



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

ISSN: 2346-2442

Universidad Externado de Colombia

FEBLES POZO, NAYIBER

Confidencialidad, privacidad y transparencia en el arbitraje internacional*

Revista de Derecho Privado, núm. 40, 2021, -Junio, pp. 465-494

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.16>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417566095016>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Confidencialidad, privacidad y transparencia en el arbitraje internacional*

» NAYIBER FEBLES POZO**

RESUMEN. En el presente trabajo se realiza un análisis de la confidencialidad, la privacidad y la transparencia en el arbitraje internacional, teniendo en cuenta la imperiosa necesidad de una mayor transparencia en el procedimiento arbitral, principalmente en el arbitraje de inversiones. La confidencialidad y la privacidad han caracterizado siempre al arbitraje, fundamentalmente al arbitraje comercial internacional. Sin embargo, en el ámbito del arbitraje de inversiones, teniendo en cuenta el fuerte interés público presente en el mismo, la exigencia de una mayor transparencia en el procedimiento se ha convertido en un tema crucial del arbitraje internacional.

PALABRAS CLAVE: confidencialidad, privacidad, transparencia, arbitraje internacional.

Confidentiality, Privacy and Transparency in International Arbitration

ABSTRACT. In this paper, an analysis of confidentiality, privacy and transparency in international arbitration is carried out, taking into account the urgent need for greater

* Fecha de recepción: 22 de enero de 2020. Fecha de aceptación: 14 de agosto de 2020.

Para citar el artículo: FEBLES POZO, N., “Confidencialidad, privacidad y transparencia en el arbitraje internacional”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 40, enero-junio 2021, 465-494, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.16>.

** Universidad Internacional de Valencia, Valencia, España; profesor de Derecho Internacional. Centro de Estudios Universitarios CEDEU, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España; profesor de Derecho Internacional. Red Iberoamericana de Investigación Universitaria para el Diálogo Jurídico entre Europa y América (REDIJA), Universidad de Girona, Girona, España; director académico. Doctor en Derecho con mención sobresaliente *cum laude*, Universidad de Girona, Girona, España, y Universidad Universidad de Vic - Universidad Central de Cataluña, Barcelona, España. Contacto: feblespozo@gmail.com Orcid: 0000-0001-5099-4494.

transparency in the arbitration procedure, mainly in investment arbitration. Confidentiality and privacy have always characterized arbitration, primarily international commercial arbitration. However, in the field of investment arbitration, taking into account the strong public interest present in it, the demand for greater transparency in the procedure has become a crucial issue in international arbitration. These questions are the object of study and analysis in the work presented.

KEYWORDS: confidentiality, privacy, transparency, international arbitration.

SUMARIO. Introducción. I. El deber de confidencialidad frente al principio de privacidad en el arbitraje internacional. II. De la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional a la transparencia en el arbitraje de inversiones. III. La autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje y la transparencia en el procedimiento arbitral. Conclusiones. Referencias.

Introducción

En el contexto actual del arbitraje internacional, la cuestión de equilibrar los conceptos de confidencialidad y transparencia es algo difícil, siendo en ocasiones más común en el arbitraje de inversiones y no en el ámbito del arbitraje comercial internacional. De hecho, ambos conceptos se oponen conceptualmente, hasta el punto de que hoy en día algunos autores afirman la existencia de una tensión evidente entre ambos¹. Por un lado, encontramos que los requisitos de transparencia existentes en el arbitraje de inversiones se fundamentan o se basan en la existencia del interés público², debido a que una de las partes es un Estado. De ahí la condición especial de este tipo de arbitraje, que lo hace ser distinto del arbitraje comercial internacional³. Y, por otra parte, debemos tener en cuenta la naturaleza privada del arbitraje comercial internacional, presente también, en menor medida, en el arbitraje de inversiones⁴ y que tiene como característica esencial la confidencialidad, siempre que las partes así lo acuerden.

Al abordar el alcance y el ejercicio de la discrecionalidad del tribunal arbitral en cuestiones de transparencia, es importante tener en cuenta las características especí-

-
- 1 DUSSAN, S., “Analysis of the principle of transparency with special reference to its implications for the procedure of international investment arbitration”, *Criterio Jurídico*, vol. 11, n.º 1, 2011, 107.
 - 2 FEBLES, N., “La transparencia y el interés público en el arbitraje de inversiones”, *Vniversitas*, vol. 69, 2020, en prensa.
 - 3 KNAHR, CH. y AUGUST, R., “Transparency versus confidentiality in international investment arbitration. The biwater gauff compromise”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 6, 2006, 97-118.
 - 4 Algunos autores lo consideran como una subcategoría del arbitraje internacional. Véase, p. ej., DUSSAN, S., “Analysis of the principle of transparency with special reference to its implications for the procedure of international investment arbitration”, *Criterio Jurídico*, vol. 11, n.º 1, 2011, 107.

ficas del arbitraje de inversiones. Aunque las normas procesales aplicadas se basan principalmente en el arbitraje comercial privado, su objeto –la revisión de los actos soberanos por parte del Estado que afecta a los inversores– es de carácter público o administrativo⁵.

Resulta paradójico que las diferentes normas institucionales y arbitrales de que disponen las partes en litigio han sido tradicionalmente escasas en cuestiones de transparencia procesal, dejando en gran medida esas cuestiones a la discreción de las partes, o, a falta de acuerdo, al tribunal arbitral. Los problemas de procedimiento en el arbitraje internacional son cada día más frecuentes, de mayor complejidad y de máxima preocupación en el arbitraje internacional. Estas cuestiones son objeto de análisis en el presente trabajo, que aborda las lagunas existentes desde el análisis de las cuestiones más controvertidas en el ámbito de la transparencia y la confidencialidad en el procedimiento arbitral, teniendo en cuenta las reglas arbitrales de las principales instituciones a nivel internacional: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

I. El deber de confidencialidad frente al principio de privacidad en el arbitraje internacional

La confidencialidad, en su carácter o noción más restrictiva⁶, constituye uno de los pilares fundamentales sobre los que se edifica el arbitraje comercial internacional⁷. No obstante, en esta acepción carece de un reconocimiento legal explícito en la gran mayoría de las normativas reguladoras del arbitraje internacional⁸.

-
- 5 BROWN, Ch., “Procedure in investment treaty arbitration and the relevance of comparative public law”, SCHILL, S. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, 2010, 659-660; DOUGLAS, Z., “The hybrid foundations of investment treaty arbitration”, *British Yearbook of International Law*, n.º 74, 2004, 151-168.
- 6 OGLINDA, B., “The principle of confidentiality in arbitration. Application and limitations of the principle”, *Persps. of Bus. L.J.*, 1, vol. 4, 2015, 57.
- 7 En este sentido, hemos de señalar que este no es el único rasgo característico del arbitraje, y la doctrina reconoce también otras ventajas para acudir al arbitraje en sustitución de la jurisdicción del Estado, invocando, a la vez: el menor coste del proceso arbitral; la mayor garantía en la decisión arbitral respecto de la resolución obtenida en vía judicial, por considerar que las partes eligen a su propio árbitro, lo que constituiría un presupuesto objetivo de mayor garantía en la resolución de la disputa; la mayor especialidad de los árbitros que conforman el tribunal arbitral respecto a la disputa objeto de la litis; y, por último, incluiríamos el deseo de las partes de no dar publicidad a sus disputas. Véase ÍSCAR, J., “El arbitraje institucional”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, vol. 29, 2013, 5-6; JIMÉNEZ, G., “La independencia e imparcialidad del árbitro: algunos aspectos polémicos, mediante una visión ibérica”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. viii, n.º 3, 2015, 736; NOUSSIA, K., *Confidentiality in International Commercial Arbitration A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2010, 1.
- 8 Gran parte de las legislaciones en materia de arbitraje internacional no reconocen la confidencialidad. Algunos autores reconocen que no resulta necesario tal reconocimiento, ya que “la no difusión

La naturaleza privada del arbitraje internacional hace que el procedimiento sea intrínsecamente privado⁹, pero no confidencial, lo que permite que se pueda llevar a cabo fuera del alcance de toda publicidad. Sin embargo, la confidencialidad y la privacidad como características importantes del arbitraje se encuentran correlacionadas¹⁰ entre sí, pero difieren en su naturaleza, son conceptos distintos. La confidencialidad no implica, en sí misma, la privacidad del arbitraje. La confidencialidad puede ser percibida como la posibilidad, la capacidad que tienen las partes en el arbitraje de conocer los documentos y la información generada durante el procedimiento arbitral¹¹; es decir, la confidencialidad es inherente a la información o documentación producida durante el procedimiento arbitral, referida a la obligación que tienen las partes de no hacer pública, de no revelar a terceros, la información generada durante el procedimiento¹². La confidencialidad es el estado de “secretismo asociado a elementos susceptibles de protección”¹³: la información producida y utilizada durante todo el procedimiento arbitral. En su más puro significado contribuye a la no divulgación de todo cuanto acontece durante el procedimiento, un derecho de no divulgación que tienen las partes, extendiéndose dicha obligación tanto a personas ajenas como a aquellas que de una forma u otra son partícipes del propio procedimiento¹⁴.

de la información aportada en el arbitraje es un deber ineludible de cuantos participan en él, considerando que la confidencialidad se estatuye como obligación que deben respetar las partes que intervienen o pueden intervenir en el arbitraje”. BARONA, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, 907. Otros, como Fernández, reconocen que la confidencialidad es un rasgo inherente a una institución que entraña un procedimiento privado acordado entre las partes, “concebida esta como un escudo protector contra la divulgación a una persona no implicada en el litigio, o a la opinión pública”. FERNÁNDEZ, J. C., “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n.º 2, 2009, 335.

- 9 POLANCO, R., “Transparencia y derechos de terceros en arbitrajes internacionales sobre inversión extranjera”, *Revista de Derecho Económico*, Universidad de Chile, n.º 75, 2010, 119.
- 10 En este sentido, “la confidencialidad es imposible sin privacidad y la privacidad no tiene sentido sin confidencialidad”. BROWN, A. C., “Presumption meets reality: an exploration of the confidentiality obligation in international commercial arbitration”, *Am. U. Int'l L. Rev.*, vol. 16, 2001, 972-975.
- 11 AMRIANI, N. y RIKA, P. L., “Confidentiality versus transparency of ICSID arbitration award: sustainability of the quality practice for good's governance and investor to support public accountability”, *Int. J. Adv. Stu. Hum. Soci. Scie.*, vol. 2, n.º 2, 2014, 224.
- 12 SMEUREANU, I. M., *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2011, 5. Según Fernández, “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 arbitral”. Pudiendo también incluir secretos comerciales o industriales. A estos efectos, según el citado autor, “los reglamentos arbitrales acostumbran a dotar a los árbitros de instrumentos que garantizan la confidencialidad”. FERNÁNDEZ, J. C., “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, cit., 337, 341.
- 13 GARAJOVÁ, M., “Privacy and confidentiality in international commercial arbitration under institutional arbitration rules”, en DRLÍČKOVÁ, K. y KYSELOVSKÁ T., *Cofola International. Resolution of International Disputes (Conference proceedings)*, Brno, Masaryk University, 2017, 63.
- 14 En este sentido, se incluyen todas aquellas personas que participan en el arbitraje según la magnitud del procedimiento o el contenido económico del mismo, tales como: expertos, testigos, empleados

Por su parte, la privacidad es la condición que impide el acceso de terceros al procedimiento, la imposibilidad de tener acceso a las audiencias arbitrales¹⁵, sin el consentimiento previo de las partes; o sea, el derecho que tienen las partes de celebrar procedimientos arbitrales con la plena exclusión de quienes no son partes del procedimiento, sin la intervención de terceros ajenos al mismo. Es por ello que algunos autores¹⁶ consideran que la privacidad no está relacionada con todo el proceso arbitral, sino con la fase de audiencia, a partir de la cual las partes en el procedimiento pueden excluir a terceros no partes del mismo. La privacidad es un límite a la transparencia en el procedimiento arbitral, y, aun teniendo un amplio reconocimiento normativo en las reglas arbitrales de un gran número de instituciones arbitrales, a diferencia de la confidencialidad, la privacidad no constituye, ni puede ser asumida como una garantía de la confidencialidad en el arbitraje.

A. Arbitraje comercial internacional

Resulta de máxima trascendencia la distinción entre privacidad y confidencialidad en el arbitraje internacional, teniendo en cuenta que en determinados momentos las partes contratantes asumen como confidencial la información, lo que es un error conceptual, una *mala praxis* en la interpretación de las reglas arbitrales y las propias normas aplicables. El hecho de que dichas normas o reglas regulen la privacidad, el hermetismo del procedimiento arbitral, no significa ni garantiza que el mismo sea automáticamente confidencial, ya que la información en determinadas circunstancias puede hacerse pública y, por lo tanto, hace que el arbitraje, hasta cierto punto, no sea del todo secreto.

El carácter confidencial del procedimiento arbitral en el arbitraje comercial internacional también puede incidir positivamente en la solución y reducción de las tensiones entre las partes en litigio. Tanto es así que un quebrantamiento de la misma por parte del árbitro o de la institución arbitral que administra el proceso “puede dar lugar a una acción en su contra ante tribunales competentes y hasta a la nulidad del laudo”¹⁷, siempre que se demuestre el no cumplimiento del deber de confidenciali-

de mantenimiento, traductores, intérpretes, secretarios, etc. FERNÁNDEZ, J. C., “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, cit., 340; coincidiendo también en este punto, Ajibo refiere que la confidencialidad incluye la no divulgación de cualquier información del procedimiento o de cualquier laudo, extendiéndose la misma a las partes, sus representantes y al tribunal arbitral. AJIBO, K. I., “La confidencialidad en el arbitraje comercial internacional: suposiciones de la obligación implícita y una propuesta de solución”, *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, vol. 3, n.º 2, 2015, 215.

- 15 POOROOYE, A. y FEEHILY, R., “Confidentiality and transparency in international commercial arbitration: finding the right balance”, *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 22, 2017, 282.
- 16 TWEEDDALE, A. y TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 352.
- 17 FERNÁNDEZ, J. C., “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, cit., 339.

dad entre las partes, aunque no esté expresamente determinado por el reglamento aplicable, debido al carácter implícito de la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional. Pero la confidencialidad también puede ser percibida como la forma a través de la cual se pueden enmascarar o proteger ciertas actuaciones o decisiones no éticas, equivocadas o no adecuadas de los árbitros¹⁸. Sin embargo, la transparencia facilitaría una mejor evaluación de los árbitros y de sus competencias. De esta manera, el propio tribunal arbitral puede hacer público cualquier acto ilícito entre las partes o durante el propio procedimiento arbitral, cuestión que puede ser fácilmente enmascarada con el carácter implícito de la confidencialidad en el procedimiento.

El papel y alcance de la confidencialidad en el arbitraje internacional es una cuestión muy discutible hoy en día¹⁹, fundamentalmente, por la ausencia de una obligación internacional, una armonización de las normas y reglas arbitrales al respecto. El principio de privacidad en el arbitraje ha sido reconocido en las normas nacionales, a nivel interno de los Estados, así como en gran parte de las reglas arbitrales de varias instituciones. Sin embargo, persiste un vacío en cuanto al reconocimiento explícito de confidencialidad²⁰ en varias de las normas nacionales y reglas internacionales del arbitraje, lo que ha generado, como principal problema, que tanto las partes en el arbitraje como la sociedad en general no sepan distinguir ambos conceptos e identificar la conexión entre el principio de privacidad y la regla de confidencialidad en el procedimiento arbitral, aunque ambos conceptos tienen un mismo basamento: la restricción de terceros ajenos al arbitraje para evitar el conocimiento de toda la información, o de la información confidencial durante el procedimiento²¹.

18 CREMADAS, B. M. y CORTÉS, R., “The principle of confidentiality in arbitration: a necessary crisis”, *J. Arb. Stud.*, vol. 33, 2013, 33-34.

19 Durante años ha existido siempre una presunción de que el deber de confidencialidad existe en el arbitraje comercial internacional, pero en la actualidad se ha convertido en una cuestión muy controvertida, lo que podemos deducir del caso *Esso Australia Resources Ltd. v. El Honorable Sidney James Plowman*, 128 ALR 391, 1995, en el cual una de las partes fue obligada por el secretario de Energía de Australia a revelar cierta información utilizada en el arbitraje. Sostuvo la Corte Suprema de Australia que la confidencialidad no era un principio aplicable a los procedimientos de arbitraje, teniendo en cuenta que el requerimiento de llevar el procedimiento en privado no implica que haya una obligación implícita que impida la divulgación de documentos e información referentes al procedimiento arbitral. Y que cualquier obligación de guardar confidencialidad es susceptible de una excepción concedida en nombre del interés público. Disponible en: [http://ESSO_AUSTRALIA_RESOURCES_LTD_AND_OTHERS_V_THE_HONOURABLE_SIDNEY_JAMES_PLOWMAN_AND_OTHERS--\(1995\)_128_ALR_391.html](http://ESSO_AUSTRALIA_RESOURCES_LTD_AND_OTHERS_V_THE_HONOURABLE_SIDNEY_JAMES_PLOWMAN_AND_OTHERS--(1995)_128_ALR_391.html) [consultado el 20 de diciembre de 2019]. En este sentido, afirma Silva, “siempre se afirmó que el arbitraje comercial internacional era confidencial sin que, a fin de cuentas, se precisaran ni la fuente ni el ámbito de dicha confidencialidad”. SILVA, E., “Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional”, *Lima Arbitration*, n.º 5, 2012/2013, 37; véase BORN, G. B., *International Commercial Arbitration*, vol. II, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2009, 2250-2251.

20 Son muchos los Estados que carecen de un reconocimiento implícito de la confidencialidad. Ni el legislador nacional ni los tratados internacionales, en lo general, han reconocido expresamente el deber de confidencialidad en el arbitraje. Véase MERINO MERCHÁN, J. F., “Confidencialidad y arbitraje”, *Spain Arbitration Review*, n.º 2, 2008, 76-95.

21 MICKELSON LOUS, C., “Hush! Let’s arbitrate – Discourse and Practice on the Question of Confidentiality in International Commercial Arbitration”, *Tidsskrift for Forretningsjus*, vol. 3, 2012, 181.

B. Arbitraje de inversiones

En el ámbito del arbitraje de inversiones, la confidencialidad puede plantear delicadas cuestiones políticas, incluso hasta de relaciones diplomáticas entre los Estados. El enigma generado por la confidencialidad en el arbitraje de inversiones ha provocado serias discusiones en el ámbito académico respecto a su permanencia, lo que ha provocado que las propias instituciones arbitrales que administran dicho procedimiento se enfrenten a duras críticas y fuertes presiones para desarrollar la transparencia y eliminar el carácter confidencial²² y privado que ha heredado el arbitraje de inversiones del arbitraje comercial internacional.

En consecuencia, la confidencialidad en el arbitraje inversor-Estado se ha ido desplazando²³, cediendo, aunque no en su totalidad. Los tribunales arbitrales han asumido mayores facultades para admitir la posibilidad de intervención de terceras partes ajena al proceso a través del mecanismo procesal del *amicus curiae*, reconociendo, además, que dichas partes puedan tener acceso al proceso arbitral y contribuir con la aportación de información que puede resultar de gran utilidad para la solución de la controversia²⁴, lo que constituye una evolución del arbitraje de inversiones al respecto y que pudiéramos resumir, coincidiendo con la doctrina, en que “se 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 últimos”²⁵.

La confidencialidad también protege la información confidencial de la empresa y los secretos comerciales²⁶. En este sentido, la confidencialidad es una característica esencial de ambos regímenes arbitrales, tanto del comercial internacional como del de inversiones. Pero, considerar que toda la información confidencial está verdaderamente protegida en el arbitraje es como asegurar la impenetrabilidad del

-
- 22 BHATIA, V., CANDLIN, Ch. y SHARMA, R., “Confidentiality and integrity in international commercial arbitration practice”, *Arbitration*, vol. 75, n.º 1, 2009, 11.
- 23 Siendo constatable en los *G20 Guiding Principles for Global Investment Policymakinglos (G20 Guiding Investment Principles)*, acordados en la reunión de Ministros de Comercio del G20, en julio de 2016, en la ciudad de Shanghái, reunión en la que uno de los principales temas de debate fue la inclusión del principio de “que los procedimientos de solución de controversias deben ser justos, abiertos y transparentes, con las salvaguardas apropiadas para evitar abusos”. Disponibles en: <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/G20-Trade-Ministers-Statement-July-2016.pdf> y <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/G20-Guiding-Principles-for-Global-Investment-Policymaking.pdf> [consultados el 20 de diciembre de 2019].
- 24 BRANDEIS, L. y SÁNCHEZ BRAVO, G., “‘Amicus curiae’, la trasparencia y la irrupción de la sociedad civil en el arbitraje de inversiones”, *Lima Arbitration*, n.º 5, 2012/2013, 207; FERNÁNDEZ, J. C., “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n.º 2, 2009, 336.
- 25 FERNÁNDEZ, J. C., “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, cit., 336-337.
- 26 BUYS, C. G., “The tensions between confidentiality and transparency in international arbitration”, *American International Law Review*, vol. 14, 2003, 123.

mismo, lo que puede resultar engañoso, ya que el ámbito de la protección puede ser influido por las circunstancias en que la propia información puede ser aportada²⁷. No obstante, no debe perderse de vista la posible existencia de obligaciones regulatorias que obliguen a desvelar determinados aspectos, cualquiera que sea la pretensión de confidencialidad de las partes.

C. Consideraciones generales

Para algunos autores²⁸, la privacidad en el arbitraje comporta la existencia de confidencialidad en el procedimiento. Sin embargo, creemos que la naturaleza privada del arbitraje no es garantía de confidencialidad absoluta en el mismo. Tanto es así que las propias reglas arbitrales institucionales generalmente reconocen la privacidad del proceso arbitral, pero no aseguran la confidencialidad del procedimiento. En este sentido, la propia UNCITRAL admite:

... el Derecho interno, no siempre reconoce por igual 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 confidencialidad, no podrán pretender que todos los ordenamientos reconozcan una obligación implícita de la confidencialidad. Por otra parte, los participantes en un arbitraje pueden entender de manera distinta el grado de confidencialidad que cabe esperar²⁹.

Todo ello evidencia la no uniformidad normativa respecto a la regulación de la confidencialidad en las normas relativas al arbitraje, tanto por los Estados³⁰ como por las

27 JIMÉNEZ, G., “La independencia e imparcialidad del árbitro: algunos aspectos polémicos, mediante una visión ibérica”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VIII, n.º 3, 2015, 738.

28 YOUNG, M. y CHAMPAÑ, S., “Confidentiality in International Arbitration: Does the Exception Prove the Rules?”, *ASA Bulletin*, vol. 27, 2009, 28.

29 Véase “Notas sobre la organización del proceso arbitral de la UNCITRAL”, [en línea], 1997. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1996Notesproceed-ings.html [consultado el 20 de diciembre de 2019]

30 Algunos países, en su legislación arbitral, reconocen la confidencialidad; en Perú, por ejemplo, en el artículo 51 del Decreto Legislativo 1071, del 27 de junio de 2008 se establece: “1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad. 2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial. 3. En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones”. En este sentido, reconoce Silva “que la confidencialidad no es una calidad inherente de todo arbitraje comercial internacional con sede en Perú, sino una garantía que el legis-

normas internacionales³¹ y los propios reglamentos de las instituciones arbitrales³². En el caso de España, aunque no se cuenta con una amplia experiencia en el arbitraje en comparación con países de gran tradición arbitral como Alemania, Inglaterra, Suecia, Suiza o Estados Unidos (de los cuales los dos primeros reconocen ampliamente el carácter implícito de la confidencialidad en el arbitraje), se reconoce en el artículo 24.2 de la Ley de Arbitraje una obligación de confidencialidad en el arbitraje.

lador peruano ha decidido darle a éste". SILVA, E., "Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional", *Lima Arbitration*, n.º 5, 2012/2013, 41. En Francia, hemos de reconocer que, si bien existía cierta confidencialidad implícita del arbitraje comercial internacional, con las modificaciones del Decreto n.º 2011-48 al código de procedimiento civil parecería ser que solo es confidencial el arbitraje interno, nacional, al establecer en su artículo 1464.4: "a reserva de obligaciones legales y a menos que las partes hayan dispuesto otra cosa, el procedimiento arbitral está sometido al principio de confidencialidad"; no así el arbitraje internacional, a no ser que en este último haya sido pactado expresamente por las partes. GAILLARD, E. y DE LAPASSE, P., "Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international", *Recueil Dalloz*, 2011, 188; GAILLARD, E. y DE LAPASSE, P., "Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage", [en línea], *Cahiers de l'arbitrage*, 2012, 28. Disponible en: http://www.bauerreis.com/wp-content/uploads/2014/05/Commentaire_analytique_decret_13janvier2011_reforme_droit_francais_arbitrage.pdf [consultado el 20 de diciembre de 2019]; JIMÉNEZ, G., "La independencia e imparcialidad del árbitro: algunos aspectos polémicos, mediante una visión ibérica", *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VIII, n.º 3, 2015, 738; JARRASSON, CH. y PELLERIN, J., "Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011", *Rev. Arb.*, 2011, 5-8. Sin embargo, la gran mayoría del resto de los Estados carecen de pronunciamiento alguno respecto a la confidencialidad.

- 31 Como ejemplo de ellos tenemos, tal y como lo reconoce Fernández, los principales convenios internacionales reguladores del arbitraje de Nueva York, Ginebra o Panamá. FERNÁNDEZ, J. C., "Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial", cit., 350.
- 32 Al respecto, las Reglas arbitrales de la CCI no establecen explícitamente la confidencialidad en el procedimiento arbitral, sometiéndolo a lo establecido entre las partes en el acuerdo arbitral y al tribunal para que decida sobre el mismo. No obstante sí reconocen la privacidad de las actuaciones al establecer en el art. 26. 3: "... salvo autorización del tribunal arbitral y de las partes, las audiencias no estarán abiertas a personas ajenas al proceso". Sin embargo, en lo que a las actuaciones internas de la Corte se refiere, se reconoce expresamente la confidencialidad de las actuaciones, tal y como lo establecen los Estatutos de la Corte en su artículo 6: "La actividad de la Corte es de carácter confidencial, el cual debe ser respetado por todos los que participen en ella, a cualquier título...", en relación con el artículo 1 del Reglamento Interno, el cual reconoce "el carácter confidencial de las actividades de la Corte". Las reglas del CIADI reconocen la privacidad del procedimiento, pero no expresamente la confidencialidad. Dichas reglas condicionan la publicación de la información a la voluntad de las partes en litigio. Al respecto, en lo que a la constitución del tribunal arbitral se refiere, la Regla 6.2 reconoce la obligación de los árbitros de guardar confidencialidad de toda la información, estableciendo: "me comprometo a mantener con carácter confidencial toda la información que llegue a mi conocimiento a consecuencia de mi participación en este proceso, así como del contenido de cualquier laudo que este tribunal dicte", en relación con la Regla 15(1): "Las deliberaciones del Tribunal se realizarán en privado y permanecerán secretas" y la Regla 48(4): "El Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del tribunal"; regla esta última que da un paso más en cuanto a que abre la puerta a la confidencialidad, específicamente respecto al laudo arbitral. Por su parte, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI también proporciona privacidad al procedimiento, al establecer en su artículo 28.3: "Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada a menos que las partes acuerden lo contrario...", aunque en el artículo 34.5 también abre las puertas a la confidencialidad, al mantener una restricción relativa al laudo, estableciendo: "Podrá hacerse público el laudo con el consentimiento de las partes o cuando una parte tenga la obligación jurídica de darlo a conocer para proteger o ejercer un derecho...".

traje al establecer: “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”³³. Sin embargo, con una marcada diferencia, el Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –aunque no es objeto de análisis en el presente trabajo– establece, explícitamente, la confidencialidad del procedimiento al disponer: “la confidencialidad de la existencia y durante el arbitraje, de toda la información producida en el procedimiento y del laudo”³⁴, teniendo en cuenta la naturaleza de las controversias que se ventilan ante tal institución. Tal disparidad respecto al reconocimiento de la confidencialidad a nivel internacional es el reflejo de una ausencia de consenso en la comunidad internacional. Encontrándose la confidencialidad en el arbitraje en un túnel sin salida, como resultado del escaso reconocimiento normativo al respecto y que puede incidir en el desconocimiento de las partes respecto a la confidencialidad de la información en el procedimiento arbitral³⁵ y a la incertidumbre durante el mismo.

Tanto es así que las reglas arbitrales generalmente enfatizan en la confidencialidad del laudo y no reconocen un deber general de confidencialidad sobre la información relacionada con el procedimiento, o se reconoce, solo si se impone tal deber de confidencialidad a las partes, al tribunal o a la institución arbitral³⁶. Esto crea una gran dificultad por resolver, la cual puede convertirse en un punto que juega contra la propia transparencia en el arbitraje internacional.

Ante la ausencia de reconocimiento de la confidencialidad en la mayoría de los sistemas estatales y en la gran parte de los instrumentos internacionales que regulan el arbitraje internacional, son diversos los criterios existentes en la práctica arbitral, dividiéndose en dos posiciones distintas. Por un lado, se encuentran los defensores de la confidencialidad como condición implícita en el arbitraje comercial internacional, siendo el motivo principal por el cual la gran mayoría de las empresas a nivel internacional escogen el arbitraje para dirimir sus controversias en el comercio internacional, muy aceptada también esta posición por los tribunales ingleses³⁷ y gran

33 Véase Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, publicada en el *BOE*, n.º 309, de 26/12/2003; FERNÁNDEZ, J. C., “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, cit., 349.

34 Al respecto, el propio Reglamento reconoce la confidencialidad en los procedimientos arbitrales, y el artículo 48 regula la divulgación de los secretos comerciales y cualquier otro tipo de información confidencial.

35 FERNÁNDEZ, J. C., “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, cit., 347.

36 WAUTELET, P., *Confidentiality and Third Parties in International Commercial Arbitration: Some Preliminary Reflections*, University of Liège, 2008, 4.

37 Tal y como lo demuestra la decisión de la Corte de Apelación inglesa en los siguientes casos: *Dolling-Baker v. Merrett and Another*, See Law Reports, 1990, 1 wlr. 1205, en el cual la Corte reconoce una obligación implícita de confidencialidad que se deriva de la propia naturaleza del arbitraje, reconociendo, a su vez, que la confidencialidad era aplicable a los documentos preparados y utilizados en el arbitraje o a aquellos que se crearon, divulgaron o se transcribieron durante el curso del arbitraje, incluyendo las pruebas aportadas por los testigos y las propias notas de los laudos y las

parte de países con tradición jurídica romana³⁸. Por otro lado, se tiene a los defensores de consagrar explícitamente una obligación de confidencialidad en las reglas de arbitraje aplicables, que habría de reflejarse en el convenio o cláusula arbitral, en los eventuales pactos, acuerdos de confidencialidad³⁹ o en el propio contrato, a través de

pruebas. Disponible en: <http://www.uniset.ca/lloyddata/css/19901WLR1205.html> [consultado el 20 de diciembre de 2019]; *Hassneh Insurance v. Steuart J Mew*, 1993, 2 Lloyd's Rep. 243 (K.B.), en el que el tribunal amplió el deber implícito de confidencialidad a los laudos arbitrales, declarando que la divulgación de los documentos durante el procedimiento era casi equivalente a abrir las puertas de la cámara arbitral a terceros: “would be almost equivalent to opening the door of the arbitration room to a third party”, lo que viola la privacidad del arbitraje; *Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir*, 1998, 2 All ER 136 (K.B.), caso que fue una reafirmación de la decisión emitida en los dos casos citados antes y en el cual se sostiene que “la obligación implícita de confidencialidad es una cuestión de derecho”, reafirmando el tribunal que la confidencialidad es esencial a la privacidad de los procedimientos de arbitraje: “the obligation of confidentiality arises as an essential corollary of the privacy of arbitration proceedings”.

- 38 AJBO, K. I., “La confidencialidad en el arbitraje comercial internacional: suposiciones de la obligación implícita y una propuesta de solución”, *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, vol. 3, n.º 2, 2015, 213. El ordenamiento jurídico francés es otro ejemplo a destacar respecto al carácter implícito de la confidencialidad en el procedimiento arbitral. Los tribunales franceses han reconocido ampliamente que la confidencialidad y la divulgación de las actuaciones en el procedimiento arbitral pueden coexistir en el arbitraje; así lo demuestran, entre otros, los siguientes casos: *Aita v. Ojjeh*, Cour d'appel (CA), París, 1986, en *Revue de l'Arbitrage*, vol. 4, 1986, p. 584; *Société True North et Société fcb International v. Bleustein*, Tribunal de commerce, París, 1999, en *Revue de l'Arbitrage*, 2004, pp. 189-192; *Nafimco v. Foster Wheeler Trading Company AG*, Cour d'appel (CA), París, 2004. Aunque este último caso marcó un hito en cuanto al carácter implícito de la confidencialidad en Francia, demostró que el deber implícito en ese país es mucho más restringido que en el ordenamiento jurídico inglés.
- 39 En este sentido, desde el punto de vista del derecho comparado, en el ordenamiento jurídico estadounidense tampoco existe una presunción de la confidencialidad en el arbitraje internacional, no hay un reconocimiento implícito de la misma en el arbitraje, por lo que, para ser considerada, la confidencialidad debe ser pactada entre las partes, ha de existir una manifestación del consentimiento al respecto. Así lo demuestran, entre otros, los siguientes casos: *United States v. Panhandle Eastern Corp*, 118 F.R.D. 346, D. Del. 1988, en el que el tribunal reconoce que, en ausencia de una cláusula o pronunciamiento de las partes respecto a la confidencialidad, no existe impedimento alguno para el acceso a la documentación, tal y como lo solicitó una de las partes, en concreto el gobierno de Estados Unidos; *A.T. v. State Farm Mutual Automobile Insurance*, 989 P.2d 219, Colo. App., 1999, en el que el tribunal de apelación admite la determinación del tribunal de distrito, el cual reconoce la ausencia de confidencialidad, teniendo en cuenta que la misma no ha sido acordada por las partes. El propio tribunal concluyó que las normas arbitrales reconocen que el laudo se presente, se haga cumplir y se impugne ante un tribunal, condición suficiente para hacer público el mismo, teniendo en cuenta que el demandante no obtuvo la orden de protección de confidencialidad solicitada. En este mismo sentido, en el caso *Hutcherson v. Sears Roebuck & Co.*, 793 N.E.2d 886, Ill. App. 1st Dist. 2003, el tribunal reconoce que las partes no acordaron la confidencialidad del laudo, por lo que podía ser conocido, ya que está liberado de tal obligación. A diferencia de los casos anteriores, en el caso *Parilla v. IAP Worldwide Services, vi, Inc.*, 368 F.3d 269, 3d. Cir. 2004, las partes sí acordaron proteger confidencialmente los nombres de las partes, lo que fue respetado durante el proceso. A partir de los casos referenciados, es de resaltar que los tribunales estadounidenses reconocen el deber independiente que tienen para examinar la confidencialidad del arbitraje cuando las partes solicitan su asistencia en cuanto al reconocimiento o anulación de un laudo arbitral, especialmente, cuando en el caso prima un fuerte interés público, tal y como sucedió en el caso *Zurich American Insurance Co. v. Rite Aid Corp*, 345 F. Supp. 2d 497, E.D. Pa. 2004.

las distintas cláusulas que habitualmente son utilizadas en el arbitraje internacional, posición de la que somos partidarios y que analizamos a continuación.

II. De la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional a la transparencia en el arbitraje de inversiones

La confidencialidad no puede ser entendida como principio o elemento inherente al convenio arbitral⁴⁰ u obligación implícita en el arbitraje⁴¹, sino que debe ser claramente pactada por las partes en el propio convenio o cláusula arbitral⁴² –de ser ello posible, del modo más detallado y explícito, lo que puede no solo reducir potenciales controversias, sino también contribuir al desarrollo de una mayor transparencia–, o establecida en la propia ley nacional o internacional que rige el arbitraje⁴³. La confidencialidad, en definitiva, constituye un “*elemento accidental*”⁴⁴ del arbitraje comercial internacional.

Conforme con lo dicho, las partes pueden acordar en qué medida desean que el contenido del arbitraje permanezca confidencial, y en caso de omisión de algún aspecto, la existencia y alcance de la obligación habría de resolverse conforme a la ley aplicable que rige el acuerdo arbitral, la ley del lugar de la sede del arbitraje –*lex arbitri*– o la ley rectora del contrato⁴⁵.

No obstante, debemos tener presente que el acuerdo entre las partes en el arbitraje comercial internacional no está exento de restricciones imperativas relacionadas con el orden público de las jurisdicciones implicadas⁴⁶. En efecto, el principio

40 BORN, G. B., *International Commercial Arbitration*, vol. II, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2009, 2280.

41 LEW, J., “Expert Report in Esso/BHP v. Plowman”, *Arbitration International*, vol. 11, 1995, 289-340; BAGNER, H., “Confidentiality: a fundamental principle in international commercial arbitration?”, *Journal of International Arbitration*, vol. 18, 2001, 249.

42 El convenio arbitral, con independencia de que se exprese en una cláusula inserta en un contrato o como un acuerdo separado, está considerado como un acuerdo de voluntades autónomo “principio de separabilidad”.

43 Como reconoce Silva, al exponer que “quizás el mejor esfuerzo que fuera realizado por proponer una fuente de confidencialidad provino del derecho de las obligaciones y del contrato en general [...] [E]l derecho arbitral no es sino una combinación, (i) del Derecho de las obligaciones y del contrato en general y (ii) de los principios de orden legislativo, o, según el caso, jurisprudenciales de la ‘autonomía del convenio arbitral’ y de la ‘competencia-competencia’”. SILVA, E., “Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional”, *Lima Arbitration*, n.º 5, 2012/2013, 37.

44 Ibíd., 39.

45 En todo caso, según Jiménez, “esta obligación tiene numerosas limitaciones derivadas de la ejecución del laudo en un proceso judicial, requerimientos de orden público, requerimientos de la ley, por ejemplo, en el caso de sociedades cotizadas”. JIMÉNEZ, G., “La independencia e imparcialidad del árbitro: algunos aspectos polémicos, mediante una visión ibérica”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VIII, n.º 3, 2015, 739.

46 THOMPSON, J., “Confidentiality in English Arbitration Law: myths and realities about its legal nature”, *Journal of International Arbitration*, vol. 25, 2008, 314. De esta manera, no interesa si la confidencialidad se acordó de forma directa o no, siendo mucho más complicado el acuerdo entre

de confidencialidad puede verse afectado “por razones de interés público operando 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”⁴⁷. Es decir, en determinadas ocasiones y según las circunstancias⁴⁸, la existencia de un mandato legal o una necesidad imperiosa de interés público en el arbitraje constituye motivo suficiente para levantar el velo de la confidencialidad en el procedimiento arbitral y, de esta manera, hacer público el procedimiento y divulgar la información que sea necesaria. Así pues, el interés público puede verse como un límite a la autonomía de las partes para optar por la confidencialidad⁴⁹.

Creemos que la excepción de interés público no se ciñe a un régimen arbitral específico, siendo válida tanto para el arbitraje comercial internacional⁵⁰ como para el arbitraje de inversiones, lo que propicia un aumento de la tensión entre los valores públicos y privados, entre la transparencia y la confidencialidad⁵¹. Aunque algunos autores⁵² consideran que resulta más común en el arbitraje de inversiones y tendencialmente menos presente en el arbitraje comercial internacional entre partes privadas, consideramos que el arbitraje comercial internacional también tiene el potencial de afectar al interés público, motivo por el que no se justifica tal disparidad. Hoy en día la participación de entidades estatales y de los propios Estados es frecuente en arbitrajes comerciales. Algunos de ellos, con el objetivo de convertirse en sedes internacionales de arbitraje, han elegido como herramienta un “debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas”⁵³, normas que conciernen el interés

las partes, pudiendo incluso perder sus funciones si la ley aplicable impone restricciones o permite excepciones a tal acuerdo. Véase YU, H., “Duty of confidentiality: myth and reality”, *Civil Justice Quarterly*, vol. 30, n.º 1, 2012, 8.

- 47 FERNÁNDEZ, J. C., “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n.º 2, 2009, 369.
- 48 Para el conocimiento de dichas circunstancias, véase NOUSSIA, K., *Confidentiality in International Commercial Arbitration. A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2010, 22-23.
- 49 KASTER, L. A., “Confidentiality in U.S. Arbitration”, *New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 5, n.º 1, 2012, 25; *Omaha Indem. Co. vs. Royal Am. Managers, Inc.*, 140 F.R.D. 398, 400, W.D. Mo., 1991; *City of Newark vs. Law Dep’t of the City of N.Y.*, 760 N.Y.S.2d 431, 436-437, N.Y. App. Div., 2003; NOUSSIA, K., *Confidentiality in International Commercial Arbitration. A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law*, cit., 27.
- 50 DE SAINT MARC, V., “Confidentiality of arbitration and the obligation to disclose information on listed companies or during due diligence investigations”, *Journal of International Arbitration*, vol. 20, n.º 2, 2003, 211.
- 51 FELICIANO, F. P., “The ordre public dimensions of confidentiality and transparency in international arbitration: examining confidentiality in the light of governance requirements in international investment and trade arbitration”, *Phil.L.J.*, vol. 87, n.º 1, 2012, 11.
- 52 ARGON, R. D., “Ending blind spot justice: broadening the transparency trend in international arbitration”, *Brook. J.Int’L L.*, vol. 40, 2014, 209.
- 53 ALBORNOZ, M. M., “La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 139, 2014, 22.

público. Por ejemplo, en Francia, los propios tribunales nacionales, en respuesta a la tensión existente entre la creación de normas de interés público y de normas de protección de los intereses esenciales del Estado y las políticas legislativas favorecedoras del arbitraje, han tenido que hacer uso de dicha herramienta para intentar solucionar tal dificultad.

En suma, ambos régimenes arbitrales pueden incidir directamente en el desenvolvimiento de políticas públicas por parte de los Estados, por ejemplo, en el sector energético, del agua, de las infraestructuras, del medio ambiente, de la salud pública, etc. En todos ellos existe una fuerte presencia tanto de empresas públicas como privadas, estas últimas con una mayor participación en el arbitraje comercial internacional, lo que hace evidente la necesidad de una mayor transparencia y menos secretismo en el procedimiento, necesidad que colisiona con la fuerte tendencia de las empresas a no renunciar a la confidencialidad, aunque en la controversia estén implicadas cuestiones de interés público. No es posible ignorar que bajo el escudo protector de la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional pueden ocultarse, y de hecho se ocultan, actuaciones ilegales o corruptas⁵⁴ llevadas a cabo dentro del propio entramado empresarial, tanto por parte de empresas públicas como privadas y hasta de los propios funcionarios.

El deber de confidencialidad suscita muy singulares problemas en el caso de los denominados arbitrajes multiparte, donde la pluralidad de sujetos involucrados suele dificultar extremadamente la posibilidad de un acuerdo de confidencialidad que englobe a todos los contendientes⁵⁵ y resulte vinculante para todas las partes. En este tipo de arbitraje la propia cuestión controvertida puede implicar diferentes controversias entre partes distintas. De ahí que la doctrina sobre el tema haya afirmado afirmado:

54 Como sucedió en el caso *Soleimany v. Soleimany*, APP.L.R. 02/19, para. 50-51, 1998, en el cual la Corte de Apelaciones reconoció “The difficulty arises when arbitrators have entered upon the topic of illegality, and have held that there was none. [...] In such a case there is a tension between the public interest that the awards of arbitrators should be respected, so that there be an end to lawsuits, and the public interest that illegal contracts should not be enforced [...] It may, however, also be in the public interest that this court should express some view on a point which has been fully argued and which is likely to arise again. In our view, an enforcement judge, if there is *prima facie* evidence from one side that the award is based on an illegal contract, should enquire further to some extent. Is there evidence on the other side to the contrary? Has the arbitrator expressly found that the underlying contract was not illegal? Or is it a fair inference that he did reach that conclusion? Is there anything to suggest that the arbitrator was incompetent to conduct such an enquiry? May there have been collusion or bad faith, so as to procure an award despite illegality? Arbitrations are, after all, conducted in a wide variety of situations; not just before high-powered tribunals in International trade but in many other circumstances. We do not for one moment suggest that the judge should conduct a full scale trial of those matters in the first instance. That would create the mischief which the arbitration was designed to avoid”.

55 SHACKLETON, R., “Global warming: milder still in England”, *American International Law Review*, vol. 2, 1999, 125.

... 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. 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 multilaterales⁵⁶.

La confidencialidad en el arbitraje comercial internacional sigue imperando como rasgo esencial. Las reformas en este ámbito se han estancado, mientras que en el arbitraje de inversiones el principio de confidencialidad ha ido cediendo ante la transparencia, teniendo en cuenta la presencia del Estado como parte del procedimiento, así como las ya comentadas implicaciones en el interés público⁵⁷. Sin embargo, coincidiendo con algunos autores, la brecha existente entre ambos regímenes arbitrales se hace insostenible y se requieren grandes cambios en el arbitraje comercial internacional⁵⁸ que favorezcan una mayor transparencia. El actual estado de cosas puede propiciar una considerable reticencia a acudir a este mecanismo de solución de controversias⁵⁹.

Desde una etapa relativamente temprana, los tribunales de inversión han tenido que decidir sobre cuestiones relativas a la confidencialidad de los procedimientos arbitrales. En el año 1983, en el caso *Amco v. Indonesia*⁶⁰, que tuvo por objeto la reclamación por parte de los demandantes (Amco Asia Corporation y otros) de la concesión que les fue otorgada en 1968 –por un máximo de treinta años– por el Gobierno indonesio para la construcción y administración de un complejo hotelero. Los demandantes sostuvieron que si bien su inversión había sido autorizada por el Estado indonesio, en 1980 la concesión les había sido cancelada cuando, después de una intervención armada, Indonesia se había quedado con la inversión, rescindiendo el contrato de arrendamiento y administración previamente otorgado. La República de Indonesia sostuvo que cualquier intervención militar o policial solo estaba dirigida a respaldar legalmente el derecho de sus ciudadanos mediante el control del hotel, por lo que no hubo una incautación del hotel por parte del gobierno, que la cance-

56 Ibid.

57 En este sentido, se hace evidente la existencia de un equilibrio, encontrar un balance, entre la autonomía o acuerdo de las partes y la demanda de cuestiones de orden público. Cuestión muy importante que debe tener presente el tribunal. AJIBO, K. I., “La confidencialidad en el arbitraje comercial internacional: suposiciones de la obligación implícita y una propuesta de solución”, *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, vol. 3, n.º 2, 2015, 222; JULIE, B., “UNCITRAL’s unclear transparency instrument: fashioning the form and application of a legal standard ensuring greater disclosure in investor-State arbitrations”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 33, 2013, 439, 447.

58 FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., “Salient issues of international arbitration”, *Am.U. Int’L L.R.*, vol. 27, 2012, 721-722.

59 Ibid., 723.

60 *Amco Asia Corporation and others vs. Republic of Indonesia*, ICSID Case n.º ARB/81/1, 1983.

lación de la licencia de inversión estaba plenamente justificada y que los tribunales de Yakarta habían actuado de manera obligatoria y legal al rescindir el contrato de arrendamiento y administración previamente suscrito con los demandantes.

Una vez iniciado el procedimiento arbitral ante el CIADI, el demandado solicitó al tribunal mantener bajo confidencialidad la información aportada en el procedimiento. El tribunal arbitral, al pronunciarse al respecto, rechazó la solicitud. El tribunal se opuso a la noción de “espíritu de confidencialidad” como característica fundamental del arbitraje de inversiones, declarando que “la Convención y el Reglamento no impiden a las partes revelar su caso”⁶¹, lo que equivale a rechazar un principio general de confidencialidad en el arbitraje inversor-Estado que ha sido reafirmado por varios tribunales posteriores.

Lo anterior se asemeja a lo ocurrido en el contexto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en el año 1997, en el caso *Metalclad*. Este arbitraje fue celebrado de acuerdo con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, y los hechos están relacionados con la operación de un confinamiento de desechos peligrosos por parte de la compañía estadounidense Metalclad Corporation (demandante) en el municipio mexicano de Guadalcázar, estado de San Luis Potosí. El demandante, en su solicitud de arbitraje, alegó que tanto el gobierno del Estado como el propio ayuntamiento de Guadalcázar impidieron indebidamente el desarrollo de la actividad inversora al emitir un decreto ecológico que declaró como reserva ecológica la zona en la que se desarrollaba la inversión. Por tal motivo, consideró el demandante que México había incumplido con sus obligaciones contraídas en el TLCAN, por no haberle otorgado al inversor un trato justo y equitativo acorde con el derecho internacional y haber adoptado medidas equivalentes a una expropiación.

Durante la celebración del procedimiento, y conforme al artículo 1134 TLCAN, relativo a las medidas provisionales de protección⁶², y el artículo 28.2 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI⁶³, que regula los autos de sustanciación de las actuaciones, México solicitó al tribunal que dictara una orden de confidencialidad del procedimiento. Una vez dado traslado de dicha solicitud por parte del tribunal al demandante, el tribunal decidió rechazar, de manera similar al caso anterior, el concepto de confidencialidad de los procedimientos, al afirmar:

61 Ibíd. Decision on Provisional Measures, *ICSID Reports*, 1993, para. 4.

62 El artículo 1134 TLCAN establece: “Un tribunal podrá ordenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de la parte contendiente o para asegurar que la jurisdicción del tribunal surta plenos efectos, incluso una orden para preservar las pruebas que estén en posesión o control de una Parte contendiente, u órdenes para proteger la jurisdicción del tribunal. Un tribunal no podrá ordenar el embargo, ni la suspensión de la aplicación de la medida presuntamente violatoria a la que se refiere el Artículo 1116 ó 1117. Para efectos de este párrafo, orden incluye una recomendación”.

63 El artículo 28.2 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI establece: “En la sustanciación de las actuaciones el Tribunal aplicará cualquier acuerdo de las partes sobre asuntos de procedimiento que no sea incompatible con ninguna de las disposiciones del Reglamento del Mecanismo Complementario y del Reglamento Administrativo y Financiero del Centro”.

Queda no obstante una pregunta acerca de si existe algún principio general de confidencialidad que operaría para prohibir la discusión pública del procedimiento de arbitraje por cualquiera de las partes. Ni el TLCAN ni las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI contienen restricción expresa alguna sobre la libertad de las partes a este respecto. Aunque frecuentemente se dice que una de las razones de recurrir al arbitraje es la de evitar la publicidad, al menos que el acuerdo de las partes incorpore tal limitación, cada una de ellas está aún en libertad de hablar públicamente del arbitraje⁶⁴.

Y continúa el tribunal:

... la parte demandante como una compañía abierta cuyos valores se comercian en un mercado de valores público en los Estados Unidos de América, se encuentra bajo un deber positivo de proporcionar cierta información acerca de sus actividades a sus accionistas, especialmente en lo que concierne al hecho de estar involucrada en un proceso cuyo resultado podrá quizás afectar el valor de sus acciones en forma significativa. Dicho lo anterior, aún le parece al Tribunal que sería ventajoso para el desenvolvimiento ordenado del proceso arbitral, y conducente a la mantención de relaciones de trabajo entre las Partes si durante el procedimiento ambas hubieran de limitar la discusión pública del caso a lo mínimo, sujeta a cualquier obligación de emisión de información externamente impuesta por la cual cualquiera de ellas pueda estar jurídicamente vinculada⁶⁵.

Otros tribunales también han expresado puntos de vista similares a los expresados por el tribunal del caso *Metalclad*. Por ejemplo, en el caso *S.D. Myers Inc v. Canadá*⁶⁶, administrado bajo las Reglas de la CNUDMI en virtud del Capítulo 11 del TLCAN. La disputa se basó en las reclamaciones de la compañía estadounidense S.D. Myers Inc., derivadas de la prohibición de Canadá de exportar desechos de bifenilo policlorado (PCB) –producto químico sintético que se utiliza para la producción de equipos eléctricos y que es altamente tóxico– a Estados Unidos y del supuesto daño económico al inversor como resultado de la imposición de dicha prohibición por interferencia en sus operaciones, pérdida de contratos y de oportunidades en Canadá. En una etapa temprana del arbitraje las partes intentaron acordar un régimen de confidencialidad para todos los documentos producidos durante el arbitraje. Ante la

-
- 64 *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso n.º ARB (AF)/97/1, Laudo, 2000, párr. 13. Véase también *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*. ICSID Case n.º ARB(AF)/98/3,1998, Decision on hearing of Respondent's objection to competence and jurisdiction, para. 26 y 28, 2001.
- 65 *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso n.º ARB (AF)/97/1, Laudo, 2000, párr. 13.
- 66 *SD Myers, Inc. v. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, 1998.

imposibilidad de establecer dicho acuerdo, el tribunal emitió varias órdenes procesales, considerando en una de ellas:

... cualquiera que sea la posición en los arbitrajes consensuales privados entre partes comerciales, no se ha establecido que exista ningún principio general de confidencialidad en un arbitraje como el que actualmente tiene este Tribunal. El principal argumento a favor de la confidencialidad se basa en un supuesto principio implícito en el acuerdo de arbitraje. El presente arbitraje se lleva a cabo de conformidad con una disposición de un tratado internacional, no de conformidad con un acuerdo de arbitraje entre las partes contendientes⁶⁷.

El propio tribunal reconoce que en el arbitraje de inversiones, a diferencia del arbitraje comercial, no existe una obligación de confidencialidad establecida. En particular, ni las Reglas de la CNUDMI ni el propio TLCAN aplicables al caso así lo establecen.

Como se puede apreciar en los casos comentados, el tribunal arbitral establece un tratamiento diferenciado del arbitraje de inversiones respecto del arbitraje comercial internacional en lo que a la confidencialidad se refiere, si bien en ambos se niega la existencia de cualquier noción inherente de confidencialidad en el arbitraje basado en un tratado más que en un acuerdo.

En consecuencia, una vez reconocida por los propios tribunales arbitrales la ausencia de confidencialidad implícita en el arbitraje de inversiones, creemos que constituye un motivo más por el que los Estados tienen la obligación de proporcionar a sus ciudadanos información sobre asuntos estatales, de llevar a cabo la divulgación de aquellas actividades relacionadas directamente con la inversión extranjera e incluso del sistema de solución de controversias inversor-Estado cuando sea parte de un procedimiento arbitral, teniendo en cuenta la implicación o repercusión que tienen en la sociedad⁶⁸. Motivos que justifican el conocimiento público del arbitraje y la prevalencia de la transparencia sobre el principio de confidencialidad.

67 Véase el caso *S.D. Myers Inc v. Canadá*, NAFTA, 1998, Orden Procesal n.º 16, 2000, concerniente a la confidencialidad de los documentos producidos en el arbitraje, párr. 8: “*The Tribunal considers that, whatever may be the position in private consensual arbitrations between commercial parties, it has not been established that any general principle of confidentiality exists in an arbitration such as that currently before this Tribunal. The main argument in favour of confidentiality is founded on a supposed implied term in the arbitration agreement. The present arbitration is taking place pursuant to a provision in an international treaty, not pursuant to an arbitration agreement between the disputing parties*”.

68 Hemos de reconocer, como refiere Nyegaard, “que no necesariamente las preocupaciones relacionadas con la opinión pública siempre serán el elemento determinante en la posición de un Estado en una cuestión de transparencia. A veces un Estado prefiere resolver la disputa en silencio. Esto es quizás más probable cuando la disputa se relaciona con la conducta estatal que es adecuada para alarmar a otros inversionistas extranjeros o donde se espera que la reacción pública a la revelación sea particularmente negativa”. NYEGAARD, C., “See no evil? Procedural transparency in international investment law and dispute settlement”, *PluriCourts Research Paper*, n.º 14-20, 2014, 10.

La participación de un Estado en el arbitraje implica, automáticamente, la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, por lo que se verá incapacitado para invocar prerrogativas de su propio derecho dirigidas a sustraerse de las obligaciones emanadas del convenio arbitral, de modo que el Estado será tratado exactamente igual que un particular. En consecuencia, “el Estado renuncia así a una prerrogativa fundamental de la soberanía como es la competencia territorial de los tribunales nacionales”⁶⁹. De ahí la necesidad de que el propio Estado establezca, internamente, dentro de su propia jurisdicción, los mecanismos idóneos que permitan una decisión correcta, ya que una vez acordado el arbitraje no podrán sustraerse de las obligaciones relativas a la confidencialidad que puedan contraer mediante el convenio arbitral o *ex lege*⁷⁰.

Con todo, el arbitraje de inversiones también entraña situaciones en las que puede resultar razonable garantizar la confidencialidad de ciertas informaciones⁷¹, como es el caso de la información comercial, la protección del secreto empresarial, *know how*, estrategias de competencia y publicidad, políticas de precios, etc., extremos cuya revelación puede causar grandes perjuicios a las partes involucradas en el arbitraje, lo que demuestra que siguen existiendo, en determinados casos, excepciones a la transparencia en el arbitraje de inversiones, con el objetivo de evitar el conocimiento de información estratégica de las partes por terceros ajenos al procedimiento arbitral.

Según la doctrina, existen dos límites a la transparencia⁷²: (i) cuando se preve por los diferentes sistemas de arbitraje internacional la protección de la información confidencial, por ejemplo, secretos oficiales –secreto de defensa– y

-
- 69 TEITELBAUM, A., “Tribunal arbitral internacional”, en HERNÁNDEZ, J., GONZÁLEZ, E. y RAMIRO, P. (eds.), *Diccionario crítico de empresas transnacionales*, Barcelona, Icaria, 2012, 239-242.
- 70 En este sentido, son muchos los Estados que han sufrido las duras consecuencias del arbitraje internacional de inversiones. Algunos de ellos han decidido retirarse del mecanismo CIADI para la solución de controversias inversor-Estado, encontrándose entre ellos: Bolivia, en el año 2007, argumentando como una de las razones de su decisión la falta de transparencia en las audiencias de arbitraje del CIADI; seguidamente, Ecuador, en el año 2009, después de ser demandado por empresas petroleras extranjeras en varias disputas presentadas ante el CIADI; y Venezuela, en 2012, argumentando que su acción era “con el propósito de proteger el derecho del pueblo venezolano a elegir libremente sus orientaciones económicas y sociales estratégicas”. Véase CABRERA, F., “Bolivia expounds on reasons for withdrawing from ICSID arbitration system”, [en línea], *Investment Treaty News*, 2007, disponible en: <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2010/10/itnmay27-2007> [consultado el 20 de diciembre de 2019]; WICK, D. M., “The counter-productivity of ICSID denunciation and proposals for change”, *Journal of International Business and Law*, vol. 11, 2012, 245; SALACUSE, J. W., “The emerging global regime for investment”, *Harvard International Law Journal*, vol. 51, n.º 2, 2010, 469; ELJURI, E., ALVINS, R. J. y MATA, G. A., “Venezuela denounces the ICSID Convention”, [en línea], 2012, disponible en: <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/62427/venezuela-denounces-the-icsid-convention> [consultado el 20 de diciembre de 2019]; POLANCO, R., “Is there a life for Latin American countries after denouncing the ICSID Convention?”, *Transnational Dispute Management*, vol. 11, n.º 1, 2014, 10-23.
- 71 SMIT, H., “Case-note on Esso/BHP v. Plowman”, *Arbitration International*, vol. 11, 1995, 300.
- 72 SILVA, E., “Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional”, *Lima Arbitration*, n.º 5, 2012/2013, 51.

secretos de orden comercial, y (ii) cuando la transparencia amenace la integridad del procedimiento arbitral, en cuyo caso las restricciones a la confidencialidad habrían de ser objeto de una especial y razonable motivación por parte de los árbitros. Esto es lo que sucedió, por ejemplo, en el caso *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. Tanzania*⁷³. Biwater Gauff presentó solicitud de arbitraje ante el CIADI alegando el incumplimiento de la demandada (República de Tanzania) de sus obligaciones según las normas nacionales e internacionales relacionadas con la inversión extranjera en la que el demandante participaba junto a otros inversores; la inversión consistía en la reparación, mejoras y expansión de las infraestructuras de alcantarillado y de abastecimiento de agua. La demandada, oponiéndose a los alegatos presentados por el demandante, aceptó iniciar el procedimiento arbitral ante el CIADI.

El 7 de julio de 2006, el demandante presentó su memorial junto con las pruebas documentales, y en una carta que acompañaba el escrito llamó la atención del tribunal sobre el hecho de que la demandada había reconocido haber divulgado unilateralmente ciertas órdenes emitidas por el tribunal a un tercero no relacionado con el procedimiento, información que también había aparecido en un sitio de internet. Además, en su escrito, Biwater Gauff, manifestó al tribunal su intención de lograr un acuerdo de confidencialidad para que los documentos presentados fueran considerados como confidenciales. Así pues, 10 días después, el demandante presentó una solicitud de medidas provisionales sobre confidencialidad en el que solicitaba al tribunal que ordenara, entre otras, las siguientes medidas: que las partes se abstuvieran de llevar a cabo acciones que pudieran socavar la integridad del procedimiento o el funcionamiento ordenado del proceso arbitral, y que las partes no pudieran revelar a terceros información sobre el procedimiento⁷⁴. Además, alegó que los tribunales arbitrales que previamente habían actuado en virtud de las Reglas y el Convenio CIADI –*Amco Asia Corp & others v. The Republic of Indonesia, Loewen Group Inc. & Raymond L Loewen v. United States* y *Metalclad v. United Mexican States*–, habían reconocido la importancia de garantizar la integridad del procedimiento arbitral y la no agravación de la disputa ante la divulgación unilateral de la información⁷⁵. En este sentido, el escrito presentado se relaciona con cuestiones de transparencia en la medida en que esta afecta la integridad fundamental del procedimiento.

En respuesta al escrito presentado por el demandante, la República de Tanzania mostró su disconformidad respecto al acuerdo de confidencialidad. Alegó que el mismo tenía por objeto una restricción sin precedentes de la transparencia cuando nos encontramos en una nueva era de apertura de los procedimientos arbitrales. No

73 *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. Tanzania*, Caso CIADI, n.º ARB/05/22, 2006. Orden procesal, n.º 3, para. 112.

74 Ibíd. Orden procesal n.º 3, 2006, para. 1-12.

75 *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. Tanzania*. Orden procesal n.º 3, 2006, para. 22.

obstante, admitió que los documentos presentados fueran confidenciales provisionalmente, hasta tanto el tribunal se pronunciara al respecto.

En consecuencia, el tribunal consideró que para decidir sobre las medidas provisionales solicitadas, debía establecerse un cuidadoso equilibrio entre dos intereses en conflicto: i) la necesidad de transparencia en los procedimientos arbitrales basados en un tratado y ii) la necesidad de proteger la integridad procesal del arbitraje⁷⁶. En este sentido, el tribunal, al reconocer la importancia de la transparencia en el arbitraje inversor-Estado, advirtió, a su vez, que la misma no podía socavar la integridad del procedimiento; es decir, la integridad del procedimiento actúa como límite a la transparencia en el procedimiento arbitral cuando esta última puede ocasionarle un impacto negativo. En otras palabras, la transparencia se ha visto superada por la necesidad de integridad del procedimiento, tal y como se refleja en el presente caso, en el que se han tratado temas de máximo interés público y de manera unilateral se ha divulgado y publicado alguna información, provocando cierta cobertura mediática al respecto. Por todo ello, el tribunal arbitral concluyó:

Sin embargo, en aras de la integridad procesal, el Tribunal sí considera apropiado restringir la publicación o distribución de documentos que han sido producidos en el arbitraje por la parte opuesta. Los intereses de la transparencia se ven superados, ya que la amenaza de una publicación más amplia puede socavar el proceso de producción de documentos en sí, así como el procedimiento de arbitraje general. La producción de documentos por una de las partes, ya sea en respuesta a una solicitud de divulgación o de otra manera, se realiza con el propósito de resolver la disputa de las partes y se presume que los materiales divulgados de esta manera solo deben usarse para tal fin⁷⁷.

Ahora bien, las limitaciones a la transparencia aquí reconocidas no tienen un carácter ilimitado en el tiempo. Todo lo contrario, no pueden ser tratadas como una preocupación vigente en todo momento, más bien tienen una duración limitada, teniendo en cuenta que, por lo general, no surten efecto una vez concluido el procedimiento arbitral. Solo durante la vigencia del procedimiento es evidente la tensión existente entre las cuestiones de transparencia y la integridad procesal.

76 Ibíd., para. 112: “*The determination of this application for provisional measures entails a careful balancing between two competing interests: (i) the need for transparency in treaty proceedings such as these, and (ii) the need to protect the procedural integrity of the arbitration*”.

77 Ibíd., para. 157: “*However, in the interests of procedural integrity, the Tribunal does consider it appropriate to restrict publication or distribution of documents that have been produced in the arbitration by the opposing party. The interests of transparency are here outweighed, since the threat of wider publication may well undermine the document production process itself, as well as the overall arbitration procedure. The production of documents by a party, whether in response to a disclosure request or otherwise, is made for the purpose of resolving the parties’ dispute and the presumption is that materials disclosed in this manner should be used only for such purpose*”.

En conclusión: es evidente que a nivel internacional se constata un vacío o ausencia de obligación respecto a la confidencialidad en el arbitraje internacional y, consecuentemente, una enorme fragmentación entre las diferentes jurisdicciones. Ello ha provocado una gran variedad de enfoques para el análisis del tema en cuestión, de modo que algunos autores consideran que en el ámbito del arbitraje comercial internacional la confidencialidad es un problema de mera “técnica contractual, correspondiéndoles a las propias partes pensar en el tema de la confidencialidad en la propia redacción del contrato y su cláusula compromisoria”⁷⁸. Por lo demás, un modo de generar mayor transparencia en el procedimiento arbitral es que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, pacten la transparencia implícitamente, por ejemplo, escogiendo como sede del arbitraje comercial internacional un Estado cuyo derecho arbitral no reconozca en el convenio arbitral el carácter implícito de la confidencialidad⁷⁹.

III. La autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje y la transparencia en el procedimiento arbitral

En la elaboración de las normas sobre la transparencia de la CNUDMI, varios de los países miembros del Grupo de Trabajo II subrayaron el papel fundamental de la autonomía de las partes en el arbitraje internacional⁸⁰. En el arbitraje comercial

78 CAIVANO, R., “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”, *Lima Arbitration*, n.º 4, 2010/2011, 119. En este sentido, Silva reconoce que las propias partes y sus abogados pueden prever la confidencialidad de su arbitraje comercial internacional de tres maneras: (i) pactar expresamente la confidencialidad del arbitraje comercial internacional en el texto de la cláusula compromisoria correspondiente; (ii) hacer referencia en el convenio arbitral a alguno de los reglamentos institucionales de arbitraje que prevén expresamente que el arbitraje descrito en sus disposiciones es confidencial, e incorporar la obligación de confidencialidad del arbitraje por referencia, y (iii) estipular en el convenio arbitral que la sede del arbitraje comercial internacional será localizada en uno de aquellos Estados en los que la legislación o la jurisprudencia consagran una obligación implícita de confidencialidad. SILVA, E., “Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional”, *Lima Arbitration*, n.º 5, 2012/2013, 44-45.

79 Ibíd., 46.

80 Al respecto, Francia ha declarado que “sigue unido a los principios básicos del arbitraje, incluido el enfoque consensuado. A diferencia de un tribunal nacional, un tribunal de arbitraje solo debe su autoridad a la voluntad común de las partes en el caso. Cuando no existe tal voluntad, no es posible un arbitraje”. Alemania, por su parte, ha manifestado que “los procedimientos arbitrales se determinan principalmente por acuerdo de las partes. Esto también debería ser el caso de las disposiciones relativas a la transparencia y la publicidad. Los procedimientos arbitrales en el ámbito del arbitraje inversor-Estado también tratan principalmente los intereses de los inversores que son dignos de protección. A la luz de esto, una disposición sobre transparencia y publicidad debe estar sujeta al consentimiento del inversor”. Y Turquía ha señalado: “dado que la autonomía de las partes es una norma imperante en los procedimientos arbitrales, estas cuestiones (publicidad y transparencia) deben determinarse de acuerdo con el consentimiento común de las partes. Sobre la cuestión de la participación potencial del *amicus*: “esto no está descartado, pero siempre debe obtenerse el consentimiento de las partes”; de manera similar, Polonia ha declarado: “Con el consentimiento de ambas partes, la institución del *amicus curiae* puede ser utilizada en los procedimientos arbitrales”. Véase FELDMAN, M., “International arbitration and transparency”, [en línea], *Peking University*

internacional, la autonomía de la voluntad juega un papel fundamental desde el propio momento en que las partes han manifestado su consentimiento al arbitraje. En el arbitraje de inversiones, la autonomía de las partes juega un papel importante, pero no esencial; ejemplo de ello lo tenemos cuando el Tribunal de Consolidación del Capítulo 11 del TLCAN, de acuerdo con el artículo 1126 sobre “acumulación de procedimientos”, en el procedimiento consolidado sobre la importación de madera blanda canadiense a los Estados Unidos se refirió a esa distinción al ordenar la consolidación de tres reclamaciones presentadas por productores canadienses (*Canfor Corp., Tembec Inc. y Terminal Forest Products Ltd.*). Ante esta decisión, los reclamantes se opusieron a dicha consolidación por varias razones, entre ellas, que “estaría en contra del carácter consensual del arbitraje o del principio de autonomía de las partes en caso de que sus demandas fueran juzgadas por un tribunal al que no han dado su consentimiento”⁸¹. En respuesta, el tribunal observó que los Estados partes del TLCAN tienen derecho, como soberanos, a establecer ciertas condiciones al arbitraje, lo que podría incluir, en busca de la economía procesal cuando varias reclamaciones tienen similitud en cuestiones de hecho y de derecho⁸², la disponibilidad de la consolidación⁸³.

En relación con el caso en mención resulta necesario hacer un paréntesis para comentar que ha favorecido grandes avances en el terreno de la transparencia. La Organización Mundial del Comercio (OMC) publicó el 15 de agosto de 2018 la apertura del registro para la proyección de la audiencia “Estados Unidos - Metodología de fijación de precios de materiales de construcción de madera canadiense”, en la cual, a solicitud de las partes, en el punto controvertido que lleva por rúbrica “Estados Unidos - Medidas antidumping aplicando una metodología de fijación de

School of Transnational Law Research Paper, 2016, 16-12, 17, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=28431401> [consultado el 20 de diciembre de 2019].

- 81 Véase *Canfor Corp. v. United States; Tembec et al. v. United States; Terminal Forest Products Ltd. v. United States, Chapter II, NAFTA*, Order of the Consolidation Tribunal, 2005. “Softwood Lumber Consolidation Order”, [en línea], para. 78-79, disponible en: <http://www.naftaclaims.com/disputes/usa/Softwood/Softwood-ConOrder.pdf> y <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0115.pdf> [consultados el 20 de diciembre de 2019]
- 82 Según lo establecido en el artículo 1126 (2) TLCAN. Respecto de la institución de la acumulación de procedimientos en el TLCAN, y con un análisis más detallado de los dos casos que han sido objeto de dicho procedimiento, véase FERNÁNDEZ, E., “Presente y futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2006, 4-11.
- 83 En este sentido, el propio tribunal, citando a Álvarez, expresa: “*Although mandatory consolidation is not widely accepted in private commercial arbitration, it makes good sense in the case of Chapter 11 of NAFTA, which is not the usual private, consensual context of international commercial arbitration. Rather, Chapter 11 creates a broad range of claims which may be brought by an equally broad range of claimants who have mandatory access to a binding arbitration process without the requirement of an arbitration agreement in the conventional sense nor even the need for a contract between the disputing parties. In view of this, some compromise of the principles of private arbitration may be justified*”. ÁLVAREZ, H. C., “Arbitration under the North American Free Trade Agreement”, *Arbitration International Law*, vol. 16, 2000, 393, 414.

precios diferenciada a la importación de materiales de construcción de madera procedente de Canadá, (DS534)”, decidió abrir a la observación pública sus primeras reuniones, donde terceras partes tendrían la oportunidad de presentar en la audiencia sus declaraciones⁸⁴.

En el arbitraje de inversiones como en el arbitraje comercial internacional, la autonomía de la voluntad juega un papel importante, tanto para establecer el derecho aplicable como para la elección del método de solución de conflictos. Sin embargo, debido al carácter especial que tiene el arbitraje de inversiones, la autonomía de la voluntad tiene características específicas que la diferencian de la autonomía de la voluntad en el arbitraje totalmente privado. En el primero, el carácter especial de la relación jurídica existente hace que se tengan en cuenta, según algunos autores, entre otras cuestiones, “el interés del inversor, el interés del Estado receptor de la inversión y el interés del Estado del que es nacional el inversor”⁸⁵.

En consecuencia, a partir de la obligación de las partes de manifestar su voluntad respecto a la jurisdicción del CIADI para dirimir sus conflictos, consideramos que en el ámbito del arbitraje de inversiones constituye el momento idóneo para exigir a los Estados una mayor transparencia del procedimiento arbitral. Creemos que es el momento oportuno para el establecimiento de la transparencia obligatoria del procedimiento porque no basta la manifestación del consentimiento de los Estados contratantes en relación con lo establecido en el literal de la Convención CIADI para poder someter la disputa de arbitraje a dicha institución, sino que se requiere una manifestación expresa del consentimiento, por escrito, del inversor y del Estado receptor de la inversión para arbitrar la disputa⁸⁶. Consentimiento que se perfecciona con la aceptación final del inversor de las condiciones establecidas por el Estado en el respectivo tratado, y en las que debe figurar el conocimiento público del procedimiento.

En la actualidad, los tratados deben ser considerados el cauce propicio mediante el cual los Estados pueden establecer la transparencia procesal en el arbitraje⁸⁷, ya que en ellos los Estados manifiestan anticipadamente su consentimiento⁸⁸. Constituye una obligación de los Estados asegurar la transparencia del procedimiento

84 Las reuniones fueron programadas los días 12 y 13 de septiembre de 2018, en la sede de las OMC en Ginebra.

85 PÉREZ, Y., “Consentimiento estatal al arbitraje del CIADI”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 91, 2013, 20-21.

86 CREMADAS, B. M., “Arbitration between State and investors: some jurisdiction issue”, *Business Law International*, 2001, 157; GALINDO, A., “El consentimiento en el arbitraje internacional en materia de inversiones”, *Iuris Dicton*, n.º 11, 2007, 42.

87 Respecto al papel e importancia de los tratados bilaterales de inversión como cauce fundamental para la regulación de la transparencia en el arbitraje internacional, véase FEBLES, N., “La regulación de normas sobre la transparencia en los tratados bilaterales de inversión y en la nueva generación de políticas de inversión: una perspectiva comparada”, *Revista de Derecho UNED*, 2019, en prensa.

88 FERNÁNDEZ, E., *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, España, Tirant lo Blanch, 2003, 22.

arbitral, no solo por el interés público presente, es decir, por los riesgos que pueden asumir en el arbitraje de inversiones⁸⁹, sino también por los efectos que genera la perfección del consentimiento para someter las disputas al arbitraje, especialmente ante el CIADI, teniendo en cuenta el carácter irrevocable⁹⁰ de la obligación asumida por el Estado al someter sus disputas a dicha institución, lo que comporta la competencia exclusiva⁹¹ del CIADI para conocer de la disputa⁹² y la exclusión de protección diplomática por parte de los Estados contratantes, con la única excepción de aquellos supuestos en que exista previamente un tratado bilateral de inversión en el que se establezca, para la interpretación o aplicación de tal acuerdo, una cláusula de solución de controversias interestatal para dirimir las diferencias⁹³.

Conclusiones

La brecha de transparencia existente entre el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversiones debe ser mantenida como cuestión general. Pero el interés público en determinados casos de arbitraje comercial internacional puede ser significativo, especialmente en los casos en los que existe presencia del Estado o relacionados con entes públicos, en los cuales la privacidad y la confidencialidad deben ceder su espacio a la transparencia del procedimiento, siendo mucho más evidente esto en el arbitraje de inversiones.

El arbitraje internacional ha tenido avances positivos hacia una mayor transparencia. No obstante, el arbitraje comercial internacional sigue carente de un sistema transparente durante todo el procedimiento. Se hace necesario encontrar un equilibrio entre la confidencialidad y la transparencia. El arbitraje comercial internacional sigue siendo refugio de una mayor privacidad y confidencialidad. La falta de transparencia inherente al procedimiento provoca el cuestionamiento respecto al funcionamiento del sistema arbitral, donde el secretismo de sus actuaciones ha sido la causa fundamental para quienes alegan la existencia de actuaciones injustas en

-
- 89 MORTIMORE, M., *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, Cepal, Santiago, 2009, 43-44.
- 90 Según lo establecido en el artículo 25 (1) del Convenio CIADI, que establece: “La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.
- 91 A tenor de lo establecido en el artículo 26 del Convenio CIADI, el cual establece: “Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso...”.
- 92 FERNÁNDEZ, J. C., *Arbitraje en inversiones extranjeras*, cit., 150-151.
- 93 PÉREZ, Y., “Consentimiento estatal al arbitraje del CIADI”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 91, 2003, 30.

el sistema. La transparencia es el único medio de garantizar que la información del sistema llegue al público y sea conocida por este.

Existe una ausencia de consenso universal sobre la regulación del deber de confidencialidad en el arbitraje comercial internacional, tanto por normas nacionales o internacionales que regulan el arbitraje internacional como por las propias instituciones arbitrales, lo que genera gran incertidumbre respecto al alcance y existencia del deber de confidencialidad. Por este motivo, consideramos urgente la necesidad de que se elabore de una norma internacional, una norma modelo por defecto –surgida tanto de legislaciones nacionales como de instituciones arbitrales, teniendo en cuenta la falta de un principio universal respecto al deber de confidencialidad– para la comunidad arbitral internacional. Una norma uniforme y universalmente aceptada con efectos vinculantes para la comunidad jurídica internacional. Todo ello proveerá una mayor certeza y coherencia del procedimiento, teniendo como objetivo la satisfacción de las partes y el interés público en determinados arbitrajes internacionales. Sin un marco jurídico de confidencialidad internacionalmente aceptado, o un consenso general al respecto, parece un tanto equívoco seguir mencionando la confidencialidad como una de las características principales del arbitraje internacional.

En la búsqueda de una mayor transparencia en el arbitraje comercial internacional, existirá siempre la necesidad de encontrar el delicado y complicado equilibrio entre la confidencialidad y la transparencia, lo que amerita una revisión constante del sistema a la luz de los innegables cambios que forman parte de la naturaleza mudable del mundo comercial. El equilibrio se justifica también para la búsqueda de un sistema arbitral más proactivo, que tenga en cuenta no solo los cambios normativos o jurisprudenciales al respecto, sino también la compleja práctica del arbitraje comercial internacional.

De forma general, en el arbitraje de inversiones, la autonomía de las partes y el consentimiento para arbitrar podrían caracterizarse de modo muy diferente del habitual contexto privado y consensual del arbitraje comercial internacional. Tanto es así que la propia Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), en el ámbito del arbitraje de inversiones, ha identificado las particularidades en la prestación del consentimiento, al reconocer:

... el arbitraje se basa siempre en un acuerdo de consentimiento entre las partes. Pero el hecho de que el arbitraje del CIADI sea, por necesidad, entre un Estado anfitrión y un inversor extranjero, da lugar a algunas peculiaridades en la prestación o emisión del consentimiento. La peculiaridad más conspicua es que los acuerdos de consentimiento no necesitan estar basados en un documento firmado por ambas partes, más bien el Estado anfitrión puede hacer una oferta general a los inversores extranjeros para que se sometan a arbitraje. Esta oferta puede estar contenida en la legislación o en un tratado del que sea parte el Estado anfitrión. Para perfeccionar un acuerdo de consentimiento, el inversor tiene que aceptar esta oferta por escrito. Esta aceptación

puede ser bastante informal e incluso puede expresarse mediante el acto de iniciar procedimientos⁹⁴.

En tal sentido, la existencia de un acuerdo de arbitraje entre un Estado y un inversor extranjero está condicionada al cumplimiento, por parte del inversor, de todas y cada una de las condiciones sobre el consentimiento del Estado para arbitrar y que se encuentran establecidas en el respectivo tratado aplicable. Dado que un tratado de inversión está estructurado como una oferta permanente de arbitraje, los Estados pueden condicionar su consentimiento para celebrar un acuerdo de arbitraje con cualquier inversor individual sobre el cumplimiento, por parte del inversor, de ciertos requisitos del tratado. La presencia de tales condiciones cumple la importante función soberana de limitar las condiciones en que el Estado anfitrión está dispuesto a que se presenten reclamaciones en su contra en un foro arbitral. En caso de incumplimiento de tal condición, no se forma un acuerdo de arbitraje, por lo que el árbitro no tiene autoridad para resolver controversias entre las partes.

Por lo tanto, a diferencia del arbitraje comercial internacional en el que las partes negocian acuerdos de arbitraje entre sí y aceptan arbitrar disputas futuras, es decir, manifiestan su consentimiento mediante una cláusula arbitral dentro del propio contrato o como accesoria al mismo, en el contexto del arbitraje de inversiones no siempre se manifiesta el consentimiento de igual manera. En este último, por su propia condición mixta, de arbitraje público-privado, los Estados generalmente ofrecen una posibilidad permanente para arbitrar una categoría de futuras disputas, oferta que incluye a menudo condiciones sobre el consentimiento del Estado para arbitrar.

Referencias

- AJIBO, K. I., “La confidencialidad en el arbitraje comercial internacional: suposiciones de la obligación implícita y una propuesta de solución”, *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, vol. 3, n.º 2, 2015, 213, 215, 222.
- AMRIANI, N. y RIKA, P. L., “Confidentiality versus transparency of ICSID arbitration award: sustainability of the quality practice for good’s governance and investor to support public accountability”, *Int. J. Adv. Stu. Hum. Soci. Scie.*, vol. 2, n.º 2, 2014, 224.
- BARONA, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

94 UNCTAD, Dispute Settlement, Module 2.3, Consent to Arbitration, 2003, [en línea], disponible en: http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add2_en.pdf [consultado el 20 de diciembre de 2019].

BHATIA, V., CANDLIN, Ch. y SHARMA, R., “Confidentiality and integrity in international commercial arbitration practice”, *Arbitration*, vol. 75, n.º 1, 2009, 11.

BRANDEIS, L. y SÁNCHEZ BRAVO, G., “‘Amicus curiae’, la trasparencia y la irrupción de la sociedad civil en el arbitraje de inversiones”, *Lima Arbitration*, n.º 5, 2012/2013, 207.

BORN, G. B., *International Commercial Arbitration*, vol. II, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2009, 2250-2251, 2280.

BROWN, A. C., “Presumption meets reality: an exploration of the confidentiality obligation in international commercial arbitration”, *Am. U. Int'l L. Rev.*, vol. 16, 2001, 972-975.

BROWN, Ch., “Procedure in investment treaty arbitration and the relevance of comparative public law”, en SCHILL, S. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, 2010, 659-660.

BUYS, C. G., “The tensions between confidentiality and transparency in international arbitration”, *American International Law Review*, vol. 14, 2003, 123.

CREMADES, B. M., “Arbitration between State and investors: some jurisdiction issue”, *Business Law International*, 2001, 157.

CREMADES, B. M. y CORTÉS, R., “The principle of confidentiality in arbitration: a necessary crisis”, *J. Arb. Stud.*, vol. 33, 2013, 33-34.

DOUGLAS, Z., “The hybrid foundations of investment treaty arbitration”, *British Yearbook of International Law*, n.º 74, 2004, 151-168.

DUSSAN, S., “Analysis of the principle of transparency with special reference to its implications for the procedure of international investment arbitration”, *Criterio Jurídico*, vol. 11, n.º 1, 2011, 107.

FEBLES, N., “La transparencia y el interés público en el arbitraje de inversiones”, *Vniversitas*, vol. 69, en prensa.

FEBLES, N., “La regulación de normas sobre la transparencia en los tratados bilaterales de inversión y en la nueva generación de políticas de inversión: una perspectiva comparada”, *Revista de Derecho UNED*, 2019, en prensa.

- FERNÁNDEZ, J. C., “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n.^o 2, 2009, 335-337.
- GARAJOVÁ, M., “Privacy and confidentiality in international commercial arbitration under institutional arbitration rules”, en DRLIČKOVÁ, K. y KYSELOVSKÁ, T., *Cofola International. Resolution of International Disputes (Conference proceedings)*, Brno, Masaryk University, 2017, 63.
- ÍSCAR, J., “El arbitraje institucional”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, vol. 29, 2013, 5-6.
- JIMÉNEZ, G., “La independencia e imparcialidad del árbitro: algunos aspectos polémicos, mediante una visión ibérica”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VIII, n.^o 3, 2015, 736-739.
- KNAHR, Ch. y AUGUST, R., “Transparency versus confidentiality in international investment arbitration. The Biwater Gauff Compromise”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 6, 2006, 97-118.
- MERINO MERCHÁN, J. F., “Confidencialidad y arbitraje”, *Spain Arbitration Review*, n.^o 2, 2008, 76-95.
- NOUSSIA, K., *Confidentiality in International Commercial Arbitration. A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2010, 1, 22-27.
- OGLINDA, B., “The principle of confidentiality in arbitration. Application and limitations of the principle”, *Persps. of Bus. L.J.*, 1, vol. 4, 2015, 57.
- POLANCO, R., “Is there a life for Latin American countries after denouncing the ICSID Convention?”, *Transnational Dispute Management*, vol. 11, n.^o 1, 2014, 10-23.
- POLANCO, R., “Transparencia y derechos de terceros en arbitrajes internacionales sobre inversión extranjera”, *Revista de Derecho Económico*, Universidad de Chile, n.^o 75, 2010, 119.
- POOROOYE, A. y FEEHILY, R., “Confidentiality and transparency in international commercial arbitration: finding the right balance”, *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 22, 2017, 282.

SILVA, E., “Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional”, *Lima Arbitration*, n.º 5, 2012/2013, 37, 41, 44-45, 51.

SMEUREANU, I. M., *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, The Netherlands, Kluwer Law International, 2011, 5.

TWEEDDALE, A. y TWEEDDALE, K., *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 352.