

## La confidencialidad en la práctica de exhibición de documentos de los arbitrajes internacionales

Mariana Arena\*  
(Uruguay)

### I. Introducción [\[arriba\]](#)

Para la gran mayoría de los operadores jurídicos y las empresas, una de las características propias del arbitraje es la confidencialidad que tiene el proceso, en el cual, salvo casos excepcionales, toda la documentación, prueba testimonial y pericia que se ventilen queda en el foro de las partes y los árbitros, sin trascender la información a terceros ni difundirse en prensa.

Justamente, importantes empresas eligen pactar el arbitraje como forma de dilucidar sus posibles controversias, seleccionado el Centro Arbitral[1] encargado del proceso que, entre sus servicios, le asegure la salvaguardia de la confidencialidad. Asimismo, las propias partes pueden -al amparo de la autonomía de voluntad- incluir en el propio Acuerdo Arbitral que el proceso será confidencial, o estarse a la regulación de confidencialidad que regule el Reglamento de Arbitraje al que las partes deciden someterse, o en última instancia se estará a la regulación que dispongan las partes junto con el Tribunal Arbitral al elaborarse la primera orden procesal.

En cuanto a la regulación por el propio Acuerdo Arbitral, la práctica nos indica que al momento de su redacción es apropiado considerar los intereses de las partes, la o las materias implicadas, la elección del Centro Arbitral y el Reglamento al que se someterán, en lo posible también la elección de la Sede Arbitral, composición del Tribunal Arbitral, la ley aplicable y el idioma. Con esto, no pretendemos dar a entender que si algún elemento falta, el Acuerdo Arbitral no sea válido ni similar.

Sin embargo, es real que cuando surgen las controversias, lograr luego un consenso sobre estos aspectos entre las partes -que están en enemistad- es más complicado. Véase que se pueden generar dilaciones, necesidad de recurrir a la justicia ordinaria[2], recusaciones, entre otras dificultades. Todas estas razones nos confirman la importancia de detenerse unos minutos al redactar el Acuerdo Arbitral.

Por otro lado, una contracara a la confidencialidad se da en el seno de los arbitrajes internacionales de inversión[3]. Si bien no son objeto del presente trabajo, resulta apropiado tener presente que en ellos prima la transparencia, en tanto una de las partes siempre es un Estado, y por ello los laudos son públicos (al menos extractos de ellos, remitimos la regla 48 (4) y regla 22 del Reglamento CIADI), es una clara excepción a la regla, que merece ser recordada[4].

Retomando entonces el eje de este trabajo, el análisis central se desarrollará en la confidencialidad dentro de la instancia de exhibición de documentos (discovery) en el arbitraje comercial internacional, también conocida como instancia Redfern[5]. En concreto, estudiaremos las regulaciones que existen sobre la confidencialidad (en particular en las Reglas de Prueba de la IBA[6]) durante la exhibición de documentos, las actitudes de las partes, las potestades del Tribunal Arbitral, abusos y remedios que podemos encontrar y debemos evaluar en cada caso concreto que se nos presente.

## II. Qué es la confidencialidad y cómo está regulada [\[arriba\]](#)

Para poder analizar la confidencialidad durante la instancia de exhibición de documentos en el arbitraje comercial internacional, es necesario comprender qué se entiende por confidencialidad y definir su alcance.

En ese sentido, podemos encontrar distintas definiciones aportadas por la doctrina que se enfocan justamente en conceptualizar la confidencialidad como un auténtico “derecho” de las partes de que no se revele nada de lo que acontezca en el procedimiento arbitral, lo que la diferencia de la noción de “privacidad” en el arbitraje, que se limita a la posibilidad que tienen las partes de prohibir la presencia de personas ajenas a dicho procedimiento (Rozas, 2009).

Algunos proponen la definición distinguiendo la confidencialidad de la privacidad[7], en esa línea el distinguido árbitro Gary Born expresó:

“It is important to distinguish between “privacy” and “confidentiality” in international arbitration. “Privacy” is typically used to refer to the fact that, under virtually all national arbitration statutes and institutional rules, only parties to the arbitration agreement -and not third parties- may attend arbitral hearings and otherwise participate in the arbitral proceedings. The privacy of the arbitration serves to prevent interference by third parties in the arbitral process (for example, by making submissions in the arbitration or by seeking to participate in the arbitral hearing), as well as to protect the parties’ confidences against disclosure to third parties.

In contrast, “confidentiality” is typically used to refer to the parties’ asserted obligations not to disclose information concerning the arbitration to third parties. Obligation of confidentiality extend not only to prohibiting the disclosure to third parties attending the arbitral hearings, but also to prohibiting the disclosure to third parties of hearing transcripts, as well as written pleadings and submissions in the arbitration, evidence adduced in the arbitration, materials produced during disclosure and the arbitral award (s).

Y, en pocas palabras, Born destaca que: The confidentiality of the arbitral proceedings serves to centralize the parties’ dispute in a single forum and to facilitate an objective, efficient and commercially-sensible resolution of the dispute, while also protecting the parties’ confidences from disclosure to strangers (Born, 2009).

Es evidente que la confidencialidad caracteriza al arbitraje, si bien es cualidad implícita del arbitraje comercial internacional, la tendencia actual es a su regulación de forma de salvaguardar la seguridad que las partes requieren al someterse al arbitraje, y que por ella misma es una de las razones que lo eligen por sobre la justicia ordinaria.

En ese sentido, existen disparidades en las regulaciones que incluyen las diferentes jurisdicciones sobre la confidencialidad en el arbitraje, algunas son más detalladas en cuanto a qué implica la información confidencial y otras omiten pronunciarse al respecto (como es el caso de las leyes de Arbitraje Comercial Internacional de Uruguay y de Argentina[8]).

A modo de ejemplo, la ley relacionada con los Contratos de Mediación y Arbitraje de Marruecos especifica que la deliberación entre los árbitros es confidencial, mientras que la Ley de la República Checa establece que la obligación de confidencialidad incluye los hechos revelados durante el desempeño de su función (Ajibo, 2015).

Asimismo, legislaciones en países como Nueva Zelanda[9], España[10] y Hong Kong[11], han modificado su ley de arbitraje, propendiendo por la confidencialidad como regla procedimental, salvo consentimiento en contrario de las partes.

En paralelo, también varios Centros de Arbitraje han incluido dentro de sus reglamentos reglas tendientes a proteger la confidencialidad de sus procesos arbitrales. A modo de ejemplo, encontramos regulada la confidencialidad -algunas a mayor detalle- en los siguientes reglamentos: London Court of International Arbitration (LCIA)[12], Stockholm Chamber of Commerce (SCC)[13] y International Center for Dispute Resolution[14]. En la International Chamber of Commerce (ICC) a pesar de no incluirse la obligación dentro del reglamento, los tribunales han concluido generalmente que el arbitraje es implícitamente confidencial.

Así las cosas, 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 partes. Incluso aunque no exista un acuerdo expreso de confidencialidad entre las partes y pese a que el reglamento aplicable, si es que existe, no lo determine exactamente, la doctrina y la práctica reconocen que tal postulado debe respetarse de manera implícita (Rozas, 2009).

En consecuencia, la confidencialidad del arbitraje es las más de las veces una presunción de los árbitros, de las instituciones arbitrales o de las partes cuando no haya sido reconocida expresamente en el Acuerdo Arbitral o en el reglamento de arbitraje.

Sin embargo, en la actualidad se plantean dos posturas al respecto, por un lado, se posiciona quienes están a favor de la confidencialidad como una obligación implícita de todo arbitraje y, por otro lado encontramos a quienes pregonan en la necesidad de pactar expresamente la confidencialidad si se pretende aplicar en el arbitraje, veremos a continuación a mayor detalle ambas posiciones.

Aquellos operadores jurídicos[15] que se posicionan a favor de la confidencialidad como un mecanismo/obligación implícito/a en todos los acuerdos arbitrales y entienden que justamente esta es una de las razones por las que las empresas y sociedades comerciales deciden elegir al arbitraje como el foro ideal para la resolución de los asuntos comerciales internacionales.

En particular, los tribunales ingleses recogen esta condición de obligación implícita de la obligatoriedad; en esa línea se planteó en el caso *Dollings-Backer vs Merrett* (1990, 1205 C.A.), en el cual el Tribunal de Apelaciones entendió que la obligación implícita de confidencialidad aplicaba a los documentos preparados para y usados durante el arbitraje, creados o divulgados durante el curso del arbitraje, o transcripciones o notas de las pruebas en el arbitraje o el laudo así como las pruebas que hayan sido ofrecidas por cualquier testigo en el arbitraje[16].

Por otro lado, como veíamos antes, hay quienes entienden que la obligación de confidencialidad debe estar prevista ya sea por las partes en el Acuerdo Arbitral, en las reglas de arbitraje aplicables, por el Tribunal Arbitral al dictaminar la orden procesal inicial[17].

En esta línea, a modo de ejemplo, la ley noruega aborda el tema de la confidencialidad descartándola explícitamente, en tanto, el capítulo 1 de las Disposiciones Generales de la Ley de Arbitraje de 2004 establece por defecto el principio de que, a falta de acuerdo en contrario entre las partes, “la confidencialidad no aplica al arbitraje”, y específicamente a los procedimientos arbitrales y a las decisiones adoptadas por el Tribunal Arbitral (Ajibo, 2015).

En definitiva, si bien existe este debate en cuanto a si la confidencialidad es implícita o si requiere ser expresamente pactada, lo claro es que el arbitraje comercial internacional se caracteriza por salvaguardar la confidencialidad, y que por dicha razón -aunque no es la única- las empresas eligen dilucidar sus controversias mediante arbitraje.

### **III. Regulación de la confidencialidad en la instancia de exhibición de documentos** [\[arriba\]](#)

La instancia de exhibición de documentos suele ocurrir luego de que las partes han presentado su Memorial de Demanda y su Memorial de Contestación (eventualmente con demanda de reconvención)[18], junto a los cuales han aportado por sí los documentos de que se valen para fundar sus pretensiones. La exhibición de documentos se refiere a la cuestión de hasta qué punto una de las partes puede exigir a la otra que presente documentos.

En el caso del Reglamento de Arbitraje de la CCI veremos que no contiene disposiciones específicas respecto a esta etapa de exhibición de documentos[19], dejando la decisión sobre la misma y su alcance al criterio de las partes y de los árbitros, en el entendido de que las partes sean tratadas de manera justa e imparcial y que cada parte tenga una oportunidad suficiente para presentar su caso. Cuando la exhibición de documentos se lleva a cabo, la manera en la que se ejecuta el procedimiento y el nivel de producción pueden tener un impacto significativo en el tiempo y costo del arbitraje (ICC, 2018).

Ahora bien, la exhibición de documentos se incluye con frecuencia en la mayoría de los arbitrajes, y al respecto suelen las partes ponerse de acuerdo con el Tribunal Arbitral (quien decidirá en caso de no existir consenso entre las partes) de que dicha instancia se regirá por las Reglas sobre Prueba de la IBA[20] o podrían elegir las Reglas de Praga[21]. Todo lo anterior, generalmente se materializa a detalle en la primer orden procesal que ordena todo el proceso arbitral. Incluso, en algunos casos el Tribunal Arbitral anexa junto a la orden el modelo de tabla Redfern[22] que deberán usar las partes para la exhibición de documentos.

Al respecto, 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 (Rozas, 2009).

Tanto las Reglas IBA como las Reglas de Praga han regulado la confidencialidad para esta etapa de exhibición de documentos. Veremos el grado de detalle a continuación, comenzando por las Reglas IBA.

En primer lugar, el art. 3 (12)[23] de las Reglas IBA, establece claramente que todos los documentos producidos por una parte o una no parte en un procedimiento de arbitraje continuarán siendo confidenciales y su uso se limita exclusivamente al arbitraje.

En cuanto a la admisibilidad de los documentos, el artículo 9 de las Reglas IBA faculta al Tribunal de eximir a una parte de la entrega de un documento por “e. motivos de confidencialidad comercial o técnica que el Tribunal Arbitral considere de peso suficiente”, véase que la confidencialidad está circunscrita a los criterios comerciales o técnicos y en ambos casos deberá ser por un peso suficiente, es decir que no vale con simplemente alegar este motivo, sino que deberá probarse.

Asimismo, el Tribunal Arbitral también posee la facultad de tomar medidas necesarias para salvaguardar la confidencialidad[24]. El espíritu de las Reglas IBA es, justamente, la protección de la confidencialidad y, en particular, de los documentos.

Por su parte, en las Reglas de Praga se regula la confidencialidad de forma más genérica en el art. 4.8, en los siguientes términos: El Tribunal Arbitral y la otra parte mantendrán la confidencialidad de cualquier documento que sea aportado o exhibido por una parte en el arbitraje y que no sea de dominio público, y solo podrá utilizarse en relación con ese arbitraje, salvo en la medida en que una parte sea requerida por la ley aplicable para su divulgación.

En ambas Reglas queda de manifiesto la intención de proteger los documentos al amparo de la confidencialidad y que su uso se extralimita al procedimiento arbitral, con alguna salvedad puntual.

#### **IV. Abusos de la confidencialidad en la exhibición de documentos [\[arriba\]](#)**

Ahora bien, pese a que la confidencialidad está salvaguardada bajo las Reglas IBA y las Reglas de Praga y que, también dentro de la orden procesal o en el Acuerdo Arbitral se podría incluir una previsión concreta sobre la confidencialidad, lo que no cabe ninguna duda es que la confidencialidad es nota caracterizante del arbitraje.

Igualmente, la confidencialidad puede convertirse en un arma de doble filo: por un lado, otorga a las partes seguridad en el trato de los documentos que se intercambian a lo largo del procedimiento arbitral, pero, por el otro lado -y en concreto, en la exhibición de documentos-, la confidencialidad puede actuar de escudo para ocultar información relevante.

Con esto último, referimos a la posible situación que la parte a que se le solicitan documentos se oponga alegando que en los documentos solicitados (ej. un contrato, adenda) exista una cláusula de confidencialidad que le exime de presentar la documentación, esta invocación puede emplearse o no con intención de ocultar información, ello se deberá evaluar en cada caso concreto.

En ese escenario, se deberá analizar el alcance la cláusula de confidencialidad en que pretenda excusarse la parte que la invoca para evitar entregar el o los

documentos implicados. Este análisis será crucial y podrá referir al mismo la parte solicitante en caso de que exista una columna prevista para réplica, de lo contrario se deberá aguardar al examen que realice el Tribunal Arbitral para tomar la decisión al respecto.

En este estudio del alcance de la cláusula de confidencialidad que, usualmente se encuentran en la mayoría de los contratos, resulta relevante poner el foco en la previsión de que el contrato (y ver qué más aspectos de la relación alcanza, ej. comunicaciones, notas, facturas intercambiadas entre las partes, o si sólo remite al contrato) este sujeto a confidencialidad salvo que la contraparte emita su consentimiento[25]. Cuando ello ocurra, la parte que invoca debería excusarse en la referida cláusula y acreditar que ha solicitado a la otra parte el consentimiento para aportar el o los documentos al arbitraje y que, esa parte haya expresado su negativa a consentir el uso de los documentos confidenciales en el procedimiento arbitral. No basta con sólo invocar la cláusula de confidencialidad, pues en la misma cláusula existe una excepción (que la contraria preste el consentimiento) y en tal caso es elemental probar haber experimentado la excepción y no haber tenido éxito.

Véase que, si la contraria demuestra haber agotado la posibilidad de entregar el documento, pero no logra por una cuestión externa (la negativa de la contraparte en ese documento) denota un actuar apegado a la buena fe. Sin embargo, en aquellos supuestos en que sólo se invoca la cláusula[26] sin acreditar ningún intento cuando fuera posible obtener el consentimiento de un tercero, sin probar que éste se haya negado unilateralmente a proporcionar los documentos, deja en evidencia una conducta corruptiva de la verdad que, veremos a continuación, puede conllevar a consecuencias negativas en tanto existen remedios tendientes a desalentar este tipo de conducta.

## **V. Remedios para evitar y/o desalentar abusos en la confidencialidad [\[arriba\]](#)**

Como viene de exponerse, puede ocurrir que una parte se ampare bajo una cláusula de confidencialidad para evitar entregar documentos que pueden llegar a ser relevantes para el procedimiento arbitral. En esta línea, cuando la parte no acredita haber agotado sus posibilidades para entregar el o los documentos solicitados deja entrever una actitud que puede ser reprochada en el procedimiento arbitral y arrastrar consecuencias negativas.

En ese sentido, resulta aplicable la Regla 26 del Código Bishop/Stevens la cual sostiene que la parte que se oponga a la producción de un documento lo haga de forma honesta, y que no oculte o trate de ocultar documentos en un intento de engañar al Tribunal Arbitral y/o a la contraparte sobre la existencia o relevancia de tales documentos (M., 2017).

En consecuencia, cuando nos encontremos ante una intención de ocultar los documentos se podrá reprochar tal conducta, la que será considerada por el Tribunal Arbitral en dos instancias:

i) al valorar la prueba, así ocurrió en el laudo final del caso CCI n° 15583 que el árbitro examinó el hecho de que el demandado no exhibiera ciertos documentos, configuraba una actitud que conllevaba a que los Tribunales Arbitrales pudieran establecer inferencias negativas (o adverse inferences), remitiendo a aquellos casos en los que la documentación o información se encuentra bajo el control exclusivo

de la parte que se niega a exhibir tal documentación (ICC Dispute Resolution Bulletin, 2016); y,

ii) al momento de determinar la imposición de las costas, así fue que ocurrió en el laudo final del caso CCI n° 16695, en el cual el demandado se negó a presentar determinados documentos y en el que se produjo la incomparecencia de dos de los testigos del demandado en la audiencia, llevaron a que el árbitro concluyera que debían imponerse las costas del arbitraje al demandado por su falta de colaboración en la práctica de pruebas propuestas (ICC Dispute Resolution Bulletin, 2016). Esto también está expresamente regulado en el art. 9.7 de las Reglas IBA[27].

Asimismo, esta actitud que estamos refiriendo también podría tener consecuencias para los abogados de la parte representada en el litigio que despliega ese accionar contrario a la buena fe y la colaboración que deberían primar en la instancia de exhibición de documentos.

En este sentido, debemos remitir a las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional[28], si bien como ya hemos referido anteriormente se trata de principios de “soft law” -por lo tanto serán aplicables en la medida que así se acuerde por las partes o lo recoja el Tribunal Arbitral en la primer orden procesal-, contienen una serie de sanciones que resultarían aplicables para aquellos casos en que los abogados incurran en conductas indebidas que impliquen violaciones de las previsiones contenidas en las Directrices.

En concreto, las Directrices 26 y 27 refieren a Medidas contra Conducta Indebida y se prevé que en caso de que el Tribunal Arbitral constatare una conducta indebida por parte de un representante de parte podrá:

- (a) amonestar al Representante de Parte;
- (b) hacer inferencias apropiadas al evaluar las pruebas utilizadas por el Representante de Parte o los argumentos legales expuestos por el Representante de Parte;
- (c) considerar la Conducta Indebida del Representante de Parte al momento de distribuir los costos del arbitraje, indicando, en caso de ser apropiado, cómo y en qué medida la Conducta Indebida del Representante de Parte lleva al Tribunal a determinar una distribución de costos diferente;
- (d) tomar cualquier otra medida que sea necesaria a efectos de preservar la justicia e integridad del procedimiento.

Y, seguidamente, se detallan una serie de actos que configuran una conducta indebida, entre los mismos encontramos: (a) la necesidad de preservar la integridad y justicia del procedimiento arbitral y la ejecutabilidad del laudo; (...) (d) la buena fe del Representante de Parte; (e) consideraciones relevantes de confidencialidad y de secreto profesional; aspectos que, claro está se vinculan a las hipótesis que venimos analizando de conductas intolerantes durante la exhibición de documentos.

A mayor abundamiento, en los comentarios a dichas directrices se sostiene que: El Tribunal Arbitral debe buscar aplicar la medida, o combinación de medidas, más apropiadas, tomando en consideración la naturaleza y gravedad de la Conducta Indebida, la buena fe del Representante de Parte y de la Parte a la que representa,

el impacto de la medida en los derechos de las Partes y la necesidad de preservar la integridad, efectividad y justicia del arbitraje, así como la ejecutabilidad del laudo[29].

Asimismo, se aclara que: La Directriz 27 establece una lista de factores que no es exhaustiva ni obligatoria, sino que refleja un ejercicio de equilibrio general para ser llevado a cabo al momento de resolver cuestiones de Conducta Indebida por parte de un Representante de Parte, con la finalidad de asegurar que el arbitraje se desarrolle de manera justa y apropiada[30].

Estas Directrices como también se refleja en las Reglas IBA de prueba que ya analizamos tienen por finalidad que el procedimiento arbitral se desarrolle de manera justa y adecuada, manteniendo la integridad y prevaleciendo la justicia.

Concomitantemente, recordamos que el Tribunal Arbitral además de estas facultades de imponer posibles sanciones tanto en el procedimiento como al representante de la parte, mantiene la posibilidad de acuerdo con las propias Reglas IBA a adoptar las medidas necesarias para permitir la presentación de la prueba (artículo 9.4) con lo cual podría exigir a la parte que se escuda en la cláusula de confidencialidad que agote correctamente la vía, debiendo buscar el consentimiento del tercero.

También, el Tribunal podría inferir que el documento o prueba no presentado es contrario a los intereses de la parte que se opone a su presentación (conforme arts. 9.5. y 9.6).

En fin, son varios los remedios regulados que buscan evitar y/o desalentar abusos en la instancia de exhibición de documentos y que, se transportan a las conductas reprochables -que analizamos anteriormente- respecto de la artimaña de la cláusula de confidencialidad como escudo para ocultar información.

## **VI. Conclusiones** [\[arriba\]](#)

En modo de síntesis, la confidencialidad es una nota distintiva del procedimiento arbitral que lleva a las partes a elegir este mecanismo para la resolución de disputas. El alcance de la confidencialidad se verá limitado en menor o mayor medida según el caso concreto que nos toque.

Asimismo, la confidencialidad se puede convertir en un arma de doble filo durante la instancia de exhibición de documentos, si una parte abusa de invocación como escudo para negar la entrega de documentos, porque podría resultar del análisis del caso que sea un escudo para ocultar información.

Lo importante, es que este tipo de conducta es reprochable y el Tribunal podrá imponer sanciones en diverso tipo (inferencias negativas, imposición de las costas del proceso, sanciones al representante de parte) y/o, asimismo, el Tribunal tiene mecanismos que lo facultan a compeler a la contraria a que entregue los documentos que se niega a hacerlo.

La razón de lo anterior reside en que la exhibición de documentos tiene por única finalidad conocer la verdad y que prevalezca la justicia.



## Bibliografía [\[arriba\]](#)

Ajibo, K. I. (2015). 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, Número 2., 212-238.

Born, G. (2009). *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer.

ICC Dispute Resolution Bulletin, I. 1. (2016). *Extracts from ICC Case Material on the Taking of Evidence with References to IBA Rules*. Paris: ICC.

ICC, C. d. (2018). *Conducción Eficaz del Arbitrajes*. París, Francia: ICC.

M., M. F. (2017). La conducta del abogado y la práctica de la prueba en el Arbitraje Internacional. En M. J. Menéndez Arias, *Anuario de Arbitraje* (págs. 349-365). Pamplona: Thomson Reuters.

Rozas, J. C. (2009). Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial. *Arbitraje*, vol II., N° 2, 335-378.

## Notas [\[arriba\]](#)

\* *Abogada. Diplomada en Arbitraje por la Universidad Austral. Diplomada en Contratos y Litigios Internacionales en la Universidad Austral. Cursando Maestría en Derecho (LL.M.) con orientación en Arbitraje, Litigios Y Contratos. Ayudante de Profesor de Derecho Comercial, Societario y del Empresario en la Facultad de Ciencias Económicas y de Administración en la Universidad de la República de Uruguay. Miembro de INSOL. Miembro de Women Way in Arbitration (WWA) LATAM. Asociada en estudio jurídico Hughes & Hughes (Montevideo).*

[1] Aquí es necesario tener presente que en los acuerdos arbitrales no siempre determinan el Centro Arbitral, lo cierto es que la cláusula que contiene el Acuerdo Arbitral suele conocerse en el foro como “cláusula de media noche”, y es que al momento de cerrar los contratos los focos están otras cláusulas. Así, el Acuerdo Arbitral queda relegado al punto de que - generalmente - se realiza un “copie y pegue” de otro contrato que contenga la cláusula sin detenerse en la importancia de regular el Acuerdo Arbitral bajo algunos lineamientos básicos que aseguren los intereses principales para dicha instancia eventual.

[2] En aquellos sistemas en que mantiene el compromiso arbitral como ocurre en el Código General del Proceso de Uruguay -art. 477-, aplicable a los arbitrajes domésticos.

[3] En concreto, ni el Convenio ni las Reglas de Arbitraje del CIADI contienen una presunción general de confidencialidad o transparencia aplicable a las partes. Por el contrario, las partes pueden adaptar el nivel de confidencialidad o transparencia a sus procedimientos, pero lo cierto es que la tendencia actual es a la transparencia, en tanto como vimos una de las partes siempre es un Estado. Asimismo, las partes llegan a un acuerdo respecto de la información y los documentos que quieren mantener en reserva, el mismo suele ser firmado por las partes y adoptado por el Tribunal mediante una resolución. El acuerdo puede

autorizar a cualquiera de las partes a clasificar documentos como confidenciales, en todo o en parte, a ser utilizados exclusivamente en el contexto del arbitraje. También puede permitir la edición de partes de documentos incorporados al procedimiento o emitidos por el Tribunal antes de que se pongan a disposición del público.

En forma similar, las partes podrían acordar un mayor nivel de transparencia en el procedimiento. A modo de ejemplo, durante la primera sesión del Tribunal, las partes pueden acordar publicar documentos o considerar su publicación según el caso. También pueden acordar permitir el acceso público a audiencias a través de transmisiones por Internet o videos o en persona (Regla 32(2) de las Reglas de Arbitraje). El CIADI publica una notificación anticipada de las audiencias abiertas al público y detalles relativos al acceso a dichas audiencias. En tales circunstancias, se adoptan medidas a fin de salvaguardar información privilegiada o protegida (por ejemplo, mediante la suspensión de la transmisión de una parte de la audiencia que trata información sensible). Para mayor información remitimos a: <https://icsid.worldbank.org/es/servicios/arbitraje/convenio/proceso/la-confidencialidad-transparencia>

[4] En ese sentido, se expresa que se produce un proceso dialéctico entre confidencialidad y transparencia que incide de manera muy particular en el arbitraje comercial internacional (pues si bien todo arbitraje internacional de inversiones necesariamente involucra un Estado, ello no excluye que mediante un arbitraje comercial internacional si dilucide una contienda entre un particular y un Estado, en particular, esto último suele ser usual en aquellos casos en que no existe un TBI) y, sobre todo, cuando una de las partes involucradas en un litigio es un Estado. La sola presencia de éste puede justificar la aparición del “interés público” e incluir la balanza en favor de esta última (Rozas, 2009).

[5] En honor a su creador Alan Redfern. Se trata de una tabla creada para facilitar el funcionamiento de esta instancia de exhibición de documento, desarrollaremos este punto más adelante.

[6] International Bar Association, es una organización internacional compuesta por operadores jurídicos, colegios profesionales de abogados y asociaciones de derecho de diferentes nacionalidades, reconocida a nivel internacional y cuyas prácticas y recomendaciones se consideran “soft law” y son elegidas por las partes en gran cantidad de arbitrajes.

[7] Esta distinción se puede ver reflejada en el artículo 28 (3) del Reglamento de la CNUDMI donde se señala que la audiencia arbitral debe ser privada pero omite especificar claramente el grado y alcance la confidencialidad. En consecuencia, lo que se protege es la privacidad pero no la confidencialidad. Recordemos que este reglamento tiene una influencia especial dado que diversos países redactan sus leyes inspiran en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

[8] Ley N° 19.636 y Ley 27.449, respectivamente.

[9] New Zealand Arbitration Act, art. 14: “an arbitration agreement, unless otherwise agreed by the parties, is deemed to provide that the parties shall not publish, disclose, or communicate any information relating to arbitral proceedings under the agreement or to an award made in those proceedings”, (el resaltado no presente en el original).

[10] Ley de arbitraje de España. Ley 60/2003. art. 24 (2) “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 resaltado no presente en el original).

[11] Hong Kong Arbitration Ordinance, art. 18: “Unless otherwise agreed by the parties, no party may publish, disclose or communicate any information relating to (a) the arbitral proceedings under the arbitration agreement; or (b) an award made in those arbitral proceedings”, (el resaltado no presente en el original).

[12] Art. 30 - Confidencialidad: 30.1 Salvo acuerdo por escrito expreso en contrario de las partes, éstas, como principio general, se comprometen a mantener la confidencialidad de todos los laudos dictados en el curso del arbitraje, así como la de toda la documentación obrante en el procedimiento y la de cualesquiera otros documentos presentados por otra parte litigante que no sean de dominio público, salvo y en la medida en que su revelación sea consecuencia de la solicitud de una parte en ejercicio de su legítimo derecho para perseguir o proteger cualquier derecho o ejecutar o recurrir cualquier laudo de buena fe ante un juzgado competente o ante cualquier otra autoridad judicial. 30.2 Asimismo, las deliberaciones del Tribunal Arbitral son confidenciales entre sus miembros, salvo y en la medida en que, de conformidad con los arts. 10, 12 y 26 de este Reglamento, se requiera su revelación de los miembros del Tribunal Arbitral para justificar el rechazo de un árbitro a participar en el arbitraje. 30.3 La Corte de la LCIA no publica -ni total, ni parcialmente- ningún laudo sin el previo consentimiento de todas las partes y del Tribunal Arbitral.

[13] Art. 3 - Confidencialidad: Salvo acuerdo en contrario de las partes, la CCE, el Tribunal Arbitral y cualquier secretaria/o administrativa/o del Tribunal Arbitral deberán mantener la confidencialidad del arbitraje y del laudo.

Artículo 9 - Procedimientos: La CCE mantendrá la confidencialidad del arbitraje y del laudo y actuará durante el arbitraje de forma imparcial, eficiente y expedita.

[14] Art. 22 - Información Privilegiada: El Tribunal Arbitral tomará en cuenta los principios de privilegios aplicables como, por ejemplo, los que comprendan la confidencialidad de comunicaciones entre abogado y cliente. Cuando las partes, sus abogados, o sus documentos estén sujetos a normas distintas de acuerdo con el derecho aplicable, el tribunal podrá, en la medida de lo posible, aplicar las mismas reglas a todas las partes, dando preferencia a las reglas que otorguen el mayor nivel de protección.

[15] En ese sentido, véase: Alan Redfern y Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (Londres: Sweet & Maxwell 2004) y D Edward, *Confidentiality in arbitration: fact or fiction?* (2001) 4 (3) *Int'l Arb Journal* 94-95. Y, a nivel jurisprudencial, remitimos al caso *Science Research Council vs Nasse* [1980] AC 1028 HL, respecto a la intención de las partes de elegir el arbitraje en virtud de la confidencialidad.

[16] Esta postura también se ha seguido por Francia, Suiza y Alemania que siguen la condición de la confidencialidad como una obligación implícita en todos los acuerdos arbitrales.

[17] Al respecto, véase *Oxford Shipping Co. Ltd vs Nippon Yusen Kaisha* [1984] 2 *Lloyd's rep.* 373 y *G. Aita vs A.ojeh, C.A. París*, 18 de febrero de 1986, *Rev. Arb.* 583.

[18] Puede ser pertinente en algunos casos, y así deberá plantearlo la parte interesada, que se produzca esta instancia previa a la presentación de los Memoriales, debiendo dicha parte argüir las razones en qué se basa para solicitar documentos en posesión de la contraria antes de lo usualmente previsto, deberá demostrar que los mismos resultan imprescindibles para preparar la demanda, o su destrucción en caso que se dilate, etc.

[19] En concreto, el Artículo 19 del Reglamento permite que las partes acuerden los procedimientos que se van a seguir y faculta al Tribunal Arbitral a decidir en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo al respecto. El Artículo 22(4) requiere que el Tribunal Arbitral garantice que cada parte tenga una oportunidad suficiente para exponer su caso. El Artículo 25(1) establece que el Tribunal Arbitral debe instruir la causa por cualesquiera medios apropiados y el Artículo 25(5) le permite requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales.

[20] Aprobadas el 29 de mayo de 2010. También, se pueden incluir las recomendaciones del informe de la Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI sobre el

control del tiempo y de los costos en el arbitraje y/o el informe de la Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI sobre la gestión de la producción de documentos.

[21] Las mismas parten de la premisa de la adopción de un enfoque de derecho civil en el desarrollo del procedimiento arbitral, en base al cual el Tribunal Arbitral goza de facultades inquisitoriales y de instrucción más amplias.

[22] Consiste en una tabla en la que se describe mediante columnas los puntos controvertidos de los documentos solicitados. Al respecto, conforme surge del art. 52 del Informe sobre el Control del Tiempo y Costos en el Arbitraje de la ICC, esta lista/tabla debe constar con cuatro columnas que versen sobre: (i) la identificación del documento o categoría de documentos solicitados, (ii) una breve descripción de las razones de cada solicitud, (iii) un resumen de las objeciones de la otra parte a la presentación del documento y (iv) se deja en blanco para la decisión del tribunal sobre cada solicitud. Asimismo, se suele incluir una quinta columna previa a la decisión del tribunal para que la parte solicitante realice su réplica a las contestaciones que arroja la contraparte.

[23] Que expresa: Todos los documentos presentados por una Parte de conformidad con las Reglas IBA sobre Pruebas (o por alguien que no sea Parte de conformidad con el Artículo 3.8), serán mantenidos por el Tribunal Arbitral y por las demás Partes bajo confidencialidad y sólo podrán usarse en relación con el arbitraje. El Tribunal Arbitral podrá expedir órdenes para establecer los términos de esta confidencialidad. Este requisito tendrá lugar sin perjuicio de las demás obligaciones de confidencialidad en el arbitraje.

[24] Conforme art. 9 (3) que reza: El Tribunal Arbitral podrá, cuando lo estime oportuno, tomar las medidas necesarias para permitir que las pruebas a ser analizadas queden sujetas a una adecuada protección de confidencialidad.

[25] A modo ejemplo, referimos a cláusulas que expresen: “Se considerará confidencial la información que el Contratista, sus subcontratistas y cualquier dependiente conozca como consecuencia de la ejecución del presente Contrato. Ninguna información confidencial será revelada a ningún tercero sin el consentimiento expreso de ... (incluir el nombre del cliente en el contrato o puede expresar la contraparte)”; en la misma línea: “not to disclose it to third parties without the prior written consent of the other Party”.

[26] Debería al menos mostrar el contenido de cláusula, sólo invocar que existe sin acreditar los términos de la cláusula es aún peor. Pues, en esta última hipótesis ni siquiera tenemos certeza de que exista la cláusula de confidencialidad, lo cual deja en evidencia una intención clara de la parte en ocultar información. Recordemos que la exhibición de documentos tiene por única finalidad conocer la verdad y que prevalezca la justicia.

[27] En concreto, el artículo establece: “Si el Tribunal Arbitral determina que una Parte no se ha conducido de buena fe en la práctica de la prueba, el Tribunal Arbitral podrá, adicionalmente a cualquiera otra medida que estuviera a su disposición bajo estas Reglas, tomar en cuenta ese incumplimiento al tiempo de distribuir los costos del arbitraje, incluyendo los costos resultantes o relacionados con la práctica de prueba”.

[28] Aprobadas el 25 de mayo de 2013 por resolución del Consejo de la IBA.

[29] Directrices 26 y 27, pág. 16.

[30] Directrices 26 y 27, pág. 16. Asimismo, es importante tener en cuenta que: antes de imponer cualquier medida en relación con una supuesta Conducta Indebida, es importante que el Tribunal Arbitral le dé a las Partes y al Representante acusado el derecho de ser oídos en relación con las alegaciones formuladas (en este sentido es expresado en los comentarios de las Directrices). Lo anterior es una clara salvaguardia al debido proceso que debe prevalecer en todo procedimiento arbitral.