

Confidencialidad en el arbitraje

Gonzalo JIMÉNEZ-BLANCO *

Sumario: I. Introducción. II. Arbitraje y confidencialidad. 1. Principios generales. 2. Sujetos obligados a la confidencialidad en el arbitraje. 3. El deber de mantener la confidencialidad de informaciones. 4. El deber de los árbitros de mantener el secreto de las deliberaciones y del contenido del laudo. 5. El deber de los árbitros de no comunicación unilateral con las partes durante el procedimiento, y el deber recíproco de las partes. III. Reglas especiales en el caso de sociedades cotizadas. IV. Reglas especiales en determinados arbitrajes (de inversiones, etc.). V. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de confidencialidad

Resumen: Confidencialidad en el arbitraje

Tradicionalmente, se considera que una de las ventajas del arbitraje es su confidencialidad. Esto no así en todo tipo de arbitrajes y en todo caso en el arbitraje sometido a ley española, los sujetos obligados, las excepciones al principio y las consecuencias del incumplimiento de la obligación de confidencialidad admiten diversas interpretaciones.

Palabras clave: ARBITRAJE – PRINCIPIOS – CONFIDENCIALIDAD – SOCIEDADES COTIZADAS – ARBITRAJE DE INVERSIONES.

Abstract: Confidentiality in arbitration

Traditionally, it is considered that one of the arbitration advantages is its confidentiality. This is not the case in all types of arbitrations and in any case in arbitrations under Spanish Law, the affected persons, the exceptions to this principle and the effects of its violation are able of different interpretations.

Keywords: ARBITRATION – PRINCIPLES – CONFIDENTIALITY – LISTED COMPANIES – INVESTMENT ARBITRATION.

* Abogado del Estado (exc). Ashurst LLP.

I. Introducción

Cuando se habla de las ventajas del arbitraje frente a la vía judicial suele decirse que una de las más destacadas es la “confidencialidad del arbitraje”, así enunciada en términos generales. Pero cabe preguntarse, no sólo si esa obligación existe, sino también, en caso de existir, qué significa exactamente esa confidencialidad, quiénes resultan obligados por la misma, qué abarca, etc. Y las respuestas pueden ser muy diversas, precisamente porque hay además muchos tipos de arbitraje, y la regulación de unos y otros puede venir afectada por muchos matices. Desde luego, habrá de estarse a la ley del arbitraje (la del lugar del arbitraje) pero también muy específicamente habrá de analizarse el Reglamento de la institución arbitral que sea de aplicación. Asimismo esta es una cuestión que puede ser objeto de acuerdo entre las partes, en la cláusula arbitral o en cualquier otro acuerdo. En Europa la regla general apunta a la confidencialidad, aunque no parece que ese sea el caso de EE UU¹. Quizá el documento de más interés y más completo sea el de la *International Law Association* (sobre la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional)².

Comienza reconociendo que ha habido una cierta asunción por todos los sujetos involucrados sobre la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional, si bien la publicación en la década de los noventa de unas muy comentadas decisiones judiciales generó un importante debate sobre este punto. Señala también que las decisiones legislativas y en los correspondientes Reglamentos han sido muy diversas sin que existe una aproximación uniforme a la confidencialidad en el arbitraje comercial internacional, que a menudo se aborda específicamente por medio de acuerdo entre las partes. Destaca que solo algunas legislaciones contienen expresas previsiones en materia de confidencialidad en el arbitraje, y guarda silencio la LMU. En otros casos, es la jurisprudencia la que ha reconocido esa confidencialidad y fijado sus límites y excepciones. Y señala también que la mayoría de los Reglamentos de las Cortes contienen reglas sobre confidencialidad (*London Court of International Arbitration, Milan Arbitration Chamber, German Institute of Arbitration, Singapore International Arbitration Centre*).

También se refieren a la confidencialidad las reglas de la IBA sobre práctica de pruebas en el arbitraje comercial internacional³. Aunque otras importantes reglas guardan silencio, como las de la ICC, las de la AAA y las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL

¹ F. Dessemontet, “Arbitration and Confidentiality”, *Am. Rev. Int'l Arb.*, 1996, pp. 299 ss.

² ILA: “Confidentiality in International Commercial Arbitration”. The Hague Conference 2010. file:///C:/Users/user/Downloads/int_commercial_arb_report_final_clean.pdf

³ IBA Rules of the Taking of Evidence in Int Arbitration 2010 FULL (2)pdf. file:///C:/Users/usuario/Downloads/IBA%20Rules%20on%20the%20Taking%20of%20Evidence%20in%20Int%20Arbitration%20201011%20FULL%20(1).pdf.

II. Arbitraje y confidencialidad

1. Principios generales

Como hemos dicho, habrá que estar tanto a la correspondiente ley de arbitraje como a los reglamentos de la corte de que se trate.

Respecto a las diferentes leyes de Arbitraje, algún autor⁴ distingue tres categorías de leyes: a) aquellas que no contienen siquiera una mera mención de la confidencialidad; b) aquellas que apenas enuncian un principio general, aunque sin mayor regulación, c) aquellas que, con matices, avanzan en una reglamentación que pretende abarcar, al menos, los supuestos más usuales.

Dentro de la primera categoría ubica a la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional de UNCITRAL, así como las legislaciones sobre arbitraje 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, entre otras.

En la segunda, sitúa a aquellas que, si bien se refieren a la confidencialidad, no avanzan más que en enunciados más o menos genéricos o regulaciones fragmentarias, pero carecen de un régimen que permita discernir claramente cuál es el alcance objetivo del deber de confidencialidad *ratione materiae* (qué aspectos del arbitraje son confidenciales) y obligados a mantener la confidencialidad). Ejemplos de esta categoría son las legislaciones de Bolivia, Brasil, España, Francia y Venezuela.

Claros exponentes de la tercera categoría son a su juicio las nuevas legislaciones de Nueva Zelanda, Perú, Escocia y Australia que, aun con lagunas, contienen un mayor grado de precisión en relación con el alcance del deber de confidencialidad.

Desde la perspectiva doctrinal, señala J.F. Merino Merchán⁵ que ni el legislador nacional ni los tratados internacionales por lo general han reconocido expresamente el deber de confidencialidad en el arbitraje. Pero es así justamente porque el fundamento de este principio se encuentra en la naturaleza misma del arbitraje en general ya que, históricamente, como la mayoría de esas soluciones extrajudiciales han aflorado en el seno de una concepción nítidamente privatista en la que la privacidad ha ocupado un lugar central. S. Barona⁶ considera, por su parte, que no resulta necesario tal reconocimiento por entender que la no difusión de las informaciones aportadas y vertidas a lo largo del arbitraje es un deber ineludible de cuantos participan en él. El propio Merino Merchan insiste en que la confidencialidad es un elemento casi confi-

⁴ R. Caivano, "El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo", *Lima Arbitration*, n° 4, 2010 / 2011, p. 119

⁵ J.F. Merino Merchán, "Confidencialidad y arbitraje", *Spain Arbitration Review*, n° 2, 2008.

⁶ S. Barona Villar, (coord). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson Civitas, 2004.

gurador de la institución arbitral aunque el reconocimiento legal no ha sido ni tan categórico y tan universal como podría esperarse.

En Derecho francés, el arbitraje doméstico está sometido a una presunción de confidencialidad introducida recientemente por un Decreto de 2011. El art. 1464.4^o del Código de Procedimiento Civil dispone que “a reserva de obligaciones legales y a menos que las partes hayan dispuesto otra cosa, el procedimiento arbitral está sometido al principio de confidencialidad”. Desde esta reforma, el Derecho francés distingue claramente entre el arbitraje interno o doméstico y el arbitraje internacional. En efecto el libro cuarto del Código de Procedimiento Civil está dividido en dos títulos distintos, el primero tratando el arbitraje interno y el segundo el arbitraje internacional. Esta frontera ha estado confirmada en una sentencia reciente por un tribunal arbitral de la Cámara de Comercio internacional, en la cual rechaza la presunción de un principio de confidencialidad en el arbitraje internacional. La confidencialidad es pues respetada en Francia en el arbitraje doméstico y no se presume en el arbitraje internacional. El profesor E. Gaillard explica esta elección de política legislativa de dos maneras. En primer lugar el hecho de que numerosos arbitrajes internacionales afecten a tratados de inversiones y que exista una fuerte aspiración a la transparencia en esta materia, como ilustra notablemente los trabajos actuales de UNCITRAL. En segundo lugar, por la consideración que incluso en materia comercial, la confidencialidad no se impone siempre y que conviene que las partes la convengan expresamente o más aún dejar al tribunal decidir sobre esas circunstancias cuando las cosas así lo exijan. Por su parte Ch. Jarrosson y J. Pellerin estiman que la confidencialidad se aplica en Francia tanto que principio general, inherente al arbitraje, pero el principio enunciado de manera supletoria en materia interna es menos imperativo todavía en el arbitraje internacional⁷.

L. Kaster⁸ analiza la confidencialidad en los arbitrajes en Estados Unidos y señala que considerar que toda la información confidencial está protegida en el arbitraje puede ser engañoso. El ámbito de la protección puede ser influido por las circunstancias en que esta información pueda ser aportada. En consecuencia, las partes deben tomar medidas para proteger los secretos comerciales, la información financiera sensible, etcétera, la adopción de medidas de ordenación en el arbitraje que sean precisas de forma que la confidencialidad puede llegar a ser protegida. Las partes asumen el riesgo si el ámbito de la confidencialidad no está protegido por su acuerdo con la otra parte o por órdenes del tribunal arbitral. En su caso, además, habrá que tener en cuenta las obligaciones regulatorias que pueden obligar a desvelar aspectos cualquiera que sea la pretensión de confidencialidad de las partes aunque es casi universal el que los árbitros y el personal administrativo del arbitraje tienen obligación de proteger la información sobre el procedimiento; sin embargo las partes pueden no tener

⁷ Ch. Jarrosson y J. Pellerin, “Le droit français de l’arbitrage après le décret du 13 janvier 2011”, *Rev. arb.*, 2011, pp. 5 ss.

⁸ L. Kaster, “Confidentiality in U.S. Arbitration”, *New York Dispute Resolution Lawyer*, 2012, vol. 5, n^o 1.

esa obligación de confidencialidad y frecuentemente los testigos no tienen obligación de mantener confidencialidad respecto de la información procedimental ni sustantiva.

A. Ekpete⁹ también considera que la confidencialidad en el arbitraje es un elemento importante. Pero esa confidencialidad es meramente una obligación implícita entre las partes salvo acuerdo al respecto. En todo caso 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 que exista una obligación de información al público en el caso de sociedades cotizadas. A este fin se puede decir que el principio ya no es sacrosanto, que confiar en el principio puede no ser suficiente y que las partes que quieran beneficiarse del mismo deberían reforzarlo mediante el correspondiente acuerdo. Cita al efecto el conocido caso *Esso Australia*¹⁰ en el que se consideró que la divulgación al público por sus legítimos intereses era motivo suficiente para desvelar una información que en otro caso sería confidencial. Esto es más pronunciado cuando una de las partes sea un Estado o una entidad estatal, en cuyo caso la obligación de transparencia puede prevalecer sobre el principio de confidencialidad.

Dessemontet¹¹ aborda la cuestión desde un punto de vista de la protección de los secretos empresariales, considerando que no tiene sentido debatir sobre si existe o no un principio de confidencialidad en los procedimientos arbitrales, porque los reglamentos y tradiciones nacionales divergen.

En cuanto a los reglamentos de las distintas Cortes, por su parte, el Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) establece:

Art. 62. Medidas para garantizar la confidencialidad

1. Durante la tramitación del arbitraje y a instancia de cualquiera de las partes, la Corte o el tribunal arbitral podrán adoptar las medidas que estimen oportunas para garantizar la confidencialidad y, en su caso, el secreto de cualesquiera asuntos relacionados con la controversia debatida.

2. El tribunal arbitral, las partes y sus asesores y representantes y la Corte estarán obligados a guardar reserva sobre cualquier información confidencial que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.

Art. 63. Divulgación del laudo

1. El laudo sólo podrá hacerse público con el consentimiento de todas las partes o cuando una parte tenga la obligación jurídica de divulgarlo, para proteger o ejercer un derecho o con motivo de un procedimiento legal ante un tribunal u otra autoridad competente.

2. La Corte publicará en su página web los laudos que resuelvan conflictos societarios inscribibles, manteniendo el nombre de los árbitros, pero suprimidas todas las referencias a los nombres de las partes y a datos que puedan identificarlas fácilmente, y siempre que ninguna de las partes se haya opuesto expresamente a la publicación dentro de un plazo de treinta (30) días desde la fecha en que se haya dictado el laudo”.

⁹ A. Ekpete, “To What Extent is the Confidentiality of Arbitration Sacrosanct?”, *CAR (CEPMLP Annual Review)*, vol. 14, 2009/2010.

¹⁰ *Esso Australia Resources Ltd and others vs The Honourable Sidney James Plowman and others*, *Arb. Int'l.*, 11, 1995.

¹¹ F. Dessemontet, “Arbitration and Confidentiality”, *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 7, 1996, pp. 299 ss.

Por su parte, el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid establece:

VI. Terminación del procedimiento y emisión del laudo

49. Confidencialidad

1. Salvo acuerdo contrario de las partes, las partes, la Corte y los árbitros están obligados a guardar confidencialidad sobre el arbitraje y el laudo.
2. Los árbitros podrán ordenar las medidas que estimen convenientes para proteger secretos comerciales o industriales o cualquier otra información confidencial.
3. Las deliberaciones del tribunal arbitral son confidenciales.
4. Podrá publicarse un laudo si concurren las condiciones siguientes:
 - a) que se presente en la Corte la correspondiente solicitud de publicación o la propia Corte considere que concurre un interés doctrinal;
 - b) que se supriman todas las referencias a los nombres de las partes y los datos que las pueden identificar fácilmente; y
 - c) que ninguna de las partes en el arbitraje se oponga a esta publicación dentro del plazo fijado a tal efecto por la Corte".

El Reglamento de la Corte de Arbitraje de la CCI no regula propiamente este tema de la confidencialidad, que sí aparece regulado verdaderamente en el reglamento de la *London Court of International Arbitration*:

"Article 30. Confidentiality

30.1. The parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in the arbitration, together with all materials in the arbitration created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain, save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right, or to enforce or challenge an award in legal proceedings before a state court or other legal authority.

30.2. The deliberations of the Arbitral Tribunal shall remain confidential to its members, save as required by any applicable law and to the extent that disclosure of an arbitrator's refusal to participate in the arbitration is required of the other members of the Arbitral Tribunal under Articles 10, 12, 26 and 27.

30.3. The LCIA does not publish any award or any part of an award without the prior written consent of all parties and the Arbitral Tribunal".

Quizá de forma algo voluntariosa podemos destacar unos principios comunes que derivarían de todas las normas y reglamentos anteriores:

- a) El arbitraje es en principio –explícita o implícitamente– confidencial: todo lo que rodea al arbitraje desde su existencia misma hasta el laudo;
- b) Esta obligación de confidencialidad se atribuye no sólo a los árbitros también a las partes y a todos en general los que intervienen en el proceso;
- c) La obligación de confidencialidad no dura sólo durante el procedimiento sino que una vez concluido este se extiende a todo aquello que haya sido objeto del arbitraje¹².

¹² IIA: "Confidentiality in International Commercial Arbitration". The Hague Conference 2010: La obligación de confidencialidad cuando no es relevante. Uno de esos casos puede resultar de que la información sea ya de dominio público.

Estos principios generales han de ser modulados en cada caso atendiendo a lo que resulte de la norma nacional aplicable y de todo sobre todo al reglamento de la correspondiente corte de que se trate.

2. Sujetos obligados a la confidencialidad en el arbitraje

Expuestos en los párrafos anteriores los principios generales aplicables en materia de arbitraje según deriva de las diferentes leyes de Arbitraje y los Reglamentos de las diferentes Cortes, conviene ahora señalar cuál es en concreto la normativa aplicable en España y que dice al respecto la Ley de Arbitraje:

El art. 24.2º LA establece que “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”.

El árbitro o el tribunal arbitral es la categoría que probablemente se asuma en mayor medida que está vinculada por una obligación de confidencialidad; incluso en ausencia de una regla específica aplicable, parece que existe un amplio consenso en que el deber de confidencialidad es uno de los primeros deberes de los árbitros. Y ese mismo deber se extiende a todos los auxiliares de los árbitros como secretarios o asistentes del tribunal arbitral. También se considera que ese deber de confidencialidad es inherente a la naturaleza de las funciones de las instituciones arbitrales¹³.

Conforme a la ley española y sin perjuicio de lo que resulte aplicable en función de lo correspondientes reglamentos, sólo estarían obligados a guardar la confidencialidad de los correspondientes árbitros, las partes y las instituciones arbitrales.

Es evidente, aunque la ley no lo diga, que todos aquellos sujetos que guarden relación con el arbitraje tienen la obligación de confidencialidad. Por ejemplo, los abogados de las partes que hay que entenderlos incluidos en la mención genérica a las partes. También debería entenderse que los testigos y peritos están obligados por la confidencialidad y parece que también deberán entenderse comprendidos en la mención general a las partes. Es decir, son las partes y todos aquellos que puedan intervenir en el proceso a cuenta o por interés de las partes.

Lo mismo ocurre con las instituciones arbitrales. No sólo están obligadas las instituciones como tales, evidentemente hay que entender comprendida en esa obligación a todos y cada uno de los empleados de las cortes arbitrales.

3. El deber de mantener la confidencialidad de informaciones

La Ley de Arbitraje somete en su art. 24 desde luego a los árbitros, pero en cuanto al ámbito objetivo y temporal de la obligación, el artículo no es demasiado preciso.

En cuanto al ámbito temporal, entendemos que el artículo se refiere a que la obligación se extiende, desde luego, a la duración del procedimiento arbitral,

¹³ *ILA: “Confidentiality in International Commercial Arbitration”, cit.*

pero creemos que se extiende más allá de su finalización. Nos remitimos a lo ya dicho.

Y en lo que se refiere a su ámbito objetivo, el artículo se refiere a la confidencialidad “*de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales*”.

Desde luego, comprende los documentos de las partes, sus posiciones, etc. En general se entiende que también comprende las decisiones que se adopten y entre ellas el laudo¹⁴.

Podemos considerar que el objeto de la confidencialidad del arbitraje se extiende a¹⁵:

a) la existencia misma del arbitraje y en consecuencia los datos concernientes a los detalles de la disputa: las partes, las acciones ejercidas, las peticiones de las partes, la existencia de reconvencción, la composición del tribunal arbitral, de la identidad de los abogados, de los testigos y peritos.

b) los documentos que puedan obrar en el arbitraje (los escritos de las partes, las decisiones del tribunal, los documentos aportados por las partes, los informes periciales o cualesquiera otras pruebas);

c) las audiencias de celebración de prueba y en su caso de conclusiones;

d) las deliberaciones del tribunal arbitral;

e) el laudo, hasta su comunicación a las partes y respecto de terceros, más allá de esa comunicación a las partes. Ello no obstante, determinados laudos pueden resultar publicados conforme a su normativa aplicable.

4. El deber de los árbitros de mantener el secreto de las deliberaciones y del contenido del laudo

Y aunque no se dice expresamente en la Ley, también se entiende que los árbitros deben mantener el secreto de las deliberaciones y el del contenido del laudo¹⁶

Como señala el apartado 19 de las Recomendaciones del Club Español del Arbitraje sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros¹⁷, “*las deliberaciones y las opiniones expresadas en el seno del Colegio Arbitral son secretas, incluso una vez terminado el procedimiento*”. Las Reglas Éticas de la IBA para árbitros internacionales señalan que “*las deliberaciones del Tribunal Arbitral y el contenido mismo del laudo, permanecen confidenciales a perpetuidad a menos que las partes liberen a los árbitros de esta obligación*”.

¹⁴ Sin perjuicio de las superiores obligaciones de información al mercado cuando una de las partes pueda ser una sociedad cotizada.

¹⁵ ILA: “*Confidentiality in International Commercial Arbitration*”, cit.

¹⁶ IBA: “*Rules of Ethics for International Arbitrators*”: “Los árbitros internacionales deben ser imparciales, independientes, competentes, diligentes y discretos” (Nota introductoria).

¹⁷ Club Español del Arbitraje: “Recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros”, ap. 19.

El Informe del Grupo de Trabajo del Club Español de Arbitraje sobre la independencia de los árbitros señala que¹⁸ “*en especial, el deber de imparcialidad prohíbe que ninguno de los árbitros facilite datos a una de las partes, si la otra no está presente, que la informe sobre el desarrollo de las deliberaciones ni que le anticipe el contenido de la decisión*”. También se dice así en el Código Ético de la ABA/ASA para árbitros en disputas comerciales¹⁹.

Precisamente sobre este último punto quisiéramos hacer también un comentario: el deber de no comunicación *anticipada* del contenido del laudo se extiende hasta que el laudo haya sido efectivamente notificado a las partes. La comunicación previa de la decisión, o del sentido de la misma, a cualquiera de las partes, vulnera los deberes de no comunicación individual con las partes y los deberes de confidencialidad y de secreto de las deliberaciones. Puede asimismo servir a una de las partes para, conociendo de antemano el resultado del litigio, promover un acuerdo transaccional en condiciones que le sean más favorables, lo que sería de todo punto inadmisibles²⁰.

5. El deber de los árbitros de no comunicación unilateral con las partes durante el procedimiento, y el deber recíproco de las partes

Otro de los ámbitos en que el árbitro designado por las partes (y la parte correspondiente) debe ser especialmente cuidadoso es el de las comunicaciones con las partes y sus abogados. Este deber es un deber general, que se predica del Tribunal Arbitral en su conjunto: los árbitros se comunican con las partes por medio de sus Resoluciones (normalmente, órdenes procesales y laudo), que se comunican en igualdad de condiciones a las partes del proceso, y en las audiencias, con plena transparencia respecto de las partes o de sus abogados.

Lo que no es posible es que un árbitro individual (o incluso el propio Tribunal Arbitral) se comunique separadamente con una de las partes o con sus abogados fuera de los referidos conductos que aseguran precisamente la máxima transparencia y la igualdad de armas de las partes en el proceso.

¹⁸ Club Español del Arbitraje: “La independencia de los árbitros”. Informe del Grupo de Trabajo creado por el Club, p. 6.

¹⁹ *American Bar Association / American Arbitration Association: “The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes”*, Canon VI.C, p. 9.

²⁰ J. Paulsson, “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, *ICSID Review*, vol. 25, n.º 2, 2010, pp. 339–355. Relata un supuesto acaecido en un caso real y que presenta casi como “prueba” de su posición para rechazar el nombramiento unilateral de árbitros por las partes: se refiere a un caso tramitado bajo las reglas de la *London Court of International Arbitration*, en el que el procedimiento estaba llegando a su fin, con el laudo ya redactado y preparado para ser enviado a las partes. En ese punto, una de las partes recusó al árbitro designado por la parte contraria, sobre la base de que éste habría violado el secreto de las deliberaciones, filtrando el resultado a esa parte. Como las partes estaban negociando, el conocimiento anticipado del laudo por una de las partes le otorgaba notoria ventaja en la negociación. La parte recusadora sostenía que la mala conducta del árbitro resultaba evidente viendo la postura de la parte en las negociaciones. El árbitro en cuestión admitió que había revelado la decisión, por entender que el caso había terminado. La consecuencia fue que el árbitro tuvo que ser sustituido y el caso reabierto.

No debería, por tanto, una de las partes comunicarse con los árbitros (ni con el que ella ha designado) para hacerle manifestaciones sobre el proceso, ni para contrastar posiciones ni, mucho menos, para dar indicación alguna al árbitro en cuestión. Y recíprocamente, no deben hacerlo los árbitros en conjunto ni individualmente unilateralmente con una de las partes o con sus abogados.

Como señalan las Reglas Éticas de la IBA para árbitros internacionales²¹, durante el procedimiento arbitral, el árbitro debe evitar las comunicaciones unilaterales sobre el caso con cualquiera de las partes o sus representantes. Si tuvieran lugar tales comunicaciones, el árbitro debe informar a la otra parte o partes y a los restantes árbitros.

No obstante la prohibición general de comunicaciones unilaterales con las partes, los Códigos de Conducta de buenas prácticas arbitrales tienden a hacer una excepción respecto a la posible comunicación del árbitro designado por una parte con la parte que le nombró (o con sus letrados) para la elección del Presidente del Tribunal, normalmente a designar por los árbitros nombrados por las partes²². El objetivo de esa comunicación debe limitarse precisamente a discutir la posible lista de candidatos a Presidentes, con la única óptica de valorar la existencia de conflictos de interés, la disponibilidad del árbitro o cualesquiera otras circunstancias que puedan afectar a la idoneidad de los distintos candidatos (*v.gr.*, idiomas, experiencia arbitral, áreas de experiencia, etc.).

Las Reglas Éticas de la IBA para árbitros internacionales²³ prevén que si un árbitro nombrado por una parte es requerido para participar en la designación de un tercer árbitro o Presidente, está permitido (aunque no es exigible) que obtenga el punto de vista de la parte que le ha nombrado sobre la aceptabilidad de los candidatos que sean objeto de consideración. Igualmente se contempla así en el Código Ético de la ABA/ASA para árbitros en disputas comerciales²⁴.

Así se refleja también en las “Recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros” del Club Español de Arbitraje, que dispone, bajo la rúbrica “Prohibición de comunicaciones unilaterales con las partes”, que:²⁵

“1. Toda información relativa al arbitraje que el árbitro revele a una parte y que no sea de carácter meramente instrumental deberá ser comunicada de inmediato a la otra parte.

²¹ IBA: “*Rules of Ethics for International Arbitrators*”, ap. 5.3.

²² Vid. *Queen Mary University of London. School of International Arbitration: “2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process”*, que pone de manifiesto que un 74% de los encuestados aceptan la comunicación en este caso.

²³ IBA: “*Rules of Ethics for International Arbitrators*”, ap. 5.2.

²⁴ *American Bar Association / American Arbitration Association: “The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes”*, Canon III. (B) (2), p. 7.

²⁵ Club Español del Arbitraje: “Recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros”, ap. 18.

2. Durante el arbitraje ningún árbitro mantendrá comunicación oral o escrita relativa al arbitraje con ninguna de las partes ni con sus abogados sin conocimiento del resto del Colegio arbitral y, en el caso de los co-árbitros, sin autorización previa del Presidente. Se exceptúan los intercambios de información entre las partes y los co-árbitros que éstas hubieran designado, relativos a la selección y designación del Presidente del colegio arbitral”.

También el Informe del Grupo de Trabajo del Club Español de Arbitraje sobre la independencia de los árbitros²⁶ excluye del deber de no comunicación con las partes las “consultas entre un árbitro y la parte que lo designó, relacionadas con la elección del árbitro presidente”.

También en el “2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process”²⁷ se pone de manifiesto que un 74% de los encuestados está a favor de la comunicación de la parte con el árbitro que la misma ha nombrado en relación a la elección y nombramiento de quien deba actuar como Presidente del Tribunal Arbitral.

III. Reglas especiales en el caso de sociedades cotizadas

Aunque no está dicho en ningún lugar, la obligación de confidencialidad puede chocar con la obligación de transparencia que tienen las sociedades cotizadas que deben informar de mercado de todo hecho relevante para la continuación de las mismas y ese puede ser el caso de un arbitraje en que incida en su situación patrimonial (*vid.* art. 82²⁸ Ley del Mercado de Valores).

²⁶ Club Español del Arbitraje: “La independencia de los árbitros”. Informe del Grupo de Trabajo creado por el Club, p. 6.

²⁷ *Vid. Queen Mary University of London. School of International Arbitration: “2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process”.*

²⁸ Art. 82: *Consideración de información relevante, obligados a difundirla y publicidad*

1. Se considerará información relevante toda aquella cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario.

2. Los emisores de valores están obligados a hacer pública y difundir, en los términos que reglamentariamente se establezcan, inmediatamente al mercado toda información relevante. Asimismo remitirán a la Comisión Nacional del Mercado de Valores esa información para su incorporación al registro oficial regulado en el art. 92 de esta Ley.

3. La comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores deberá hacerse simultáneamente a su difusión por cualquier otro medio y tan pronto como sea conocido el hecho, se haya adoptado la decisión o firmado el acuerdo o contrato con terceros de que se trate. El contenido de la comunicación deberá ser veraz, claro, completo y, cuando así lo exija la naturaleza de la información, cuantificado, de manera que no induzca a confusión o engaño. Los emisores de valores difundirán también esta información en sus páginas de internet. No obstante, cuando la información relevante pueda perturbar el normal desarrollo de las operaciones sobre los valores del emisor o poner en peligro la protección de los inversores, el emisor deberá comunicar la información relevante, con carácter previo a su publicación, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que la difundirá inmediatamente.

4. Un emisor podrá, bajo su propia responsabilidad retrasar la publicación y difusión de la información relevante cuando considere que la información perjudica sus intereses legítimos, siempre que tal omisión no sea susceptible de confundir al público y que el emisor pueda garantizar la confidencialidad de dicha información. El emisor informará inmediatamente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.(...)”.

Por ello, cuando el arbitraje afecta a una sociedad cotizada, puede venir obligada a dar a conocer el mercado la existencia misma de arbitraje y en su caso el resultado del mismo, aunque creemos que debería respetar en la medida de lo posible la confidencialidad del arbitraje y las informaciones que puedan obtenerse a través de dicho procedimiento. Es decir, podrá informar al mercado del resultado del arbitraje –en cuanto que ello puede afectar al precio de cotización de sus acciones– pero no revelar otros extremos innecesarios.

Así, la Carta circular 9/1997 dirigida a los Presidentes de todas las Sociedades Cotizadas en Bolsa, a los Presidentes de las Sociedades Rectoras de las Bolsas y a los Presidentes de todas las Entidades de Valores incluía un anexo de ejemplos de hechos significativos según el cual:

“Las entidades emisoras deben asumir que cualquier decisión o hecho que previsiblemente pueda influir en los elementos que a continuación se relacionan, ha de considerarse como hecho relevante. Es de resaltar que no debe ser objeto de comunicación cualquiera de los elementos que a modo indicativo, a continuación se relacionan sino únicamente que los que sean significativos, es decir, que puedan influir de forma sensible en la cotización de las acciones.

(...)

d. Otros eventos reglados de comunicación, de información al mercado, a inversores y a accionistas, tales como:

(...)

conclusión de procesos judiciales o administrativos y sentencias o resoluciones firmes que afecten al patrimonio o a los negocios y actividades de la entidad emisora”.

Aunque la naturaleza y existencia misma de esas Cartas Circulares era discutida, la idea de fondo era y es perfectamente válida: hay que informar al mercado de la conclusión de procesos judiciales o administrativos –*y arbitrales*– y sentencias o resoluciones firmes –incluyendo laudos– que afecten al patrimonio o a los negocios y actividades de la entidad emisora²⁹.

IV. Reglas especiales en determinados arbitrajes (de inversiones, etc.)

El artículo seis del reglamento de CIADI establece

“(2) En la primera sesión del Tribunal o antes, cada árbitro firmará una declaración cuyo texto será el siguiente: “A mi leal saber y entender no hay razón alguna por la que no deba servir en el Tribunal de Arbitraje constituido por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones con respecto a la diferencia entre (...) y (...). Reglas de Arbitraje 109 “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”.

²⁹ Ejemplos de hechos relevantes sobre laudos se pueden encontrar en: i) Banco de Santander sobre el laudo sobre CEPESA: <http://www.santander.com/csgs/StaticBS?ssbinary=true&blobtable=MungoBlobs&blobkey=id&SSURIsscontext=Satellite+Server&blobcol=urldata&SSURIcontainer=De+fault&SSURIsession=false&blobwhere=1278680845795&blobheader=application%2Fpdf&SSURIpptype=BlobServer>. ii) Gas Natural, sobre su arbitraje con Sonatrach: [http://www.gasnaturalfenosa.com/servlet/ficheros/1297093022454/20100816_Finalizael procedimientoarbitralentre Gas NaturalFenosa y Sonatrach,12.pdf](http://www.gasnaturalfenosa.com/servlet/ficheros/1297093022454/20100816_Finalizael%20procedimientoarbitralentre%20Gas%20NaturalFenosa%20y%20Sonatrach.12.pdf).

Sin embargo, como señala Silva Romero:

“Según el deseo de quienes reclaman transparencia y la práctica reciente de tribunales arbitrales internacionales de inversión, la transparencia, según su primera acepción de ausencia de confidencialidad, observaría dos manifestaciones. En primer lugar, la transparencia daría un derecho a terceros, ciudadanos o público en general, a conocer lo que está ocurriendo en un arbitraje internacional de inversiones en el que un Estado es demandado y que concierna el interés público. Este derecho puede ser ejercido, nos parece, durante el arbitraje y después del mismo. Durante el arbitraje, el derecho de conocimiento, según lo que se puede leer hoy día en tratados, reglamentos de arbitraje, decisiones arbitrales y el proyecto de anexo sobre la confidencialidad de la CNUDMI, concierna la existencia del arbitraje, la posibilidad de leer los documentos intercambiados durante la instancia arbitral y la posibilidad de asistir a las audiencias. Después del arbitraje, las mismas fuentes señaladas indican que las partes tienen un derecho a la publicación del laudo arbitral. Cuando se habla de transparencia, mucho se insiste en las bondades de la publicación de los laudos arbitrales proferidos en arbitrajes internacionales de inversión. 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 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”³⁰.

V. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de confidencialidad

En principio no existe una regla general que establezca consecuencias para supuestos de incumplimiento de la obligación de confidencialidad. Dependerá de la circunstancia concreta, pero la regla general debe ser la de responsabilidad de quien efectivamente incumpla la obligación correspondiente.

En algunos casos extremos, esa obligación de confidencialidad cuyo incumplimiento se atribuye a los árbitros o a una de las partes podría esencialmente dar origen a la anulación del laudo.

J.C. Fernández Rozas señala que la confidencialidad es tan consustancial al arbitraje que su violación por parte del árbitro o de la entidad administradora puede dar lugar no sólo a una acción en tribunales competentes en su contra sino hasta la nulidad del laudo, si se demuestra que dicha violación denota un incumplimiento del servicio profesional con respecto a las partes³¹. También algunos reglamentos facultan al correspondiente tribunal arbitral a adoptar las medidas que estime convenientes para penalizar a los letrados que no actúen lealmente. Esas medidas van desde la imposición de multas a ser objeto de valoración negativa a efectos de la decisión que se adopte en laudo final respecto de las costas del arbitraje.

³⁰ Cf. E. Silva Romero, “Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional”, *Lima Arbitration*, n° 5, 2012/2013, pp. 35 ss, esp. 49.

³¹ Cf. J.C. Fernández Rozas, *loc. cit.* p. 336.

Bibliografía

- BARONA VILLAR, S (coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson Civitas, 2004.
- CAIVANO ROQUE, J.: “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”, *Lima Arbitration*, n° 4 2010 / 2011, pp. 119 ss.
- JARROSSON, Ch. y PELLERIN, J.: “Le droit français de l’arbitrage après le décret du 13 janvier 2011”, *Rev. arb.*, 2011, pp. 5 ss.
- DESSEMONTET, F.: “Arbitration and Confidentiality”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 7, 1996, pp. 299 ss.
- EKPETE, A.: “To What Extent is the Confidentiality of Arbitration Sancrosanct?”, *CAR (CEPMLP Annual Review)*, vol. 14, 2009/2010.
- ETTEH, N.: “Is Confidentiality a Necessity for International Arbitration?”, *CAR (CEPMLP Annual Review)*, vol. 14, 2009/2010.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, n° 2, 2009.
- GAILLARD, E.: “Le principe de la confidentialité de l’arbitrage commercial international”, *Recueil Dalloz*, 1987.
- KASTER, L.: “Confidentiality in U.S. Arbitration”, *New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 15, n° 1.
- LAZAREFF, S.: “Confidentiality and Arbitration: Theoretical and Philosophical Reflections”. *Supplément spécial du Bulletin 2009 de la Chambre de Commerce Internationale (CCI)*, p. 90.
- LAW BUSINESS RESEARCH: Getting the deal through: “Arbitration in 55 jurisdictions worldwide 2011”.
- MERINO MERCHÁN, J.F. : “Confidencialidad y arbitraje”, *Spain Arbitration Review*, n°. 2, 2008.
- PAULSSON, J.: “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, *ICSID Review*, vol. 25, n° 2, 2010, pp. 339–355.
- QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION: “2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process”.
- REMY, A.: *L’Arbitrage International, entre Confidentialité et Transparence*, Mémoire rédigé sous la direction de Madame le Professeur Marie Goré, 2013. http://idc.u-paris2.fr/sites/default/files/alice_remy.pdf.
- SILVA ROMERO, E.: “Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional”, *Lima Arbitration*, n° 5, 2012/2013, pp. 35 ss
- THOMSON, C. y FINN, A.M.K.: “Confidentiality in arbitration: a valid assumption? A proposed solution”, *Dispute Resolution Journal*, vol 62, n° 2, 2007.
- UDOBONG UDUAK EMEM: “Confidentiality in International Arbitration: How valid is this Assumption?”, *CAR (CEPMLP Annual Review)*, 2008/2009.