El enfoque de los tribunales ingleses es seguido en Singapur en donde la Suprema Corte aceptó que las partes en arbitraje están bajo un deber implícito de mantener la documentación como confidencial aunque su divulgación es permitida cuando es "razonablemente necesaria", incluso sin la autorización del tribunal. Véase *Myanma Yang Chi Oo Co Ltd v Win Win Nu* [2003] 2 SLR 547, que en gran medida siguió la pauta del laudo inglés emitido en el caso *Dolling- Baker vs Merrett*. Asimismo, en Venezuela, el artículo 42 de la Ley sobre Arbitraje Comercial de 1988 solo se refiere a la obligación de los árbitros de "guardar la confidencialidad de la participación de las partes" y de las pruebas y todos los contenidos relacionados al proceso arbitral.

debido a la ausencia de una guía normativa frente a los conflictos en la Ley de Arbitraje de 1996, la aclaración respecto a la obligación implícita, solo puede buscarse en la multitud de jurisprudencia al respecto.⁸³

De igual manera, si bien Francia solía ser una de las jurisdicciones que contemplaban un deber implícito de confidencialidad, desde el 2011 el país se ha sumado a las jurisdicciones que contemplan el deber de confidencialidad de manera expresa.⁸⁴ En el mismo orden de ideas, la sección 14 de la Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda de 1996 manifiesta que está permitida la publicación de información relacionada con el procedimiento arbitral sujeta a un número específico de excepciones, una de las cuales puede darse cuando el acuerdo de arbitraje contempla su publicación.⁸⁵

En algunas jurisdicciones, el deber de confidencialidad está impuesto de forma predeterminada. Por ejemplo, en Venezuela, la posición por defecto es que los árbitros están obligados a mantener en confidencialidad las actuaciones de las partes, la evidencia y todo aquello que esté contenido en el procedimiento de arbitraje.⁸⁶ En otras jurisdicciones, la facultad de asegurarse de que el deber de confidencialidad sea cumplido puede ser concedida a algún funcionario del tribunal. Por ejemplo, la Ley de Arbitraje de Zambia del 2000 faculta al presidente del tribunal supremo a legislar sobre el mantenimiento de la confidencialidad con respecto al reconocimiento y ejecución de laudos conforme a la Convención de Nueva York.⁸⁷

B. DEFINIENDO LA INFORMACION CONFIDENCIAL

La posible información que puede caer dentro del alcance de confidencialidad incluye a la información perteneciente al proceso arbitral en sí mismo y los documentos y otros materiales que son parte del

⁸³ *Dolling Baker v Merrett* [1991] 2 All ER 890; *Hassneh Insurance Co and Others v. Steuart Mew*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 243 (Q.B Com Ct.); *Oxford Shipping Co. LTD. v. Nippon Yusen Kaisha*, [1984] 2 Lloyd's rep. 373 (Q.B.Com.Ct.); *Insurance Co. v. Lloyd's Syndicate* [1995] 1 Lloyd's Rep. 272 (Q.B. Com. Ct.). *London & Leeds Estates Ltd. v. Paribas Ltd*, [1995] 1E.G.L.R 102 (Q.B.); *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir*, [1998] 2 All. E.R. 136, 146-147 (C.A. Civ. Div.); *Scally v. Southern Health and Social Services Board*, [1992] 1 A.C. 294.

⁸⁴ Esto resultó de la promulgación del artículo 1464 de la nueva Ley de Arbitraje francesa en 2011. No obstante, el Tribunal de Apelación de París estableció que cualquier obligación implícita de confidencialidad debería basarse en la protección de un interés legítimo. Véase París, enero 22 (2004); *National Company for Fishing and Marketing 'Nafirmco' vs Foster Wheeler Trading Company*, 2004 REV. ARB 647, 656-57.

⁸⁵ Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda de 1996, s.14.

⁸⁶ Véase el artículo 42 de la Ley venezolana de Arbitraje Comercial de 1998. Sin embargo, esta posición por default puede modificarse o hacerse inaplicable por acuerdo mutuo de las partes.

⁸⁷ Véase la sección 32, inciso (d) de la Ley de Arbitraje de Zambia del 2000.

arbitraje, los documentos e información de fuentes externas que fueron usados, introducidos y revelados en los procedimientos arbitrales y el laudo arbitral.

Para definir este concepto, la ley noruega aborda el tema al descartar explícitamente la confidencialidad. El capítulo 1 de las Disposiciones Generales de la Ley de Arbitraje de 2004 establece por defecto el principio de que, a falta de acuerdo en contrario entre las partes, “la confidencialidad no aplica al arbitraje”, y específicamente a los procedimientos arbitrales y a las decisiones adoptadas por el tribunal arbitral.⁸⁸

No obstante, diferentes jurisdicciones contemplan varias definiciones legales. Algunas jurisdicciones estipulan definiciones muy detalladas, incluyendo Escocia, Australia y Nueva Zelanda, mientras que otras contemplan el deber de confidencialidad en términos más generales.⁸⁹ Por ejemplo, el Código de Procedimientos Civiles de Letonia establece que la información referente a los procedimientos arbitrales está sujeta al deber de confidencialidad.⁹⁰

De igual manera, la Ley de Arbitraje de los E.E.A.A.U.U. establece que “toda la información relacionada al procedimiento arbitral será confidencial, excepto cuando su divulgación es requerida por una orden del tribunal del CIFD”.⁹¹ En la ley peruana se observa también una obligación general de confidencialidad sobre los procedimientos arbitrales, sobre el laudo y sobre cualquier información de la que se tenga conocimiento durante los procedimientos.⁹²

⁸⁸ Capítulo 1, sección 5 de las Disposiciones Generales de Noruega de la Ley de Arbitraje del 2004.

⁸⁹ La regla 26(2) de la Ley escocesa de Arbitraje de 2010 solicita al juzgado y a las partes tomar “medidas razonables” para prevenir la divulgación no autorizada de información confidencial por terceros interesados en el arbitraje. De manera similar, la regla 26(3) de la ley, solicita al juzgado que informe a las partes acerca de sus obligaciones de confidencialidad desde el principio del procedimiento. En Australia, conforme a la reforma de 2010 de la Ley de Arbitraje Internacional de 1974, se aborda el tema de una manera detallada al estilo de la Ley Arbitral de Nueva Zelanda. La ley presenta las secciones 23C-G como una serie de disposiciones optativas, de tal manera que las partes deben acordar expresamente su aplicación (sección 22(3)). Este enfoque se adoptó considerando que las partes deben contemplar expresamente el aspecto de la confidencialidad, más que tener reglas impuestas de forma inadvertida. En Nueva Zelanda, la Ley de Arbitraje de 1996 se modificó en 2007 estableciendo que los procedimientos arbitrales deben ser llevados en privado (sección 14A) e incorpora a todos los acuerdos arbitrales una cláusula que implica que ninguna de las partes, ni el tribunal arbitral, deberán divulgar información confidencial (sección 14B), sujeta a las excepciones listadas en la sección 14C.

⁹⁰ Véase el art.512 (2) del Código de Procedimientos Civiles de Lituania de 1999. parte D.

⁹¹ Véase el art. 14 de la Ley Arbitral de los Emiratos Árabes Unidos de 2008, Ley DIFC No.1 de 2008.

⁹² En Perú, el artículo 51 del Decreto Legislativo número 1071 de 2008 impone la obligación de confidencialidad a “las partes, el tribunal arbitral, el secretario, la institución de arbitraje” y a todas las personas que participen dentro del procedimiento arbitral, incluyendo a los testigos y a los abogados de las partes, y cubre a los “procedimientos, incluyendo al laudo y a cualquier otra información revelada durante los procedimientos”. También establece 2

Otras jurisdicciones establecen una definición más detallada o específica de la información confidencial. Tomando a Marruecos como ejemplo, la ley relacionada con los Contratos de Mediación y Arbitraje especifica que la deliberación entre los árbitros es confidencial.⁹³ La Ley de la República Checa establece que la obligación de confidencialidad incluye los hechos revelados durante el desempeño de su función.⁹⁴

Este trabajo opina que no hay uniformidad respecto al significado general o específico de la información confidencial dado que las diferentes leyes nacionales aplican criterios diferentes para adaptar su aplicación y por esto es necesario un marco regulatorio internacional en este sentido.

C. REGLAS INSTITUCIONALES

Muchas asociaciones de arbitraje internacional promulgan normas sobre casi todos los aspectos del procedimiento arbitral, incluyendo la confidencialidad. Desafortunadamente, como el siguiente estudio de reglas modelo ilustra, mismo que incluye la mayoría de las instituciones internacionales, la mayoría de estas reglas institucionales no protegen explícitamente la confidencialidad, o lo hacen de forma inadecuada.⁹⁵

Las instituciones arbitrales que prohíben la publicación del proceso arbitral y los escritos relacionados son muy pocas y pueden ser extensivas sólo al (los) árbitro(s) pero en la práctica no aplican a las partes.⁹⁶ Pero algunas reglas arbitrales son lo suficientemente amplias como para incluir a las partes.⁹⁷ A pesar de

excepciones, una para el caso en que la publicación de la información sea requerida legalmente con el fin de proteger un derecho o anular o ejecutar el laudo y otra para los laudos pronunciados en arbitrajes en los que el Estado Peruano es parte. Véase el art. 51 del Decreto Legislativo Peruano en materia de Arbitraje, No. 1071 del 2008.

⁹³ Véase el art. 326 de la nueva Ley de Marruecos en materia de Acuerdos de Mediación y Arbitraje de 2008.

⁹⁴ Véase la sección 6(1) de la Ley de Arbitraje de la República Checa de 1995.

⁹⁵ Véase para fines de ejemplo el art. 34 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (en vigor desde el 1 de junio de 2009) <http://www.adr.org/sp.asp?id=33994> consultado el 10 de diciembre de 2014. Véase también el art. 34.6 del Reglamento Internacional de 1997 del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC, por sus siglas en inglés) y el art. 20 del Reglamento del ICC.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ El artículo 37 Reglamento de Arbitraje de la Comisión Internacional China de Arbitraje Económico y Comercial (CIETEC, por sus siglas en inglés) del 2000; el art. 46 del Instituto Arbitral de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC, por sus siglas en inglés); los artículos 8(1) y 8(2) de las Reglas Internacionales de Arbitraje de 2010 de la Cámara de Arbitraje de Milán; y el art. 52 (a) del Reglamento Arbitral de la OMPI.

ello, la mayoría de las normas establecen que la divulgación de los laudos debe ser bajo el consentimiento de las partes.⁹⁸

De igual manera, muchas instituciones arbitrales no requieren consentimiento por escrito, pero una notable excepción a este punto se establece en el artículo 30.3 del Reglamento de la *London Court of International Arbitration* (“LCIA”), que exige el consentimiento por escrito de las partes antes de cualquier divulgación de un laudo arbitral.⁹⁹ El artículo 28 (3) del Reglamento de la CNUDMI su señala que la audiencia arbitral debe ser privada pero omite especificar claramente el grado y alcance de la confidencialidad. Así, se protege la privacidad pero no la confidencialidad y este reglamento tiene una influencia especial dado que diversos países diseñan sus leyes locales con base en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.¹⁰⁰

Asimismo, mientras el reglamento de la CCI no se pronuncia sobre la confidencialidad de los laudos y otros escritos durante el procedimiento, junto con la exclusión de las “personas no interesadas en el procedimiento” de las audiencias, permite al proceso arbitral “tomar medidas para proteger secretos industriales o información confidencial”.¹⁰¹ No obstante, esta disposición general no impone una obligación a las partes u otros participantes.¹⁰²

Sin embargo, el reglamento de la LCIA establece una posición que está en línea con la jurisprudencia inglesa, reconociendo el concepto de confidencialidad pero permitiendo la publicación cuando le es solicitado a una parte por deber legal, con el fin de proteger o ejercer un derecho o para ejecutar o combatir un laudo o en procedimientos legales de buena fe.¹⁰³ Aunque se previó como respuesta a la falta de protección de la confidencialidad en la Ley de Arbitraje inglesa de 1996, estas disposiciones de confidencialidad que entraron en vigor en 1998 son consideradas polémicas por los practicantes del arbitraje y académicos en Londres.¹⁰⁴

⁹⁸ Véase Reglamento de la CNUDMI, artículo 32(5); Reglamento ICDR, artículos 27(4) y 34; Reglamento LCIA, artículo 30.3; véase también Documento ICSID, artículo 6(2).

⁹⁹ Reglamento LCIA, art. 30.3.

¹⁰⁰ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado), art. 28 (3).

¹⁰¹ El ICC (por sus siglas en inglés) publica las sentencias tres años después. Para mayor referencia véase el Reglamento del ICC, en sus artículos 20 (7) y 21(3).

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Reglamento LCIA, arts. 30.1, 30.2 y 30.3.

¹⁰⁴ Yu (n 80).

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (“OMPI”) también incluye una disposición de confidencialidad integral en sus reglas de arbitraje y dado el interés de la OMPI en proteger la propiedad intelectual y el secreto industrial, no sorprende que estas reglas de arbitraje institucional sean tan cautelosas respecto a la confidencialidad.¹⁰⁵

Las reglas arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”) contemplan la privacidad de las actuaciones y la obligación de confidencialidad por parte del tribunal arbitral.¹⁰⁶ Las reglas del procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (“CIAC”) no contemplan explícitamente un deber de confidencialidad.¹⁰⁷

En consecuencia, este estudio postula que mientras las instituciones de arbitraje pueden ayudar a fomentar la presunción común de que la confidencialidad es una ventaja del arbitraje al incluir disposiciones de confidencialidad en sus reglamentos, en la práctica dichos reglamentos no ofrecen una protección de la confidencialidad *ipso facto*.

IV. INCORPORANDO TERMINOS EXPRESOS EN LA CLAUSULA DE CONFIDENCIALIDAD

Dada la insuficiencia de las reglas institucionales relativas a la obligación implícita de confidencialidad, las partes podrían querer elaborar la obligación de confidencialidad dentro de sus acuerdos de arbitraje para reducir las controversias. Podría decirse que una cláusula expresa de confidencialidad en un acuerdo arbitral podría garantizarla, sin embargo, inclusive una cláusula expresa no es una solución infalible si la cláusula no está bien redactada. Si bien es de gran ayuda delimitar los términos expresamente, no confiere mucha certeza o una solución definitiva por varias razones.

Primero, las controversias sujetas a arbitraje a menudo surgen años después de la negociación del contrato y es difícil predecir con tanta antelación en donde yacerá el interés de las partes dentro del espectro de confidencialidad.¹⁰⁸ Segundo, una cláusula que cubra todas las potenciales contingencias tendría que ser bastante detallada y extensa, elevando los costos de operación de celebrar un contrato en un momento en el que las partes prefirieren no enfocarse en futuras controversias.¹⁰⁹ Tercero, es incierto

¹⁰⁵ Reglamento Arbitral de la OMPI, art 52 (a).

¹⁰⁶ Documento CIADI, art. 6(2)

¹⁰⁷ Reglamento IACAC, art. 1

¹⁰⁸ S Walt, *Novelty and the Risks of Uniform Sales Law*, (1999) 39 Va. J. Int'l L. 671-673.

¹⁰⁹ *Ibid*.

que un tribunal local respete la totalidad del acuerdo entre las partes, especialmente aquellos aspectos que puedan entrar en conflicto con el orden público del país en cuestión.¹¹⁰

De igual manera, las partes no pueden obviar las dificultades simplemente incorporando las reglas de una institución arbitral que prevea fuertes medidas protección a la confidencialidad dentro de su contrato.¹¹¹ Ninguna de estas normas especifica que recurso tendría una parte si la confidencialidad resulta violada después de que el arbitraje ha concluido. Es de suponer que tal parte tendría que acudir a los tribunales, en donde las veleidades del derecho local estarían en cuestión.

Sin embargo, subsiste la pregunta: ¿algún tribunal de Francia, Canadá o México sostendría que la incorporación de las partes del reglamento de la LCIA o de la Comisión Internacional China de Arbitraje Económico y Comercial (“CIETAC”)¹¹² representa un acuerdo vinculante para mantener los procedimientos confidenciales? Quizás, pero se puede argumentar que la falta de regulación en esta materia vuelve un poco riesgoso confiar en tal desenlace.

A. VIAS SUGERIDAS

Debido a que los tribunales locales y las instituciones arbitrales, incluyendo las leyes, que incluyen disposiciones legales generan incertidumbre sobre la existencia y alcance del deber de confidencialidad, se argumenta que se necesita con urgencia una norma coherente en la comunidad arbitral internacional. En este trabajo exponemos que se necesita urgentemente una especie de “norma uniforme supletoria” universalmente aceptada que pueda ser vinculante internacionalmente.

Esta norma modelo sugerida podría surgir tanto de legislaciones nacionales como de instituciones arbitrales en vista de la falta de consenso respecto al deber de confidencialidad. Se expone que esta “norma modelo por defecto” tiene el potencial de reducir los costos transaccionales haciendo innecesarias negociaciones demasiado detalladas o al menos proveyendo una base para alentar negociaciones eficientes.

Si bien los comentarios y recomendaciones de la *International Bar Association* (“IBA”) en Holanda (la Haya, 2000) siguen siendo recomendables para proporcionar normas modelo de confidencialidad en el

¹¹⁰ Yu 2012 (n 80).

¹¹¹ Walt (n 108) 671.

¹¹² Reglamento de Arbitraje de la Comisión China de Arbitraje Económico y Comercial Internacional (CIETEC, por sus siglas en inglés).

arbitraje comercial internacional, puede afirmarse que son demasiado amplias y se quedan cortas para facultar al (los) árbitro(s) para lograr un orden de protección en donde exista la posibilidad de violación del acuerdo por alguna de las partes.¹¹³

Teniendo en cuenta las deficiencias anteriores, en conjunto con la necesidad de profundizar en la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional, es de afirmarse que en todos los arbitrajes comerciales internacionales, la norma por defecto propuesta faculta al(los) árbitro(s) de establecer un umbral de confidencialidad que las partes acuerden, sin el cual los árbitros deben emitir una orden de protección sobre el alcance de la confidencialidad.

Esta norma por defecto debe establecer que cualquier incumplimiento de las partes al acuerdo de confidencialidad o a alguna orden de protección devengada después de finalizado el procedimiento, debe ser resuelta por arbitraje conforme a los términos previamente establecidos en el acuerdo arbitral y los árbitros podrían imponer a las partes que hayan violado el acuerdo de confidencialidad las penas, el pago de los daños y perjuicios y/o las medidas precautorias correspondientes.¹¹⁴

El presente estudio expone que una de las ventajas de esta norma modelo propuesta puede ser que no se requeriría que se decidan los términos de la confidencialidad a la hora de contratar, cuando la

¹¹³ El prototipo de cláusula arbitral de no-confidencialidad (La Haya 2010) especifica que “Excepto por lo estipulado en la ley aplicable y por cualquier otra obligación a la que cualquiera de las partes estén sujetas, las partes no tendrán la obligación de mantener como confidencial la existencia de un arbitraje o de cualquier información o documento relacionado con el mismo”. Véase el Reporte para la Conferencia Bienal en La Haya, agosto 2010. Filip De Ly, presidente. Mark W. Friedman y Luca G. Radicati di Brozolo, ponentes. Véase, en general, Filip DeLy, Mark Friedman y Luca Radicati Di Brozolo, *International Law Association: International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on 'Confidentiality in International Commercial Arbitration*, (2012) 28 (3) Arbitration International (LCIA).

¹¹⁴ En la doctrina jurídica, una “norma por defecto” es una norma jurídica que puede ser pactada en contrario en un contrato, fideicomiso, testamento o cualquier otro acuerdo que se puede hacer cumplir legalmente. El derecho contractual, por ejemplo, puede dividirse en dos tipos de normas: normas por defecto y normas imperativas. Mientras que las normas por defecto pueden ser modificadas por acuerdo entre las partes, las normas imperativas serán ejecutables, incluso si las partes de un contrato intentan anularlas o modificarlas. Uno de los debates más importantes en la doctrina contractual se refiere al rol o propósito de las normas por defecto. Por una parte, la interpretación de una norma por defecto en un contrato está a menudo relacionada con la noción que impera en el contrato en general. En la doctrina contractual, un contrato completo debe especificar enteramente los derechos y deberes de las partes contratantes en cualquier posible escenario. Por el otro lado, un contrato incompleto es el que contiene lagunas legales. La mayoría de los teóricos contractuales afirman que las normas por defecto llenan los huecos que en otro caso harían del contrato, un documento incompleto. Esto a menudo se afirma en la práctica, como en los casos en que un tribunal supone ciertas cláusulas para salvar al contrato de la incertidumbre. De manera similar, se afirma que una suerte de norma por defecto tiene el potencial de acabar con ciertos huecos contractuales protegiendo de esta forma a las partes de divulgar información confidencial cuando hay incertidumbre respecto a la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional.

mayoría de las partes contratantes prefieren dejar este tema abierto (como se evidencia en el hecho que la mayoría de los contratos son omisos en esta materia).

La segunda ventaja de la creación de esta norma es que podría resultar en un acuerdo entre las partes que los tribunales –incluyendo aquellos en los países que actualmente no reconocen una obligación implícita de confidencialidad- probablemente harían cumplir.¹¹⁵ No obstante, podrían evitarse los tribunales por completo en la mayoría de las circunstancias dado que nos enfrentaríamos al requisito de que las controversias respecto a la confidencialidad sean resueltas en arbitraje.¹¹⁶ En todo caso, esto tendría la ventaja adicional de mantener privada el que se entiende como un proceso privado de solución de controversias.¹¹⁷ Por otra parte, la disposición de sanciones en el caso de incumplimiento del acuerdo de confidencialidad serviría para disuadir incumplimientos en los casos en que los daños y perjuicios derivados de un incumplimiento sean mínimos o inexistentes.¹¹⁸

Con miras a alentar a las partes a acordar los términos de confidencialidad y evitar la necesidad de imponer medidas de protección, los árbitros deben tener a su alcance un catálogo de cláusulas de confidencialidad “prefabricadas” que reflejen varios niveles de protección a la confidencialidad, de entre las cuales las partes pudieran elegir. Pero a falta de un acuerdo entre las partes, ¿qué debería establecer la orden de protección?

Mientras que los árbitros deberían tratar de adaptar una orden a la medida del caso particular al que se enfrentan, generalmente la orden debe imponer una obligación de resguardar la confidencialidad con excepciones del tipo reconocido bajo el derecho inglés. En efecto, tal disposición es la regla de que la mayoría de las partes privadas probablemente escogerían y es consistente tanto con la práctica de hace muchos años como con la expectativa común de que los arbitrajes privados permanezcan privados.¹¹⁹

¹¹⁵ Véase Randy Barnett, *The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent*, (1992) 78 Va. L.Rev. 821, 825.

¹¹⁶ Jeffrey Sarles, *Solving the arbitral confidentiality conundrum in international arbitration*, (2008) 18 American Arbitration Association's' <<http://www.appellate.net/articles/confidentiality.pdf>> consultado el 23 de diciembre de 2014.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Véase Steven Walt, *Novelty and the Risks of Uniform Sales Law*, (1999) 39 Va. J. INT'L L. 671, 671 (destaca que “sujeta una transacción comercial internacional a un número limitado de normas” generalmente reduce los costos tanto legales como los de la transacción misma).

¹¹⁹ Esta no es una de aquellas situaciones en las que una norma supletoria de penalización, -una que establezca lo que no desean las partes con el fin de favorecer las negociaciones y la divulgación de toda la información relevante- sería más apropiada que una norma supletoria diseñada para satisfacer los vaivenes del mercado. Véase See Ian Ayres and Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, (1989) 99

B. EL CONTENIDO DE LA NORMA POR DEFECTO PROPUESTA

Este trabajo busca que un acuerdo u orden de protección como el propuesto detalle la información cuya revelación está permitida o prohibida. En esencia debe disponer clara y específicamente la obligación de las partes respecto a cualquier divulgación incluyendo a los terceros durante el procedimiento de arbitraje. Por un lado, debe evitarse incluir deberes cuya inclusión resulte inviable en los acuerdos de confidencialidad.

Por ejemplo, a menudo es obligatorio por ley revelar la existencia de un arbitraje a aseguradoras, auditores, accionistas, bancos y juzgados. Por el otro lado, puede ser deseable que se restrinja la divulgación más allá de dichas obligaciones para evitar que un demandante revele información acerca de las posibles responsabilidades del demandado a sus clientes, accionistas, acreedores y socios contratantes.¹²⁰ También puede ser inviable evitar que la parte vencedora divulgue al mundo que ganó. Pero debe prohibirse la revelación de los términos del laudo, incluyendo la cantidad de los daños y perjuicios a que haya habido lugar.

Los razonamientos de los árbitros en el laudo, si es que los hay, también deben permanecer confidenciales, por buenos que puedan parecer, aunque es difícil imaginar que cualquier parte quisiera acordar, en el caso de que se convirtiera en la parte vencida, el revelar las razones de su derrota. Lo mismo aplica para los documentos, testimonios verbales y argumentos presentados dentro del procedimiento arbitral. Las transcripciones pueden encontrarse ya protegidas por las reglas institucionales que prevén que las audiencias sean privadas, pero aun no hay inconveniente en especificar en el acuerdo arbitral que son confidenciales para evitar cualquier ambigüedad.¹²¹

De igual forma, aunque los tribunales normalmente defienden la confidencialidad de los secretos industriales, tiene sentido acordar su confidencialidad.¹²² Un acuerdo u orden de protección de esta naturaleza podría no ser obligatoria para todos los que tengan acceso al procedimiento, como a los

YALE L.J. 87, 92. Aquí, el problema a resolver no es la retención estratégica de información la insuficiente negociación respecto a la negociación, sino el alto costo y la frecuente inutilidad que significa obtener información confiable de la ejecutoriedad de las disposiciones de confidencialidad.

¹²⁰ Véase, en general, Dessemontet, *Arbitration and Confidentiality*, (1996) 7 Am. Rev. Int'l Arb. 299, 300.

¹²¹ Véase Michael Collins, *Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings*, (1995) 30 Tex. Int'l L.J. 121, 127 (diferencia el laudo de los materiales propios del arbitraje, incluyendo las transcripciones, las declaraciones de los testigos, los peritajes, documentos y escritos).

¹²² Véase, en general, Charles Baldwin, *Protecting Confidential and Proprietary Commercial Information in International Arbitration*, (1996) 31 Tex. Int'l L.J. 451.

terceros sin interés y testigos periciales. Sin embargo, el pedir a todos los testigos acordar sobre los términos de confidencialidad similares a los que acordaron las partes debería ser efectivo en la mayoría de los casos. Aunque los peritajes puedan ser revelados en procedimientos posteriores en los que los peritos declaren.¹²³ Sugerimos que tales acuerdos de confidencialidad y órdenes de protección podrían reducir el riesgo de una indebida divulgación.

Afirmamos aún más, que esta propuesta no elimina la conveniencia de disposiciones de confidencialidad dentro de los contratos, dado que no existe conflicto en instituir la norma uniforme por defecto e incluir cláusulas de confidencialidad en acuerdos arbitrales previos a las controversias.¹²⁴ Tales cláusulas pueden ofrecer un cierto nivel de comodidad cuando de confidencialidad se trata al principio de la relación contractual y siempre pueden ser modificadas al momento del arbitraje. Aun cuando el deseo de las partes de mantener la confidencialidad es mayor cuando se está negociando el contrato, puede que sea preferible que el contrato prohíba de manera general la divulgación, el acuerdo ausente entre las partes, para luego especificar los términos si es que se torna necesario recurrir al arbitraje.

El objetivo de esta propuesta no es solo resolver el conflicto del deber de confidencialidad en el arbitraje internacional sino fomentar su estabilidad y predictibilidad- dos necesidades primordiales de la mayoría de quienes participan en transacciones internacionales. Sin embargo, este deseo puede ser criticado ya que es insuficiente para superar las políticas y limitaciones legales que impiden a los tribunales, a los países o a las instituciones arbitrales alcanzar la uniformidad.¹²⁵

En este trabajo se postula que la plataforma más prometedora para discutir una norma por defecto y uniforme de confidencialidad sería una conferencia integrada por delegados de las principales instituciones arbitrales y representantes del ámbito nacional que puedan examinar los dos puntos de vista opuestos sobre el deber de confidencialidad a nivel global. Su meta sería desarrollar una norma por defecto (uniforme) que pudiera ganar legitimidad incluso más allá de las instituciones que la elabore y sea

¹²³ Véase *London and Leeds Estates vs. Paribas*, 1 EGLR 102 (1995).

¹²⁴ Hans Smit, *Confidentiality Report Art.73-76*, (1998) 9 Am. Rev. Int'l Arb pp. 233 -237.

¹²⁵ Véase Catherine Pedamon, *How is Convergence Best Achieved in International Project Finance?*, (2001) 24 Fordham Int'l L.J. 1272, 1274 (quien señala que los inversionistas internacionales “prefieren tener un conjunto de principios legales y disposiciones jurídicas”).

respetada internacionalmente por los tribunales.¹²⁶ La convocatoria para tal conferencia podría venir de la Federación Internacional de Instituciones de Arbitraje Comercial (IFCAI).¹²⁷

V. CONCLUSION

Dada la falta de consenso universal de la existencia del deber implícito de confidencialidad en el arbitraje comercial internacional, no se ha debilitado la legitimidad del arbitraje que se conserva como un proceso de resolución de controversias dentro del foro internacional. Este trabajo postula que la confidencialidad parece ser una característica deseable del arbitraje lo que es por lo cual la doctrina del arbitraje aún sigue siendo la elección de los hombres de negocios para resolver sus controversias comerciales y por lo cual puede distinguirse del litigio.

Si bien el arbitraje se conserva como un procedimiento consensuado, puede que las partes se sorprendan al ver que la confidencialidad puede no ser la característica esencial del arbitraje ya que gran cantidad de leyes nacionales y decisiones judiciales, incluyendo las reglas institucionales no son uniformes respecto al deber de confidencialidad. De hecho, hay dos aspectos bajo los que se puede interpretar el deber de confidencialidad y uno de ellos es aceptar la existencia de un deber general implícito que vincula a todas las partes y se extiende a todos los participantes.

Por un lado, los tribunales ingleses y algunos otros países de tradición jurídica romanista adoptan este concepto general implícito de confidencialidad.¹²⁸ Y por el otro lado, países como la República Checa, Escocia, Hong Kong, Estados Unidos, Suiza, Australia y Nueva Zelanda permiten que se renuncie el deber de confidencialidad por acuerdo entre las partes y por decisión judicial.¹²⁹ Este artículo propone que estos dos puntos de vista divergentes deben armonizarse para proveer una mayor certeza y un fondo más coherente al procedimiento arbitral que tenga el potencial de satisfacer las expectativas de las partes en un arbitraje comercial internacional.

¹²⁶ Dada la prevalencia del concepto del estado soberano, la ley del lugar escogido como sede del arbitraje podría estar en conflicto con la norma uniforme por defecto que proponemos. Si bien el presente trabajo admite que no será fácil llegar a un acuerdo respecto a este tema, sugerimos que los árbitros deben acudir al principio de *lex loci arbitri* cuando no se cuenta con una norma guía respecto a este tema.

¹²⁷ La Federación Internacional de Instituciones de Arbitraje Comercial (IFCAI) fue fundada en 1985 para establecer y mantener una relación permanente entre las instituciones de arbitraje comercial internacional y para facilitar el intercambio y distribución de información respecto a sus servicios. Reúne alrededor de 80 instituciones arbitrales en 46 países y organiza Asambleas Generales tanto de las instituciones miembro, como conferencias sobre la resolución de controversias internacionales.

¹²⁸ Yu (n 81).

¹²⁹ Ibid 14.

Se sostiene que con fines de proteger las comunicaciones entre las partes y los laudos de una publicación indeseada, se aconseja a las partes a incorporar una cláusula expresa de confidencialidad la cual debe ser lo suficientemente clara y detallada para que se tenga un arbitraje más sencillo. El aspecto positivo de esto es que incluso si en última instancia los tribunales justifican la revelación de información en nombre del orden público o de otras razones, una disposición bien redactada de confidencialidad puede mitigar los daños ocasionados a las partes afectadas.¹³⁰

En segundo lugar, las partes deben considerar sus preocupaciones respecto a la confidencialidad al redactar otras secciones de sus acuerdos de arbitraje. Por ejemplo, habiendo tantas consideraciones a tomar en cuenta al escoger la ley aplicable, las partes deben examinar el grado en que determinada ley de un país protege la confidencialidad. Adicionalmente, las partes pueden limitar la cantidad de información que presentan en un arbitraje (y así limitar la información que potencialmente podría hacerse pública) definiendo cuidadosamente las cuestiones que estarán sujetos a arbitraje: mientras más estrecho sea el alcance del arbitraje, más estrecho será el alcance de la revelación.¹³¹ Por otra parte, las partes deben considerar obtener una medida provisional para proteger su información confidencial.¹³² Por lo general, se permiten en las reglas instituciones en forma de medidas cautelares, medidas provisionales.¹³³

Asimismo, como previamente se ha dicho, existe la necesidad de desarrollar un marco internacional para guiar a las partes en temas de confidencialidad (norma uniforme por default) la cual debe comenzar a formarse desde varias leyes locales arbitrales y reglas institucionales. Se afirma que sin un marco jurídico de confidencialidad internacionalmente aceptado o sin un consenso general respecto a este tema, parece un tanto erróneo anunciar a la confidencialidad como una de las características principales del arbitraje comercial internacional.

¹³⁰ R Reuben, *Confidentiality in Arbitration: Beyond the Myth*, (2006) 54 Kansas Law Review pp. 1271-1274; G Weixia, *Confidentiality Revisited: Blessing or Curse in International Commercial Arbitration?*, (2004) 15 Am. Rev. Int'l Arb 608-609.

¹³¹ En la Conferencia Bienal en Rio de Janeiro, Brasil, se ordenó al Comité de Arbitraje Comercial Internacional estudiar el tema de la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional y reportarlo a la Conferencia Bienal a celebrarse en La Haya en 2010. Véase, en general, Filip Dely, Mark and Friedman y Luca Di Brozola, *International Law Association: International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on Confidentiality in International Commercial arbitrations*, (2012) 28(3) Arbitration International 355-396.

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.

El presente artículo ha sostenido además que dada la exitosa experiencia que se ha tenido al hacer frente y promover la conciencia sobre el tema de la imparcialidad e independencia de los árbitros, es necesario establecer directrices internacionalmente aceptadas acerca de la obligación consensuada de confidencialidad entre las partes y los árbitros, incluyendo a los terceros que sean pertinentes, con el fin de reflejar el ampliamente aceptado punto de vista de que la confidencialidad es una de las ventajas al escoger el arbitraje como uno de los medios privados de solución de controversias.