

El principio de confidencialidad en el marco del arbitraje comercial internacional

María Alejandra Ruiz Gómez¹

Resumen: El principio de confidencialidad no se ha regulado de manera uniforme en los diferentes ordenamientos jurídicos de los países en el mundo, ello debido a que algunos autores consideran que no es necesario su reconocimiento explícito o bien porque simplemente no lo consideran un principio inherente a la institución arbitral. No obstante, a pesar de ello, es notorio que se considera a la confidencialidad como una de las características más importantes y ventajosas del arbitraje, a tal punto de ser una cualidad decisiva al momento de elegir el medio de resolución de conflicto más adecuado.

Abstract: The principle of confidentiality has not been uniformly regulated in different legal systems all over the world, this is caused by some authors who consider that their explicit recognition is not necessary or because they simply do not consider it an inherent principle of the arbitration institution. However, despite this, it is clear that confidentiality is considered as one of the most important and advantageous features of arbitration, such is its importance that it could be a decisive aspect when choosing the most appropriate conflict resolution medium.

Key words: arbitration, confidentiality, privacy, principles, international commercial arbitration.

Sumario

I. Introducción. Divergencias en la regulación de la confidencialidad. II. Diferencias entre privacidad y confidencialidad. III. ¿La confidencialidad como deber implícito? Teorías. IV. Límites al principio de confidencialidad y tendencia a la transparencia. V. La confidencialidad en el sistema arbitral venezolano

¹ Abogada Magna Cum Laude de la Universidad Central de Venezuela, cursante de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela. Asociada del departamento de litigios del escritorio jurídico Baker Mckenzie. Profesora de Derecho Procesal en la Universidad Monteávila. Correo: mariaalejandra.ruiz@bakermckenzie.com

I. Introducción. Divergencias en la regulación de la confidencialidad

El creciente auge en el comercio internacional y la globalización de las relaciones internacionales han reafirmado al arbitraje como medio idóneo para la resolución de conflictos, figura que en palabras del autor patrio Hernando Díaz Candía “es una institución mediante la cual un tercero ajeno a la estructura del Estado se constituye excepcionalmente en autoridad, con base esencial en la voluntad y consentimiento de las partes, en exclusión –a menos parcial– de la jurisdicción estatal...”². Por lo tanto, es una institución que permite a las partes dirimir sus conflictos, sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado³ e implica, consecuentemente, el sometimiento de las partes a la decisión emanada de los árbitros, la cual tiene autoridad de cosa juzgada según doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁴.

Al ser el comercio un área donde la reputación de los empresarios y la calidad de los productos y servicios determinan el éxito de las ventas, era comprensible la tendencia por parte de los comerciantes de adoptar este tipo de instituciones, que de manera tradicional se ha considerado privada y confidencial⁵ en contraposición a la jurisdicción ordinaria que se caracteriza por ser pública en la mayoría de los países⁶. Al respecto, el abogado Bernardo M. Cremades señala:

"Existe unanimidad entre los agentes involucrados en el arbitraje (árbitros, instituciones, partes en litigio, etcétera) sobre los cuáles son los motivos que llevan decantarse por el arbitraje frente a los tradicionales medios judiciales de solución de controversias. Una rápida consulta entre estos agentes sobre qué lleva a

² DÍAZ CANDÍA, Hernando. *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje. Teoría general del arbitraje*. 1° edición. Caracas, Venezuela. 2011. p.10

³ BONNEMAISON, José, *Aspectos fundamentales del arbitraje comercial*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2006.p. 13

⁴ “La justicia alternativa ejercida por personas encargadas de dirimir conflictos de manera imparcial, autónoma e independiente mediante procesos contradictorios, es capaz de producir sentencias que se conviertan en cosa juzgada y son ejecutables” BONNEMAISON, José.(2) p. 20

⁵ MERKIN, Roberto/ FLANNERY, Louis. *Arbitration Act 1996*. 5th Edition. Informa Law from Routledge. 2014

⁶ RENGEL ROMBERG, Arístides. *Tratado de derecho Procesal Civil. I. Teoría General del Proceso*. Vol. I. Caracas. 1995. p. 196

decantarse por el arbitraje, demostraría que la celeridad del proceso, la flexibilidad del mismo, el menor coste económico, la mayor garantía de la resolución debido a la especialización de los árbitros (frente a los jueces civiles), la posibilidad de continuar las relaciones comerciales entre las partes en litigio, etcétera, son algunos de esos motivos. *Pero sin duda alguna, nadie dejará de señalar la confidencialidad como uno de los rasgos del arbitraje mas destacados y atractivos*⁷ (Resaltado propio)

La confidencialidad ha sido calificada a lo largo de los años como un principio inherente a la figura del arbitraje comercial internacional⁸, sin embargo, la obligación de los árbitros y de las partes en el proceso arbitral de cumplir con ese deber no se encuentra uniformemente establecida en los distintos ordenamientos jurídicos, encontrándose una disparidad en el tratamiento del tema.

El autor argentino Roque J. Caivano⁹ al hacer una investigación de derecho comparado acerca de este principio, menciona la existencia de tres tipos de leyes; aquellas que no hacen ningún tipo de mención al principio de confidencialidad, aquellas que mencionan el principio de manera general sin especificar su alcance y aquellas que tratan de regular el principio de manera precisa. Entre los primeros podemos mencionar los ordenamientos jurídicos de Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Austria, Bélgica, Botswana, Bulgaria, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Dinamarca, Egipto, Estados Unidos de Norteamérica, Gran Bretaña, Guatemala, Holanda, Honduras, Italia, Japón, México, Panamá, Paraguay, Portugal, Suecia, Suiza, Túnez, Uganda y Uruguay, y la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional de UNCITRAL. Dentro de la segunda categoría se puede mencionar la legislación de Bolivia, Brasil, España, Francia y Venezuela y en la tercera categoría se encuentran las normativas de Nueva Zelanda, Perú, Escocia y Australia.

⁷ CREMADES, Bernardo. *Confidencialidad en el arbitraje internacional. Información e interés público*. En: Revista Jurídica. Suplemento de análisis legal de el peruano. N° 500. Año 8. 2015

⁸ CREMADES, Bernardo (6)

⁹ CAIVANO, Roque. *El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo*. Lima Arbitration, n°4, 2010/2011

De esta manera se coloca en evidencia la discrepancia entre los criterios adoptados por los distintos países, no sólo a nivel global sino a nivel regional, a tal punto de encontrar laudos que excluyen de manera definitiva el principio, tal y como se puede observar en la decisión del famoso caso *Esso Australia Resources Ltda. and Others vs Plowman and Others*¹⁰, en la que se señala que la confidencialidad no es un principio esencial del arbitraje:

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

II. Diferencias entre privacidad y confidencialidad.

Es necesario establecer las diferencias existentes entre los conceptos de confidencialidad y privacidad por ser términos que generalmente se utilizan como sinónimos; esa confusión no solamente se presenta en la cotidianidad de nuestro lenguaje sino que se extrapola incluso al mundo jurídico; por lo tanto, existe parte de la doctrina que, en palabras de la autora Carla Cepeda "visualiza ambos términos como un todo, siendo imposible concebirse el uno sin la presencia del otro"¹¹. Esta tendencia la podemos ver reflejada en la legislación boliviana, específicamente en la Ley de Arbitraje y Conciliación N° 1770 promulgada el 10 de marzo de 1997¹² en la cual se establece:

“ARTICULO 2.- (Principios) Los siguientes principios regirán al arbitraje y la conciliación como medios alternativos de solución de controversias: (...)

3. *PRINCIPIO DE PRIVACIDAD, que consiste en el mantenimiento obligatorio de la necesaria reserva y confidencialidad..*”¹³

De esta forma, se observa claramente la disposición de incluir el concepto de confidencialidad dentro del concepto de privacidad, e incluso, la utilización de

¹⁰ FERNANDO ROZAS, José. Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje. En: Arbitraje, Vol ii. N° 2, 2009, pp. 335-378

¹¹ VALENTE GIRADO, Franca. *La confidencialidad: agente motivador para pactar la cláusula arbitral en los contratos comerciales*. Venamcham (Legal Advice). Mayo/Junio 2013

¹² Publicada en Gaceta Oficial de Bolivia en la Edición Especial No. 0079 de fecha 6 de diciembre de 2005

¹³ SANTOS BELANDRO, Rubén. *Arbitraje Comercial Internacional*. Oxford University Press. Mexico DF.2000. p.276

ambos términos como sinónimos, tal y como se puede desprender de la lectura del autor Roque J. Caivano en su escrito sobre “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”, el cual si bien hace un estudio particularizado del principio de confidencialidad en su redacción se identifica la utilización de ambas nociones como sinónimos:

“La *privacidad* es una de las condiciones inherentes al arbitraje. Siendo ello así, debe presumirse que las partes han querido evitar que la información relativa al caso tome estado público. Y, lo digan o no expresamente, debe presumirse también su intención de extender a los árbitros el deber de *confidencialidad* que implícitamente han creado para ellas mismas”¹⁴

No obstante, actualmente la mayor parte de la doctrina señala que ambos términos se encuentran claramente diferenciados y que por lo tanto se deben estudiar independientemente ya que los fines que persiguen son distintos¹⁵; en este sentido, la autora Kennet I. Ajibo señala que "la privacidad se refiere al derecho de las partes a tener procedimientos arbitrales en privado siendo excluidos de asistencia quienes no sean parte", mientras que la confidencialidad se refiere a "la obligación de las partes de no revelar a terceros la existencia, naturaleza, contenido y resultado de los procedimientos arbitrales, incluyendo la información o los documentos generados o revelados durante el curso del arbitraje".¹⁶

Asimismo, la autora Carla Cepeda al respecto indica:

"La importancia de la de privacidad en el arbitraje se vincula a garantizar la no intervención de terceros en las audiencias sin el consentimiento de las partes, mientras que la confidencialidad hace referencia a garantizar la protección de documentos que se presentan durante el proceso y a la reserva de la existencia

¹⁴ CAIVANO, Roque. *El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo*. Lima Arbitration, n° 4, 2010/2011.

¹⁵ CEPEDA, Carla. *El arbitraje y la importancia del principio de confidencialidad*. Law Review. Universidad San Francisco de Quito

¹⁶ AJIBO, Kennet. *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. 2015

de éste, incluyendo las decisiones que se desprenden frente a terceros ajenos al mismo."¹⁷

Esta separación de los conceptos en cuestión se puede observar, de igual forma en la legislación boliviana producto de la evolución doctrinal sobre las consideraciones de este aspecto particular del arbitraje; en este sentido, la Ley de Arbitraje y Conciliación N° 708 dictada el 25 de junio del 2015 reza:

“Artículo 8. (CONFIDENCIALIDAD). I. Toda información conocida y producida por los particulares en un procedimiento de conciliación o de arbitraje, es confidencial.”

Si bien este artículo no regula de la mejor manera la confidencialidad, ya que es muy escueto entorno a su alcance, nos sirve para identificar la forma de utilización de estos conceptos en la legislación.

III. ¿La confidencialidad como deber implícito? Teorías.

Sin duda este principio se considera unas de las principales ventajas del arbitraje, no obstante, como señalé anteriormente, existe discrepancia en su utilización; parte de la doctrina considera que la falta de uniformidad en cuanto a su regulación proviene del tratamiento que se le ha dado a lo largo de los años en relación a la necesidad o no de plasmarlo en la ley, reglamentos o convenios internacionales; en este sentido, Carla Cepeda identifica la presencia de una teoría denominada clásica, la cual considera a la confidencialidad como "*una característica propia que se deriva de la naturaleza privada del sistema*",¹⁸ lo que trae como consecuencia, la creencia de que no es necesario positivizarlo a través de una norma, sino que existe una especie de presunción de confidencialidad, o en otras palabras se entiende que ésta se encuentra implícita dentro del acuerdo arbitral.

¹⁷ CEPEDA, Carla (14)

¹⁸ CEPEDA, Carla (14)

Sobre este tema, el autor José F. Merino Merchán indica que “..no deja de sorprender que la legislación histórica en materia de arbitraje no haya recogido nunca la confidencialidad como elemento de la institución arbitral, quizá porque se trate de un rasgo ínsito en la propia naturaleza privada de esa institución”¹⁹. Tanto así, que ninguna de las convenciones que son referencias obligatorias en esta materia tratan el tema de la confidencialidad²⁰, por lo tanto, ni la Convención de Nueva York, ni la Convención de Ginebra, ni la Convención de Panamá comprenden normas al respecto. Autores como Eduardo Silva Romero simplemente señalan que es porque al ser un convenio multilateral es difícil llegar a un acuerdo y por lo tanto, no existe consenso sobre el particular²¹, mientras que los partidarios de esta teoría clásica indican que no es necesario el reconocimiento legal explícito de la confidencialidad en la legislación interna ni en los tratados²² y por ello, en palabras de la autora antes señalada Kennet I. Ajibo, “incluso si se guardase silencio por las partes en el convenio sobre el deber de confidencialidad, ésta es exigible como elemento esencial de la institución, precisamente por la naturaleza privada del arbitraje al que se acude con expresa voluntad de apartamiento ex officio iudicis”²³.

Asimismo, los partidarios defienden su posición señalando que:

“Incluso si la regla expresa de confidencialidad no se encontrara dentro del acuerdo arbitral, la obligación podría aún estar implícita. La razón es porque no es necesario definir explícitamente cada obligación legal dado que el deber de confidencialidad, como la obligación de buena fe y trato justo, está implícito en la ley y su beneficio sigue siendo reconocido y es por lo que el sector comercial prefiere al arbitraje sobre el litigio.”²⁴

¹⁹ MERINO MERCHÁN, José. *Confidencialidad y arbitraje*. Spain Arbitration Review, n°2, 2008.

²⁰ SILVA ROMERO, Eduardo. *Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional*. Lima Arbitration N° 5-2012/2013

²¹ SILVA ROMERO, Eduardo. (19)

²² BARONA VILAR, Silvia. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Thomson-Civitas, 2004. p.204

²³ AJIBO, Kennet (15)

²⁴ AJIBO, Kennet (15)

Esta tendencia se refleja en diferentes decisiones de los tribunales arbitrales, sobre todo en aquellos de corte inglés y francés tal y como se puede observar a continuación:

- Dolling-Baker/ Merrett & Another²⁵

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

-True Norh / FCB31

*“Est un procédure à caractère confidentiel” y “la voie d’arbitrage acceptée par les parties devait éviter toute publicité du litige qui les opposaient et de ses éventuelles conséquences”; ahora bien, “sous réserve des obligations légales d’information dûment démontrées auxquelles seraient soumises”*²⁶

-Hassneh Insurance Co of Israel / Mew²⁷

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

-Ali Shipping Corp / Shipyard Trogir

*“Is a term which the law will necessarily imply as a necessary incident of a definable category of contractual relationship”*²⁸

²⁵ Dolling-Baker v. Merrett & Another (1990) 1 WLR 1205, p 1213-1214

²⁶ FAGES, Fabrice, La confidential de l’ arbitrage a l’epreuve de la transparence financière”Rev. arb, 2003. pp. 19-20

²⁷ Hassneh Insurance Co of Israel / Mew (1993) 2 Lloyd’s Rep 243. p-247

²⁸ Ali Shipping Corp / Shipyard Trogir. 2 ALL ER . 1998, pp.136-146

Por otro lado, y en contraposición a la teoría clásica, se encuentra la tendencia a no reconocer la confidencialidad como un deber inherente a la institución y por lo tanto la misma requiere que las partes así lo acuerden expresamente. Esta posición ha llamado la atención por ser una postura propia de los países con acreditada práctica arbitral²⁹ y es tomada a raíz de la falta de regulación sobre la misma, ya que consideran que el hecho de no existir suficiente normativa implica la inexistencia del principio de confidencialidad en el arbitraje internacional y por lo tanto, si las partes requieren que el tribunal se comporte conforme a ese principio los mismos tienen que pactarlo expresamente. En este sentido, las partes pueden imponer el deber de confidencialidad bien de manera directa a través de una cláusula detallada y expresa sobre el tema o de manera indirecta al someterse al reglamento de una institución arbitral que contenga en sus disposiciones el deber de confidencialidad.³⁰

Y en tercer lugar, existe otra tendencia que podría llamarse ecléctica, específicamente, identificada en la obra del autor venezolano Díaz Candía en la cual no se rechaza la idea de comprender a la confidencialidad como un principio inherente del arbitraje, no obstante, éste debería ser matizado y por lo tanto disipado por parte del tribunal arbitral si no se encuentra expresamente pactado.

Así se señala:

"Las normas del arbitraje comercial moderno pueden relajar las estrictas reglas de confidencialidad, que prevén una publicación institucional sistemática y ordenada de los laudos arbitrales, en los casos en que todas las partes no hubieran manifestado expresamente su acuerdo de confidencialidad total, aunque no se prevean presentaciones y audiencias públicas" ³¹

²⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, José (9)

³⁰ THOMA, I. Confidentiality in English Arbitration Law: Myths and Realities About its Legal Nature, Journal of International Arbitration.2008.pp. 299 – 314.

³¹ DÍAZ CANDÍA, Hernando. (1) pp. 128-130

IV. Límites al principio de confidencialidad y tendencia a la transparencia.

Es necesario indicar que cualquier posición que se tome, bien sea concebir a la confidencialidad como un deber implícito o como un deber que nace por acuerdo expreso entre las partes, en la práctica tal principio no es absoluto, sino que se entiende que tiene ciertos límites que deben ser tomados en cuenta por el tribunal arbitral al momento de llevar a cabo un arbitraje. En este sentido la autora Franca Valente Girado señala que toda regla tiene su excepción y, por lo tanto, la confidencialidad tiene ciertos límites, como por ejemplo, i) el recurso de nulidad, ii) la ejecución forzosa del laudo; iii) razones de interés público o incluso iv) la consolidación de una especie de jurisprudencia arbitral que permita dar a conocer el contenido de algunos laudos que puedan influenciar en la doctrina.³²

Tal y como se señaló, uno de los principales límites que se presenta es el que se ocasiona al momento de la impugnación del laudo ante los órganos jurisdiccionales, o el inicio del proceso de ejecución del mismo, lo cual trae como consecuencia que la información contenida en el laudo será expuesta y, por lo tanto, estará sometida a la publicidad característica de los procedimientos judiciales, lo que produce una irremediable crisis de la confidencialidad bien porque haya sido pactada o no, o legalmente exigida. Al respecto José F. Merchán indica que si bien es cierto que el control jurisdiccional se limita a examinar la regularidad formal del laudo, y no a documentos que se hayan aportado durante el procedimiento arbitral, en la medida en que éstos aparezcan reflejados en el laudo o incluso si no apareciesen reflejados en el laudo, o la parte impugnante de éste lo propusiera como prueba ante el órgano judicial encargado de resolver la impugnación, la confidencialidad entraría también en este caso en franca crisis por la propia publicidad y oralidad que rigen los procesos estatales.³³

³² VALENTE GIRADO, Franca (10)

³³ MERINO MERCHÁN, José (18)

Asimismo, otra de las limitantes al principio de confidencialidad es el denominado interés público, concepto que como es bien sabido es de índole indeterminado y en consecuencia le corresponderá al juez del lugar donde se desarrolle el arbitraje delimitarlo. No obstante, a pesar de ello consideramos conveniente traer el concepto de interés público proporcionado por el autor antes señalado:

"Aunque no exista un concepto universalmente admitido sobre lo que constituye la expresión "interés público", se puede convenir que por tal se entiende todo aquello que afecta a los ciudadanos como partes inherentes de una colectividad sobre la que planean intereses generales, y que, por tanto, éstos tienen derecho a conocer como sujetos libres de una sociedad democrática, salvo en el supuesto de que esos datos de interés público estén clasificados como secretos oficiales."

El límite concerniente al interés público se ha desarrollado gracias a la intervención de los Estados y los organismos públicos en el arbitraje comercial internacional, de esta forma opina el autor Bernardo M. Cremades al indicar que "este predominio de la confidencialidad en arbitrajes comerciales ha venido desapareciendo y cediendo en los últimos años por la aparición de un elemento público: el Estado".³⁴ Tal afirmación se ha podido observar en distintas decisiones de los tribunales arbitrales que han conocido conflictos donde se encuentra inmerso el Estado o una autoridad pública, de esta forma se debe volver a traer a colación la sentencia del tribunal australiano *Esso Australia Resources C/ Honourable Sidney James Plowman*, la cual concluye que la confidencialidad no puede considerarse un atributo inherente y fundamental del arbitraje y por lo tanto, debe prevalecer el interés legítimo del público en obtener información relativa a los asuntos en los que interviene las autoridades públicas. En igual sentido, el caso *Cockatoo c/ Dockyard* planteó la incompatibilidad de exigir un "alto nivel de confidencialidad" con el "derecho a saber del público", dado el evidente interés público que encerraba el laudo recaído en ese arbitraje.³⁵

³⁴ CREMADES, Bernardo (6)

³⁵ CHÁVEZ BARDALES, Enrique. *Privacidad y Confidencialidad en el Arbitraje Comercial Internacional*. Revista Iberoamericana de Arbitraje Comercial.

Y el tercer límite señalado por la autora Franca Valente Girado³⁶ es la necesidad entre los estudiosos y practicantes del arbitraje de crear una especie de jurisprudencia arbitral, que si bien anteriormente se podía considerar impensable, hoy en día por el auge del arbitraje se ha convertido en una práctica común publicar los laudos con el fin de buscar la uniformidad y sistematización de las decisiones.³⁷

Incluso hay autores que consideran que la confidencialidad debe cederle totalmente el puesto a la transparencia, no obstante, las posiciones actualmente se encuentran divididas.

Entre los autores que apoyan esta posición se encuentra el autor patrio Díaz Candía:

“La transparencia debe facilitar la confianza. La transparencia y la publicación de los laudos también deben facilitar la uniformidad y la previsibilidad de los casos, y por lo tanto, de la ley. La confidencialidad de los laudos no favorece la coherencia de las decisiones en casos similares (...) El acceso a la jurisprudencia del arbitraje comercial internacional no debe continuar limitado a ciertos extractos y resúmenes preparados por ex empleados privilegiados de los centros de arbitraje”³⁸

Mientras que el autor Alfredo Silva Romero, opina lo contrario:

“Cuando se habla de transparencia, mucho se insiste en las bondades de la publicación de los laudos arbitrajes (...) Al respecto, dos sofismas son utilizados con alguna frecuencia. Por una parte, la publicidad de los laudos, se dice, contribuiría a la formación de una jurisprudencia arbitral. Todos sabemos, sin embargo, que la expresión jurisprudencia arbitral es un abuso de lenguaje. Por otra parte, se insiste, en el escenario de casos relacionados, en la necesidad de

³⁶ VALENTE GIRADO, Franca (10)

³⁷ "La publicación de sentencias arbitrales, tanto en el contexto del arbitraje institucionalizado como incluso para el arbitraje ad-hoc, viene siendo práctica habitual (...) De esta forma la llamada jurisprudencia arbitral -o las jurisprudencias arbitrales, como gusta decir Philippe Fouchard- ha ganado predicamento favoreciendo la formación y el perfeccionamiento de un ordenamiento singular atento a la realidad del medio que sirve" MEDINA J.M / MERINO MARCHÁN, J.F. *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1991

³⁸ DÍAZ CANDÍA, Hernando. (1)

evitar el dictado de decisiones contradictorias. Este problema, sin embargo, no parece poder ser evitado mediante la publicación de los laudos sino a través de figuras procesales como la acumulación de procedimientos.”³⁹

Si bien existen posiciones contrarias, no se puede negar que actualmente muchos centros de arbitrajes publican sus laudos y nos permiten estudiar las diversas prácticas del arbitraje en el mundo, notando una obvia tendencia hacia la transparencia del mismo, empero, a pesar de su relevancia para el mundo académico, éstos no pueden olvidar que el arbitraje se creó para cubrir una necesidad existente de resolver conflictos de manera eficaz, por lo tanto no se debe llegar a extremos que puedan perjudicar la existencia de la institución. En este sentido el autor Trazegnies Granda expresa:

“Ahora bien, debo decir también que, si bien como académico me inclino decididamente por la publicidad de los laudos a fin de promover el desarrollo conceptual del Derecho, como árbitro, no puedo dejar de reconocer que esta propuesta encierra un peligro: si queremos impulsar al Perú como sede arbitral internacional, un cambio como el que proponemos puede hacer menos atractiva esta sede para las empresas nacionales e internacionales. Recordemos que Inglaterra recibe muchísimos arbitrajes internacionales precisamente porque defiende celosamente la confidencialidad.”⁴⁰

Adicionalmente, me gustaría agregar el límite que se genera por i) la intervención de partes no signatarias del acuerdo arbitral y ii) la intervención de terceros que se verían afectados por la emisión del laudo; temas que han ocasionado un cierto revuelo en el mundo del arbitraje por la importancia que tiene la autonomía de la voluntad de las partes y el consentimiento expreso al pactar la cláusula compromisoria. En este sentido, si tomamos en consideración las definiciones arriba expuestas, el deber de confidencialidad implica la obligación de las partes

³⁹ SILVA ROMERO, Eduardo (19)

⁴⁰ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. *La publicidad en el arbitraje*. IUS ET VERITAS; Vol. 17, No. 35 (2007); 62-69

signatarias de no revelar a terceros la existencia, naturaleza, contenido y resultado de los procedimientos arbitrales, incluyendo toda la información o los documentos generados o revelados durante el procedimiento, en consecuencia, si los árbitros permiten la inclusión de una parte no signataria o de un tercero que no tiene relación directa con el acuerdo arbitral ocasionarían indefectiblemente el incumplimiento del deber de confidencialidad; ya que, si bien los mismos pueden estar relacionados o vinculados con la controversia, no necesariamente deben tener el conocimiento del arbitraje ni de los documentos o datos que se revelan en el decurso del mismo, puesto que en ambos casos se trata de personas que no firmaron el convenio arbitral.

V. La confidencialidad en el sistema arbitral venezolano

No obstante, a pesar de lo expuesto anteriormente, es menester estudiar el fenómeno de la confidencialidad en nuestro ordenamiento jurídico, así, en Venezuela la Ley de Arbitraje Comercial⁴¹, si hace mención expresa al principio de confidencialidad, en su artículo 42 al señalar:

“Artículo 42: Salvo acuerdo contraído de las partes los árbitros tendrán la obligación de **guardar la confidencialidad** de las actuaciones de las partes, de las evidencias y de todo contenido relacionado con el proceso arbitral”.

Al respecto, la autora María Petzold-Rodriguez expresa que de conformidad con este artículo no debería existir publicidad, y por lo tanto, los árbitros tienen que ser reservados con relación a las actuaciones de las partes y las evidencias que se presenten, permitiendo así la solución de la controversia de forma discreta⁴². Por otro lado el autor Alberto Baumeister expresa que la confidencialidad establecida en la Ley de Arbitraje Comercial, se presenta como una excepción a la publicidad

⁴¹ Publicada en gaceta oficial N° 36.430 en fecha 7 de abril del año 1998

⁴² PETZOLD-RODRÍGUEZ, María. Los Árbitros en la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana en: Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier. Tribunal Supremo de Justicia. N° 12. Caracas, Venezuela. 2003

que normalmente se lleva a cabo en el proceso ordinario como garantía de seguridad de las partes, sin embargo, dicha confidencialidad es justificable, ya que podría afectar el buen nombre comercial de quien se somete al arbitraje.⁴³

Si bien, el artículo 42 de la Ley de Arbitraje Comercial indica expresamente la presencia de la confidencialidad en el sistema venezolano, la propia Sala de Casación Social realizó un breve pronunciamiento respecto a la consideración del mismo **como un principio**, en sentencia de fecha 9 de noviembre del 2000:

“La solución antes expresada, fundamentada en la interpretación de las reglas legales, la cual conduce a que se declare inadmisibile el recurso de casación interpuesto, es acorde con *los principios de celeridad, economía y confidencialidad* que justifican la solución arbitral de las controversias que se susciten entre los justiciables, *los cuales ceden ante una mayor seguridad, cuando las partes optan por someter la decisión a una apelación ante un Tribunal Superior ordinario.*”⁴⁴

En este sentido mismo sentido, los diversos Centros de Arbitrajes ubicados en el país, en sus diversos reglamentos lo establecen:

- **Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)**

“36.6. El Tribunal Arbitral podrá tomar cualesquiera medidas destinadas a proteger secretos comerciales o industriales e información *confidencial.*” (Resaltado propio)

“40.3. Salvo acuerdo en contrario, toda actuación realizada por las partes o prueba aportada al proceso *tendrá carácter confidencial.* Cualquier interesado podrá solicitar copia del Laudo, previo pago del costo de reproducción, salvo que las partes expresamente hubieren acordado su confidencialidad.” (Resaltado propio)

⁴³ BAUMEISTER. Alberto. *Algunas consideraciones sobre el Procedimiento aplicable en los casos de Arbitrajes regidos por la Ley de Arbitraje Comercial* en: Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial. Caracas, Anaucó Ediciones, 1999.

⁴⁴ Sala de Casación Social, N° 448, 09/11/2000, (Carlos Luis Abreu y Agropecuaria "El Esfuerzo C.A." Vs. Manuel Eloy Ramos Urquiola, Carlos Miguel Ramos Urquiola y Bertha Urquiola). www.tsj.gob.ve

- **Reglamento General De Centro De Arbitraje De La Cámara De Caracas (RCACC)**

“ARTÍCULO 9. *Confidencialidad.* Salvo acuerdo en contrario, los Árbitros, los Mediadores y el personal del CACC tendrán la *obligación de guardar la confidencialidad* de la información contenida en los expedientes correspondientes a los procedimientos de arbitraje o de mediación administrados por el CACC.”
(Resaltado propio)

“ARTÍCULO 23. Obligaciones de los Árbitros. En el desempeño de sus funciones, *los árbitros están obligados* a respetar los principios y normas del CACC y de la Ley de Arbitraje; acatar las tarifas y deducciones de honorarios establecidas por el Comité Ejecutivo conforme a este Reglamento, cumplir con las actuaciones procesales dentro de los lapsos establecidos; proceder en todo momento con la debida diligencia y *garantizar a las partes confidencialidad*, ecuanimidad e imparcialidad.” (Resaltado propio)

De lo antes expuesto, se evidencia que el ordenamiento jurídico venezolano se encuentra inscrito dentro de la teoría clásica que considera la confidencialidad como un principio inherente a la institución arbitral, empero, el mismo admite la aplicación de ciertas limitantes, como la que se genera al acudir a los órganos jurisdiccionales venezolanos. En este sentido, el autor Frank Gabaldón señala que estas disposiciones no son realizables de modo pleno, pues chocan con lo previsto en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, el cual ordena que se acompañe el expediente sustanciado por el tribunal arbitral al recurso de nulidad que se interponga contra el laudo.

Asimismo, con respecto al alcance del principio, el autor indica que se entiende que la confidencialidad opera en cuanto a las actas procesales, fundamentalmente durante la sustanciación del procedimiento arbitral pero que, en todo caso, los

árbitros deben mantener el secreto durante y después del procedimiento arbitral de todo lo que las partes y ellos mismos hayan hecho o dicho que no conste en el expediente arbitral, y por lo tanto, no se deberán expedir copias sino a las partes o a los órganos de los centros de arbitraje si esto último estuviere previsto en sus reglamentos, salvo que las partes convengan otra cosa o que un juez estatal las requiera por causa legalmente prevista"⁴⁵

A pesar de lo señalado, la doctrina venezolana poco ha escrito sobre este tema, lo que genera incertidumbre jurídica acerca del alcance del concepto, sobre qué y sobre quién recae ese deber de confidencialidad, así como la facultad de plantearlo y exigirlo como un principio ante los tribunales arbitrales; situación que podría generar apatía por parte de los comerciantes al momento de acordar un arbitraje conforme a las leyes venezolanas como el medio de resolución de controversias idóneo; y consecuentemente podría obligarlos a adoptar otros mecanismos que podrían restarle importancia al mismo.

Referencias bibliográficas

Nacionales:

- BAUMEISTER, Alberto. *Algunas consideraciones sobre el Procedimiento aplicable en los casos de Arbitrajes regidos por la Ley de Arbitraje Comercial* en: Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial. Caracas, Anauco Ediciones, 1999.
- BONNEMAISON, José Luis. *Aspectos fundamentales del arbitraje comercial*. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, 2006
- DÍAZ CANDÍA, Hernando. *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje. Teoría general del arbitraje*. Caracas. Editorial Aranzadi, 2011

⁴⁵ GABALDÓN, Frank. *Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial*. Livrosca. Caracas. 1999

- GABALDÓN, Frank. *Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial*. Livrosca. Caracas. 1999
- PETZOLD-RODRÍGUEZ, María. *Los Árbitros en la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana* en: Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Juan Maria Rouvier. Tribunal Supremo de Justicia. N° 12. Caracas, Venezuela. 2003
- RENGEL ROMBERG, Arístides. *Tratado de derecho Procesal Civil. I. Teoría General del Proceso*. Vol. I. Caracas. 1995. p. 196

Internacionales

- AJIBO, Kennet 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 . 2015
- BARONA VILAR, Silvia. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Thomson-Civitas, 2004.
- CEPEDA, Carla - *El arbitraje y la importancia del principio de confidencialidad*. Law Review. Universidad San Francisco de Quito.
- CREMADES, Bernardo M. *Confidencialidad en el arbitraje internacional. Información e interés público*. Jurídica. N° 500. Año 8. 2015
- CHÁVEZ BARDALES, Enrique. *Privacidad y Confidencialidad en el Arbitraje Comercial Internacional*. Revista Iberoamericana de Arbitraje Comercial.
- CHILLÓN MEDINA, José María / MERINO MERCHÁN, José Fernando. *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1991

- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La publicidad en el arbitraje*. IUS ET VERITAS; Vol. 17, No. 35. 2007

- FAGES, Fabrice, *La confidential de l' arbitrage a l'epreuve de la transparence financière*” Rev. arb, 2003.

- FERNANDEZ ROZAS, José Carlos. *Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje*. Arbitraje, Vol II. N° 2, 2009.

- MERKIN, Roberto / FLANNERY, Louis. *Arbitration Act 1996*. 5th Edition. Informa Law from Routledge. 2014

- SANTOS BELANDRO, Rubén. *Arbitraje Comercial Internacional*. Oxford University Press. Mexico DF. 2000.

- SILVA ROMERO, Eduardo. *Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional*. Lima Arbitration N° 5-2012/2013

- THOMA, Ionna. *Confidentiality in English Arbitration Law: Myths and Realities About its Legal Nature*. Journal of International Arbitration. 2008.

- VALENTE GIRADO, Franca. *La confidencialidad: agente motivador para pactar la cláusula arbitral en los contratos comerciales*. Venamcham (Legal Advice) . Mayo/Junio 2013