

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Procesal

Límites de la obligación de confidencialidad en el arbitraje

María del Mar Peña Ordóñez

Tutora: María Elena Jara Vásquez

Quito, 2021

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra No comercial Sin obras derivadas	
---	---	---

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, María del Mar Peña Ordóñez, autora de la tesis intitulada “Límites de la obligación de confidencialidad en el arbitraje”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster Profesional en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

10 de abril de 2022

Firma: _____

Resumen

Con frecuencia se presupone que el arbitraje es confidencial. Sin embargo, la realidad nos esclarece que no siempre se debe asumir la confidencialidad arbitral, a pesar de haberse pactado expresamente. Esta tesis plantea como objetivos principales el establecer el alcance de la obligación de confidencialidad en el arbitraje, así como examinar cuáles son los límites que se presentan en el derecho comparado. Para ello, se efectúa un análisis de las diferentes tendencias doctrinarias, revisando la legislación nacional e internacional, así como la jurisprudencia arbitral más connotada, que aborda la obligación de confidencialidad en materia arbitral y sus supuestos de excepción. El debate doctrinario en el derecho comparado ha sido extenso, respecto a si la confidencialidad arbitral es una obligación implícita o no, y por otro lado si caben límites al deber de confidencialidad, que obligarían a la revelación, cuando se involucra de por medio el orden público y esa necesidad social de una mayor transparencia, poniendo en entredicho aspectos fundamentales del arbitraje, en el cual queda claro que como en toda regla se plantean interesantes excepciones.

Palabras claves: confidencialidad, arbitraje, obligación implícita, convenio arbitral, límites, transparencia

A mi familia:

A mis padres, por enseñarme el mejor legado de vida, que a través del trabajo y la
dedicación todas las metas se alcanzan;

a mis maravillosos hijos Victoria y Leonardo, mis amores y razón de ser;
a Jeffry, por caminar y compartir siempre juntos este increíble viaje de vida.

Agradecimientos

Agradezco a María Elena Jara, mi tutora y maestra, por su invaluable guía y aporte durante el decurso de esta tesis.

Agradezco también a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y especialmente a mis profesores por su dedicación y compromiso en las clases impartidas.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero: Alcances de la obligación de confidencialidad en el arbitraje	17
1. Privacidad y confidencialidad.....	17
2. La inclusión de la obligación de confidencialidad en los convenios arbitrales	23
2.1. La obligación de confidencialidad del árbitro	26
2.2. Obligación de confidencialidad de la institución arbitral	30
2.3. Obligación de confidencialidad de los abogados de partes	33
2.4. Obligación de confidencialidad de terceras personas vinculadas al arbitraje.....	34
2.5. Obligación de confidencialidad de funcionarios judiciales ante la interposición de la acción de nulidad del laudo arbitral	36
3. Consecuencias ante el incumplimiento de la obligación de confidencialidad.....	38
4. Niveles de responsabilidad de los árbitros.....	41
5. Responsabilidad penal del árbitro.....	45
6. Responsabilidad disciplinaria del árbitro.....	47
Capítulo segundo: Límites a la obligación de confidencialidad.....	50
1. Supuestos de excepción a la obligación de confidencialidad en el derecho internacional.....	52
1.1. Por existencia de acuerdo entre las partes	53
1.2. Cuando la Corte haya dado la orden o haya autorizado la revelación.....	54
1.3. Cuando sea necesaria la revelación de información para precautelar los intereses legítimos de una de las partes en el arbitraje	55
2. Excepciones de orden natural	61
3. Excepciones justificadas en razones de orden público	64
3.1. Excepción justificada en el interés público.....	64
3.2. Excepción fundamentada en el interés de la justicia	73
4. Límite a la obligación de confidencialidad por publicidad del laudo.....	75
5. Tendencias normativas	77
6. Criterios para el mejoramiento de reglamentos locales	85
Conclusiones.....	89
Bibliografía.....	93

Introducción

Uno de los elementos característicos y a la vez más debatidos en el arbitraje es la obligación de confidencialidad.¹ Las partes suelen optar por el arbitraje frente a un litigio, buscando en muchos casos, la confidencialidad arbitral. Sin embargo, el considerar que por la naturaleza privada del arbitraje, los conflictos entre las partes permanecerán en la esfera de la confidencialidad, no puede darse por sentado.

En el derecho comparado, el debate doctrinario ha sido extenso, respecto a si esta obligación de confidencialidad es implícita o no, así como si se debe mantener la confidencialidad y la privacidad, en la búsqueda por una mayor transparencia.

No existe consenso doctrinario, ni jurisprudencial en materia arbitral. Las diferentes legislaciones abordan la confidencialidad de distintas maneras, como se analizará.

Así, habiéndose pactado la obligación de confidencialidad implica el deber de los árbitros, de las partes y de todos los sujetos que tienen acceso a las actuaciones arbitrales, a no revelar y mantener la privacidad y confidencialidad de la información que conozcan.

Ahora bien, con la confidencialidad en el arbitraje se propende en la actualidad a perseguir también el deber de transparencia² que tienen las partes, y especialmente los árbitros, estableciéndose potenciales inconvenientes, respecto a los límites o excepciones al deber de confidencialidad que pudieran presentarse en el proceso arbitral, cuando se involucra el orden público³ en asuntos de relevancia como la salud pública, o el medio ambiente, en el que se deba precautelar intereses superiores cuando se involucra al Estado.

Para ello resulta indispensable el plantearse la siguiente interrogante ¿cuál es el alcance de la obligación de confidencialidad del árbitro y de todos los sujetos involucrados en el proceso arbitral, frente a situaciones de excepción que puedan presentarse, tales como aquellas que involucran el interés público? Interesante cuestionamiento, que será analizado en los siguientes capítulos y que nos brindará una

¹ Kenneth Ajibo, “La confidencialidad en el arbitraje internacional: Suposiciones de la obligación implícita y una propuesta de solución”, *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional* 3, n.º 2 (2015): 212, <https://biblat.unam.mx/hevila/Revistalatinamericanadederechocomercialinternacional/2015/vol3/no2/3.pdf>.

² Eduardo Silva, “De la obligación de confidencialidad en el arbitraje internacional y materias aledañas”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 5 (2014): 147.

³ *Ibíd.*, 154.

perspectiva de las diferentes tendencias normativas y jurisprudenciales en el derecho comparado, así como las distintas soluciones que han encontrado los países, que se considera de trascendencia su análisis, frente a los cuestionamientos que han surgido en el arbitraje ecuatoriano.

Para efectos de este trabajo, el capítulo primero abarca el establecimiento de los alcances de la obligación de confidencialidad en el arbitraje, indicándose que aspectos del arbitraje son confidenciales y cuáles privados. Se aborda también a quiénes obliga el deber de confidencialidad, así como las consecuencias ante el incumplimiento de la obligación de confidencialidad y los niveles de responsabilidad de los árbitros, frente a potenciales casos de incumplimiento.

Por otro lado, el segundo capítulo incorpora los límites a la obligación de confidencialidad, se abordarán también los supuestos de excepción a la obligación de confidencialidad en el arbitraje comercial internacional, tales como la existencia de acuerdo entre las partes, cuando la Corte haya autorizado la revelación, cuando sea necesaria la revelación de información para precautelar los intereses legítimos de una de las partes en el arbitraje, así como las excepciones de orden natural que se producen, tornándose el procedimiento arbitral de manera inmediata en público.

Asimismo, existen también límites a la obligación de confidencialidad justificados en razones de orden público, que para efectos de analizar la problemática han sido subdivididos, en excepciones justificadas en el interés público, así como en excepciones fundamentadas en el interés de la justicia.

En relación con las excepciones al deber de confidencialidad a examinarse, se revisará en esta tesis la jurisprudencia arbitral más trascendente, haciendo especial mención a los casos australianos, ingleses y estadounidenses.

Adicionalmente, se revisará también como límite a la obligación de confidencialidad la publicidad del laudo.

Respecto a las tendencias normativas se analizará en el derecho comparado si se pronuncian o guardan silencio respecto a la confidencialidad las diferentes legislaciones arbitrales, así como los reglamentos de los centros de arbitraje tanto a nivel nacional como internacional.

Asimismo, y tomando en consideración las ventajas que ofrece la confidencialidad en el arbitraje, en la búsqueda de una posible solución a esta controversial temática, se propondrá la creación de criterios para el mejoramiento de los reglamentos locales.

Así las cosas, la necesidad de análisis y discusión de la conducta que deben adoptar todos los sujetos involucrados en el proceso arbitral, así como las situaciones de excepción al deber de confidencialidad, son temas que se revisarán en esta tesis y que aportarán una interesante perspectiva de la confidencialidad arbitral en la actualidad.

Capítulo primero

Alcances de la obligación de confidencialidad en el arbitraje

La obligación de confidencialidad, dada la naturaleza privada del arbitraje y que la misma está vinculada con el deber de guardar reserva, ha generado importantes cuestionamientos a nivel doctrinario. Las discrepancias en el tratamiento legislativo de la confidencialidad han profundizado aún más el debate.

Este capítulo tiene como objetivo establecer los alcances de la obligación de confidencialidad, para lo cual se partirá de establecer la distinción entre el principio de privacidad y confidencialidad. Se abordará también la relevancia de la inclusión de la obligación de confidencialidad en los convenios arbitrales, así como a quiénes obliga este deber de confidencialidad, el cual afecta a los sujetos intervinientes en el procedimiento arbitral, y lo complejo que puede resultar, en muchas ocasiones, el sujetar a los involucrados a una obligación de confidencialidad.

Se analizará también las consecuencias ante el incumplimiento de la obligación de confidencialidad y los niveles de responsabilidad de los árbitros, tanto en la esfera penal como disciplinaria.

1. Privacidad y confidencialidad

La distinción entre el principio de privacidad y el principio de confidencialidad se remonta a los últimos años de la década de 1980. Hasta entonces, las partes que acudían al arbitraje para resolver sus conflictos no diferenciaban entre confidencialidad y privacidad, sino que se entendía que eran conceptos similares entre sí. Era muy usual afirmar que el arbitraje obligaba implícitamente a las partes que intervenían en el proceso arbitral a mantener la confidencialidad, sin poner en tela de duda la normativa, ni que dicha confidencialidad podía llegar a vincular también a todas las personas que tienen acceso a las actuaciones arbitrales.

La temática ha merecido una amplia revisión a nivel jurisprudencial, la cual ha servido de análisis, para establecer los alcances y límites del principio de confidencialidad.

El debate respecto a la confidencialidad se remonta al proceso Oxford Shipping Co. Ltd. en contra de Nippon Yusen Kaisha, en el cual se estableció “que es implícito que los extraños estén excluidos de las audiencias y del desarrollo del proceso, y que nadie, ni siquiera el tribunal, podría decidir respecto a audiencias abiertas ni consolidadas referente a otro proceso, a pesar de ser conveniente y estar relacionadas estas disputas”.⁴ Con este fallo se garantiza que ningún tercero extraño al proceso arbitral pudiera tener acceso al mismo, a menos que las partes, así lo hayan establecido. En este primer caso, se evidencia que los árbitros asemejaron la confidencialidad del arbitraje con la privacidad de las audiencias.

Posteriormente, la jurisprudencia dentro del caso Dolling Baker en contra de Merrett varió su criterio señalando que “la confidencialidad fue creada y deriva de la privacidad en el arbitraje”.⁵ Es decir, en esta sentencia la confidencialidad y la privacidad comienzan poco a poco a distinguirse como conceptos diferentes. Así, la tendencia en materia de arbitraje internacional comercial dio un importante giro hacia establecer que tanto la confidencialidad como la privacidad se tratan de conceptos distintos, en el controvertido fallo australiano *Eso Australia Resources Ltd. vs Sidney James Plowman* que señala:

La privacidad de una audiencia de arbitraje no es un fin en sí mismo; seguramente, solo existe para mantener la confidencialidad de la disputa que las partes acordaron someter a arbitraje [...] Cualquier aspecto de la divulgación a terceros infringiría la privacidad del arbitraje. Por lo tanto, si una de las partes es libre de revelar a la prensa o medio de comunicación el progreso del arbitraje y la evidencia presentada en el curso, la noción de privacidad no tiene sentido.⁶

Consecuentemente, la confidencialidad en el arbitraje confiere un derecho a las partes, para que ninguna persona vinculada al procedimiento arbitral revele nada de lo que suceda en el mismo, lo que marca una clara diferencia del concepto de privacidad o reserva en el arbitraje, que se limita a que las partes puedan prohibir la presencia de personas extrañas a dicho proceso arbitral.⁷

⁴ Enrique Miguel Chávez Bardales, “Nuevas perspectivas sobre la privacidad y confidencialidad en el arbitraje comercial internacional”, *Revista Lima Arbitration*, n.º 3 (2008-2009): 242.

⁵ Ileana Smeureanu, *Confidentiality in International Commercial Arbitration* (Gran Bretaña: Wolters KluwerLaw & Business, 2011), 2; traducción propia.

⁶ *Ibid.*, 3; traducción propia.

⁷ José Carlos Fernández Rozas, “Trayectoria y contorno del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Revista de Arbitraje Comercial e Inversiones* 2, n.º 2 (2009): 338, https://eprints.ucm.es/id/eprint/9258/1/TRAYECTORIA_Y_CONTORNOS_DEL_MITO_DE_LA_CONFIDENCIALIDAD.pdf.

En ese sentido, la privacidad garantiza que no hayan terceros extraños dentro del proceso arbitral, permitiendo con ello la realización de las audiencias, la recepción de testimonios de testigos, expertos, etc., sin que terceras personas pudieran colocar en una situación perjudicial a alguna de las partes y al proceso arbitral, *per se*.

En el derecho comparado, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en el artículo 26, numeral 3 establece que “salvo autorización del tribunal arbitral y de las partes, personas no involucradas en el procedimiento no serán admitidas”.⁸ Así, en el mencionado reglamento se puede establecer como elemento de la privacidad que al momento de la celebración de una audiencia dentro de un proceso arbitral, ningún tercero extraño al arbitraje puede ingresar.

El Decreto Legislativo que norma el arbitraje en el Perú, en el artículo 42, numeral 3 señala que “salvo acuerdo distinto de las partes o decisión del tribunal arbitral, todas las audiencias y reuniones serán privadas”.⁹

En esa línea, resulta relevante la revisión del caso Honeywell Boll S.A. en contra de Computación Bull de Venezuela C.A., en el cual Honeywell Boll S.A. interpuso como fundamento de un recurso de anulación que “el secretario del tribunal había ‘interferido’ durante la audiencia de dos días sobre la disputa”,¹⁰ utilizando como argumento que se habría violado el principio de privacidad. Sin embargo el Tribunal de Apelación de París señaló que “se le permitió al tribunal nombrar un secretario y Honeywell no había explicado cómo habría interferido en el procedimiento en circunstancias que serían más perjudiciales para Bull que para su oponente”,¹¹ interesante laudo en el que la Corte de Apelación de París descartó el motivo “en la sentencia entendiendo que no se había producido una violación de las reglas esenciales del procedimiento”.¹²

Ahora bien, por confidencialidad se entiende el deber de las partes, los árbitros y en general, todas las personas que tienen acceso al proceso arbitral para que no revelen ningún tipo de información del arbitraje, concepto que lo diferencia de la privacidad, que como ya se ha analizado radica en esa garantía de que personas ajenas a las actuaciones

⁸ Francia, *Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, 1 de enero de 2021, art. 26.3, <https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2021/01/ICC-2021-Arbitration-Rules-english-version.pdf>; traducción propia.

⁹ Perú, *Decreto Legislativo N°1071 que norma el arbitraje*, Diario Oficial El Peruano, 28 de junio de 2008, art. 42, num. 3, <http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/ogaj/archivos/DL-1071.pdf>.

¹⁰ J William, Rowley QC, “The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards”, *Law Business Research Ltd.* (2019): 61, <https://www.loyensloeff.com/media/479898/belgium.pdf>; traducción propia.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Fernández Rozas, “Trayectoria y contorno del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, 339.

arbitrales tengan acceso al procedimiento arbitral. De ahí deviene la importancia con la que cuenta la privacidad, ya que ésta no tendría sentido si, en forma posterior a las terminaciones de las actuaciones arbitrales, cualquiera de las partes, pudiera dar a conocer las mismas.¹³ Con ello es claro que una posibilidad la aplicación de la otra.

La confidencialidad es un elemento de singular importancia dentro del arbitraje y en el cual hay que tomar en consideración que no siempre se encuentra reconocido en los diferentes países.

Dentro del caso *Ali Shipping en contra de Shipyard Trogir*, la corte británica reconoció que existe implícito un deber de confidencialidad en el arbitraje, así como confirmó que las actuaciones procesales dentro del procedimiento arbitral, salvo muy pocas excepciones, debían permanecer confidenciales.¹⁴

La corte británica también señaló que esa obligación de confidencialidad contaba con ciertas limitaciones, tales como el consentimiento de las partes para revelar el material que se produzca dentro del proceso arbitral, por una orden de la corte, por autorización de la corte, y por necesidad razonable para la protección de los legítimos intereses de las partes.¹⁵

Por otro lado, el fallo *Eso Australia Resources Ltd. en contra de Sidney James Plowman*¹⁶ colocó al deber de confidencialidad en amplio debate a nivel internacional al refutar la existencia de la confidencialidad implícita, sin perjuicio de reconocer la autonomía privada del arbitraje, y que éste no era confidencial.¹⁷ Esta jurisprudencia arbitral se abordará en el Segundo Capítulo de esta tesis, como una de las bases a los límites a la obligación de confidencialidad justificadas en razones de orden público y de transparencia.

Por otro lado existe jurisprudencia con criterios contrarios, en que se niega la existencia de una obligación de confidencialidad implícita, sin perjuicio de la existencia

¹³ Chávez Bardales, “Nuevas perspectivas sobre la privacidad y confidencialidad en el arbitraje comercial internacional”, 245.

¹⁴ Smeureanu, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, 43.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, “Decisión del 19 de diciembre de 1997”, *Caso Ali Shipping Corporation vs. Shipyard Trogir*, 19 de diciembre de 1997, párr.8-11, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a938b4060d03e5f6b82bcf0>.

¹⁶ Corte Suprema de Australia, “Decisión del 7 de abril de 1995”, *Caso Eso Australia Resources Ltd v. The Honorable Sidney James Plowman and Others*, 7 de abril de 1995, [https://staging.hcourt.gov.au/assets/publications/judgments/1995/013--ESSO_AUSTRALIA_RESOURCES_LTD_AND_OTHERS_v_THE_HONOURABLE_SIDNEY_JAMES_PLOWMAN_AND_OTHERS--\(1995\)_128_ALR_391.html](https://staging.hcourt.gov.au/assets/publications/judgments/1995/013--ESSO_AUSTRALIA_RESOURCES_LTD_AND_OTHERS_v_THE_HONOURABLE_SIDNEY_JAMES_PLOWMAN_AND_OTHERS--(1995)_128_ALR_391.html)

¹⁷ Silva, “De la obligación de confidencialidad en el arbitraje internacional y materias aledañas”, 147.

de la cláusula arbitral, conforme lo planteó la decisión del tribunal arbitral, dentro del caso Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. en contra de A.I. Trade Fin Inc.¹⁸

Como consecuencia de estos dos fallos, la comisión de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional decidió convocar a un grupo de trabajo para revisar específicamente la obligación de confidencialidad en el arbitraje comercial internacional. Sin perjuicio de que el reporte de la comisión de arbitraje no llegara a ser publicado, recomendó “no incluir una cláusula de confidencialidad en el Reglamento de Arbitraje de la CCI, y dejar que este tema fuera regulado por la voluntad de las partes y las leyes nacionales en materia de arbitraje”.¹⁹

Así por ejemplo, las partes que se acogen a los reglamentos de centros de arbitrajes internacionales, tales como la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA),²⁰ de la Asociación Japonesa de Arbitraje Comercial (JCAA),²¹ así como las reglas de arbitraje de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI)²² deben establecer en sus cláusulas arbitrales el deber de confidencialidad.

Asimismo, existen diferentes soluciones legislativas a nivel internacional, para abordar la confidencialidad. Por un lado nos encontramos con leyes que no mencionan a la confidencialidad, otras que la establecen de manera general y las que intentan establecer los casos de excepción que se pudieran presentar.²³ Por eso, los intervinientes dentro de un proceso arbitral deben tener en cuenta lo que dispone la normativa del lugar donde se desarrolla el procedimiento arbitral, lo que establecen las reglas del centro de arbitraje, así como la propia cláusula arbitral.

Dentro de la primera corriente que no menciona el deber de confidencialidad se encuentra la normativa arbitral en países tales como Panamá, Colombia y Honduras. En esta corriente se encuentran también países como Estados Unidos e Inglaterra, que a pesar de que en su legislación arbitral no menciona esa obligación de confidencialidad, sus cortes como se analizará, se han visto avocadas a resolver sobre si resulta implícita o no la confidencialidad en materia arbitral, en importantes casos de relevancia internacional

¹⁸ *Ibíd.*, 143.

¹⁹ *Ibíd.*, 143-4.

²⁰ Inglaterra, *Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres*, 1 de octubre de 2014, art. 30, https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx.

²¹ Japón, *Reglamento de Arbitraje Comercial de la Asociación de Arbitraje Comercial de Japón*, 1 de Julio de 2021, art. 42, <https://www.jcaa.or.jp/en/arbitration/rules.html>.

²² Suiza, *Reglamento de arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, 1 de enero de 2020, art. 75, <https://www.wipo.int/amc/es/arbitration/rules/>.

²³ Roque Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”. *Revista Lima Arbitration*, n.º 4 (2010-2011): 120.

que han dado paso a este debate. Finalmente, en cuanto a Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación que fuera publicada en el Registro Oficial 145, 4 de septiembre de 1997,²⁴ y su posterior codificación²⁵ publicada en el Registro Oficial 417, 14 de diciembre de 2006, en el artículo 34 no establece la obligación de confidencialidad como una característica implícita del arbitraje en Ecuador, sino que faculta a las partes para así establecerla.

En la legislación arbitral ecuatoriana tampoco se menciona el principio de privacidad, siendo éste un elemento sustancial de todo proceso arbitral. Con lo cual al momento las partes tienen libertad, salvo pacto en contrario, en excluir este principio.

Dentro de la segunda corriente nos encontramos a países tales como España, Venezuela y Francia, en los que se refieren a la confidencialidad de manera general. Así, el artículo 24 de la Ley 60-2003 de Arbitraje en España establece “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”.²⁶ Como se advierte en este caso se instaura la confidencialidad estableciéndola como un principio de obligatorio cumplimiento para todos los involucrados en el proceso arbitral. La Ley Comercial de Arbitraje de Venezuela aborda a la confidencialidad en el artículo 42 señalando que “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”.²⁷

En la tercera corriente se encuentran los países con legislaciones modernas en materia arbitral que buscan normar los casos de excepción que se presentan,²⁸ tales como Singapur,²⁹ Australia,³⁰ y Perú.³¹ Bolivia con su última reforma a la Ley 708 incluyó supuestos específicos ubicándolo también en esta tercera categoría.³²

²⁴ Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, Registro Oficial 145, 4 de septiembre de 1997, art. 34.

²⁵ Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, Registro Oficial 417, 14 de diciembre de 2006, art. 34.

²⁶ España, *Ley 60-2003 de Arbitraje*, Boletín Oficial del Estado 309, 23 de diciembre de 2003, art. 24, n.º 2, <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>.

²⁷ Venezuela, *Ley de Arbitraje Comercial*, Gaceta Oficial 36.430, 7 de abril de 1998, art. 42, <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Venezuela-Ley%20de%20Arbitraje%20Comercial.pdf>.

²⁸ Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”, 121.

²⁹ Singapur, *Ley de Arbitraje Internacional*, Ley 38-2001, 1 de noviembre de 2001, art. 25, <https://sso.agc.gov.sg/Act/IAA1994>.

³⁰ Australia, *Ley de Arbitraje Internacional*, Acto 136-1974, 9 de diciembre de 1974, art. 23, lit. d, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2011C00342>.

³¹ Perú, *Decreto Legislativo N°1071 que norma el arbitraje*, Diario Oficial El Peruano, 28 de junio de 2008, art. 51, <http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/ogaj/archivos/DL-1071.pdf>.

³² Bolivia, *Ley 708 de Conciliación y Arbitraje*, Gaceta Oficial 770 NEC, 25 de junio de 2015, art. 8, <https://web.senado.gob.bo/sites/default/files/LEY%20N%C2%B0%20708-2015.PDF>.

En el siguiente capítulo de esta tesis se abordará a profundidad las nuevas tendencias normativas, así como las excepciones a la obligación de confidencialidad. A priori señalaremos que el deber de confidencialidad se encuentra normado a nivel latinoamericano en las legislaciones arbitrales de Bolivia y Perú y que las mismas han dado un paso adelante reglamentando excepciones justificadas en razones de orden público.

En el caso del Perú, están obligados a guardar confidencialidad todas las partes que tienen acceso al proceso arbitral, esto es el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales. Estableciendo la normativa una diferenciación entre privacidad y confidencialidad, señalando que las audiencias y reuniones serán privadas.³³

Como se advierte la obligación de guardar confidencialidad es la norma, plateándose excepciones en el artículo 51 del decreto legislativo peruano “cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial”.³⁴ En Bolivia se establece en su Ley de Conciliación y Arbitraje como excepciones a dicho deber de confidencialidad cuando “1. Estén comprometidos los intereses del Estado, caso en el cual, la información será entregada a la Procuraduría General del Estado. 2. Existan indicios de comisión delictiva, caso en el cual, la información será entregada mediante requerimiento fiscal u orden judicial”.³⁵

2. La inclusión de la obligación de confidencialidad en los convenios arbitrales

Entrando al análisis de la obligación de confidencialidad, es indispensable señalar que las partes pueden prever contractualmente en el convenio arbitral la información o documentación que se mantendrá confidencial en un procedimiento arbitral.

En innumerables casos, la confidencialidad resulta imprescindible para precautelar que se hagan públicas prácticas comerciales de empresas, situaciones financieras, secretos de las compañías, etc. que pudieran dañar o perjudicar, como

³³ Perú, *Decreto Legislativo N°1071 que norma el arbitraje*, art. 42, n.º 3, <http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/ogaj/archivos/DL-1071.pdf>.

³⁴ *Ibid.*, art. 51.

³⁵ Bolivia, *Ley 708 de Conciliación y Arbitraje*, Gaceta Oficial 770 NEC, 25 de junio de 2015, art. 8, <https://web.senado.gob.bo/sites/default/files/LEY%20N%C2%B0%20708-2015.PDF>.

consecuencia de la publicidad a una de las partes y de ahí deviene la necesidad de establecerlo en la cláusula arbitral.

Como es evidente, resulta usual que las partes establezcan la confidencialidad de manera expresa en el convenio arbitral o remitiendo también a la ley que se aplicará en el arbitraje, pudiendo ser la de un país en específico o también aplicando las reglas arbitrales de un centro de arbitraje, que de pactar el mismo irá implícita la obligación de confidencialidad, tal es el caso por ejemplo de pactarse el artículo 30 literal a) del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA)³⁶ o el artículo 75 literal a) del Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), en los cuales se prevé la confidencialidad y el no divulgamiento de información a terceros, “salvo si se ve obligada por la ley o por una autoridad competente”.³⁷

En ese sentido, es posible señalar que existen algunas leyes a aplicar en caso de existir dudas respecto a la confidencialidad de no haberse pactado, tales como la ley que del país donde se suscribió el convenio arbitral, la *lex arbitri*, la *lex fori* e inclusive la ley aplicable al contrato principal, sobre todo en materia de arbitraje comercial internacional. No obstante, luego de este detalle de las posibilidades de leyes que se pudieran aplicar a la confidencialidad, resulta claro que se pueden presentar riesgos, al no estar expresamente pactadas las reglas a aplicarse.

Resulta común que las partes inserten dentro del convenio arbitral un clausulado específico que haga referencia a la confidencialidad o que remita a las normas del centro arbitral que establezca la obligación de confidencialidad en sus reglamentos. Esto último, brinda como beneficio para las partes que al pactarse remisión a las reglas de un centro arbitral, si dentro de sus normas se encuentra incorporada la obligación de confidencialidad, ésta constituirá parte del convenio arbitral.

Lo cierto es que en muchas ocasiones las partes omiten un clausulado específico que prevea la confidencialidad, así como muchos centros arbitrales tampoco lo acogen en sus reglamentos.

En este punto el cuestionamiento que se plantea radica en que en caso de no existir una disposición expresa que prevea la confidencialidad y se haya omitido la misma en el

³⁶ Inglaterra, *Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres*, 1 de octubre de 2014, art. 30, lit. a, https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx.

³⁷ Suiza, *Reglamento de arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, art. 75, lit. a.

convenio arbitral suscrito por las partes, existiría o no una obligación implícita de confidencialidad.

Esta pregunta a nivel doctrinario presenta un amplio debate. En Inglaterra y en Singapur es ampliamente aceptado ese deber implícito de confidencialidad en ausencia de pacto expreso; sin embargo, en Australia y Estados Unidos es lo opuesto y debe constar claramente expresado. En países como Francia y Suiza aún no existe consenso sobre ello.³⁸

Hasta inicios de 1990, no existían mayores cuestionamientos a nivel internacional y se entendía como implícita la obligación de confidencialidad en caso de no haberse expresado en el convenio arbitral, pero no es sino al caso *Esso /BHP vs Plowman*, en 1995, en que la Corte Suprema de Australia confirmó que a menos que las partes hayan específicamente acordado el régimen de confidencialidad, no existía ninguna obligación de confidencialidad que protegiera la información obtenida durante el decurso del procedimiento arbitral.³⁹

Creándose a partir de ello dos vertientes los que consideran que existe una obligación implícita en el acuerdo arbitral, independientemente de no constar por escrito, y los que se decantan porque necesariamente debe expresarse en el convenio arbitral para existir esta obligación, tal es el caso que se presentó en el arbitraje *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. en contra de A.I. Trade Fin Inc*, en el que la Corte de Suprema de Suecia señaló:

En el contexto de todo lo anterior, la Corte Suprema determina que una parte en un procedimiento de arbitraje no puede considerarse obligada por un deber de confidencialidad a menos que las partes hayan celebrado un acuerdo por separado al respecto. En consecuencia, se deduce que AIT no ha incurrido en incumplimiento de contrato al permitir la publicación de la decisión emitida por el panel arbitral durante el procedimiento [...]⁴⁰

Esta corriente plantea que, si la fuente de la obligación de confidencialidad es el convenio arbitral, se reducen potenciales conflictos para las partes, y a pesar de que el

³⁸ Elza Reymond-Eniaeva, *Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration* (Suiza: Springer Editorial, 2019), 31.

³⁹ Corte Suprema de Australia, “Decisión del 7 de abril de 1995”, *Caso Esso Australia Resources Ltd v. The Honorable Sidney James Plowman and Others*, 7 de abril de 1995, [https://staging.hcourt.gov.au/assets/publications/judgments/1995/013--ESSO_AUSTRALIA_RESOURCES_LTD_AND_OTHERS_v_THE_HONOURABLE_SIDNEY_JAMES_PLOWMAN_AND_OTHERS--\(1995\)_128_ALR_391.html](https://staging.hcourt.gov.au/assets/publications/judgments/1995/013--ESSO_AUSTRALIA_RESOURCES_LTD_AND_OTHERS_v_THE_HONOURABLE_SIDNEY_JAMES_PLOWMAN_AND_OTHERS--(1995)_128_ALR_391.html).

⁴⁰ Shubham Sarkar, “Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. v. A.I. Trade Finance Inc., Swedish Supreme Court, T 1881-99, 27 October 2000”, 28 de octubre de 2020, párr. 11, <https://es.scribd.com/document/481937750/Bulgarian-Foreign-Trade-vs-A-I-Trade-Finance>.

clausulado que se establezca, en principio no logre cubrir ciertas excepciones, como se analizará posteriormente, brinda certeza a quienes tengan acceso a un proceso arbitral de llegarse a suscitar. En ese sentido, es preferible que las partes proporcionen una disposición explícita en su convenio arbitral, para garantizar un procedimiento confidencial.

Es por ello que la opción que han planteado algunos países en sus legislaciones, como se mencionó de manera previa, en establecer a la confidencialidad de manera general y en el cual se presenten excepciones claramente determinadas, es una solución que intenta tomar en consideración el interés de las partes y del arbitraje de precautelar la confidencialidad para solucionar sus divergencias.

2.1. La obligación de confidencialidad de las partes

Uno de los motivos por los cuales las partes optan por el arbitraje, como se ha dejado señalado, es porque se presume que el procedimiento arbitral es confidencial, sin embargo en la práctica vemos que no siempre es así.

En el Ecuador, las partes deben haber expresamente pactado confidencialidad en el convenio arbitral, para que las vincule, de acuerdo a lo previsto en el artículo 34 de la Ley de Arbitraje y Mediación,⁴¹ ya que la normativa precitada no instaura la confidencialidad en el país.

Adicionalmente, el citado artículo 34 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que las partes pueden pactar la confidencialidad respecto al procedimiento arbitral y con ello proteger todas y cada una de las actuaciones que en el arbitraje se ventilen.

Sin embargo, vemos que la práctica arbitral y particularmente los centros administrados en el Ecuador amplían tal confidencialidad a todos los ámbitos del arbitraje, incluyendo el laudo.

Sin perjuicio de ello, como se ha dejado evidenciado, la legislación ecuatoriana considera la confidencialidad arbitral, siempre que se haya pactado por las partes, respecto al procedimiento arbitral.

Ahora bien, ¿qué sucede si una de las partes viola su deber de confidencialidad?

Si la transgresión a la obligación de confidencialidad se produjo por una de las partes dentro del procedimiento arbitral, considero que los árbitros podrían efectuar una

⁴¹ Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, art. 34.

corrección dentro del arbitraje, siempre que la revelación no haya trascendido la esfera arbitral, y que ésta no haya ocasionado perjuicio a la parte. En la práctica nos encontramos en Ecuador, con frecuencia, que las partes traen al arbitraje lo ventilado en mediación y con ello revelan información confidencial, dentro del propio procedimiento arbitral, en estos casos considero factible que los árbitros puedan efectuar las debidas correcciones internas, siempre que la vulneración a la confidencialidad no haya trascendido al exterior y se haya perfeccionado un perjuicio.

Hay que tener presente que como en toda relación de naturaleza contractual, por encontrarnos en el campo de la responsabilidad civil, si este quebrantamiento a la obligación de confidencialidad ha ocasionado un daño a una de las partes, al haberse contravenido lo expresamente pactado, cabe una acción de daños y perjuicios, teniendo que resarcir económicamente la parte que transgredió la confidencialidad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1572 del Código Civil⁴².

2.2. La obligación de confidencialidad del árbitro

La obligación de confidencialidad del árbitro nace del convenio arbitral, con lo cual lo usual es que se indique que es de fuente contractual. La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 190 establece que “se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”,⁴³ otorgándole la carta magna una naturaleza de índole jurisdiccional al árbitro y éste con su relación para con las partes.

Uno de los principales objetivos para que los árbitros guarden confidencialidad del proceso y de sus actuaciones es el evitar que llegue a conocimiento de terceros información relevante de las partes y del procedimiento arbitral y se pueda ver perjudicada uno de los involucrados. La obligación de confidencialidad de las deliberaciones del tribunal arbitral es una garantía de independencia, cuyo propósito es garantizar la integridad del proceso arbitral. Con ello se pretende que a través de esta confidencialidad, los árbitros puedan expresar sus opiniones y deliberar con total libertad y sin presiones externas de las partes o cualquier persona interesada.

⁴² Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, art. 1572.

⁴³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 190.

En general, por el deber de confidencialidad en el secreto de las deliberaciones del tribunal arbitral se comprende que ningún tercero pueda conocer de las deliberaciones, así como que las opiniones expresadas entre los árbitros durante las deliberaciones no puedan ser comunicadas a ninguna persona fuera del tribunal arbitral,⁴⁴ inclusive, de manera posterior a haberse emitido el laudo.

En caso de existir un voto disidente, surge la pregunta si se estaría violentando la obligación de confidencialidad. Originalmente se pensaba que era así, porque exponía el criterio del árbitro que se apartaba del pronunciamiento de la mayoría, pero actualmente se considera que el voto disidente siempre que no se esté “revelando las opiniones individuales de los árbitros que conforman la mayoría”⁴⁵ no constituye violación a la obligación de confidencialidad de los árbitros. La solución que han dado algunas instituciones arbitrales, cuando se presenta el voto disidente en un laudo, es que para garantizar la confidencialidad del procedimiento arbitral, no se conozca cuál fue el árbitro que emitió el criterio que se alejó de la mayoría.⁴⁶

La doctrina también considera que el deber de confidencialidad de los árbitros deviene de los códigos de ética o de los reglamentos de las instituciones arbitrales, a los que se deben estos profesionales.⁴⁷

En el Ecuador, el Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, en su capítulo VI, relativo al Código de Ética, en el artículo 83, hace mención que tanto los árbitros, secretarios o peritos deben desempeñar sus cargos siguiendo los principios, entre otros el de confidencialidad o reserva;⁴⁸ agregando el artículo 84 que el principio de confidencialidad se respetará “sin poder divulgar información que haga relación a los casos asignados. Igual obligación tendrán los árbitros, secretarios y peritos cuando las partes hayan pactado confidencialidad”.⁴⁹

⁴⁴ Reymond-Eniaeva, *Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration*, 65.

⁴⁵ Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”, 129.

⁴⁶ Guatemala, “Opiniones disidentes de los árbitros”, *Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industrias de Guatemala*, accedido 24 de julio de 2021, <https://crecig.com.gt/content/opiniones-disidentes-de-los-arbitros>.

⁴⁷ Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”, 121.

⁴⁸ Ecuador, *Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil*, 10 de mayo de 1999, art. 83.

⁴⁹ Ecuador, *Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil*, 10 de marzo de 2008, art. 84.

El Código de Ética para mediadores, árbitros, secretarios y peritos del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, señala que “el carácter principal de la mediación y el arbitraje es la confidencialidad, por lo tanto los mediadores, árbitros, secretarios y peritos deben mantener una relación de confianza y transparencia con las partes durante el proceso”.⁵⁰ Resulta muy interesante este articulado, porque independiente de lo que establezca la Ley de Arbitraje y Mediación, la cual señala que se debe pactar expresamente la confidencialidad, el citado código de ética da por implícita esta obligación de confidencialidad, otorgándole, en mi criterio, el carácter de una obligación natural a la confidencialidad en materia arbitral.

El preunciado código de ética abarca aspectos muy interesantes de la confidencialidad. El primero es el alcance de esta obligación de confidencialidad dirigida a los árbitros, secretarios, mediadores y peritos estableciendo que todos los documentos a los que tengan acceso o que pudieran obtener durante y después del proceso arbitral se mantendrán en estricta confidencialidad.⁵¹ El segundo aspecto radica en que todas las actuaciones dentro del proceso arbitral, incluidas las reuniones de los árbitros, las deliberaciones del tribunal arbitral y contenidos de los proyectos de laudo tendrán un carácter confidencial a perpetuidad.⁵² Finalmente el último aspecto relacionado a la confidencialidad es que tanto los árbitros, secretarios, así como los peritos no podrán formar parte de ningún procedimiento judicial, tendiente a interponer una acción de nulidad o que tenga relación con el proceso arbitral, a menos que se trate de “conductas incorrectas o fraudulentas de los otros árbitros, secretario, mediador o perito que integren el tribunal”,⁵³ tema sobre el que volveremos más adelante.

En la misma línea, el Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, en su Código de Ética incorporado al antes mencionado Reglamento señala en cuanto a los deberes y obligaciones que rigen a los árbitros al efectuar el encargo asignado, entre otros “el respetar los principios de confidencialidad, reserva, absoluta imparcialidad, neutralidad [...]”.⁵⁴

⁵⁰ Ecuador, *Código de Ética para Mediadores, Árbitros, Secretarios y Peritos del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito*, 2000, art. 2.

⁵¹ *Ibíd.*, art. 5.

⁵² *Ibíd.*, art. 3.

⁵³ *Ibíd.*, art. 4.

⁵⁴ Ecuador, *Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana*, 26 de octubre de 2010, art. 25.

A nivel internacional, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) hace suscribir una declaración a sus árbitros con el siguiente contenido “yo me comprometo a mantener la confidencialidad de toda la información que llegue a mi conocimiento como resultado de la participación en este proceso, así como del contenido de cualquier resolución a la que llegue el Tribunal”.⁵⁵

Así, más allá de la obligación adquirida contractualmente, el árbitro por un deber ético debe guardar confidencialidad de todas las actuaciones arbitrales y del laudo que éste emita.

2.3. Obligación de confidencialidad de la institución arbitral

Así las cosas, son varios sujetos los que deben guardar este deber de confidencialidad dentro del proceso arbitral. Además del rol del árbitro, las instituciones arbitrales desempeñan un papel fundamental en salvaguardar esta obligación de confidencialidad, comprendiendo con ella sus empleados y miembros.

La mayoría de las instituciones arbitrales cuentan con reglas, reglamentos o códigos de ética en que se obligan a cumplir con ese deber de confidencialidad. En ese sentido, al publicar sus reglamentos, las instituciones arbitrales ofertan a sus usuarios las reglas de cada institución.⁵⁶ Consecuentemente, habiendo las partes sometido a una institución arbitral en concreto, el convenio arbitral vincula a todos contractualmente.

A nivel nacional, como se ha señalado los Reglamentos de Funcionamiento de los Centros de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito y de Guayaquil, así como de la Cámara Ecuatoriana Americana, con sus respectivos Códigos de Ética refieren a la confidencialidad, señalando éste último en el artículo 108 que

será aplicable a los árbitros, mediadores, secretarios arbitrales y peritos que integren la lista del CAM o que actúen en procedimientos tramitados por el CAM. El Código de Ética establece las normas y principios que en su actuar deben seguir los antes mencionados. Estos principios son: 1. Confidencialidad o reserva [...]⁵⁷

A nivel internacional, este deber de confidencialidad se encuentra incorporado en la gran mayoría de reglamentos de instituciones arbitrales, entre éstos se encuentran las

⁵⁵ Smeureanu, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, 143; traducción propia.

⁵⁶ *Ibíd.*; traducción propia.

⁵⁷ Ecuador, *Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana*, art. 108.

Reglas de Arbitraje de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI),⁵⁸ las Reglas del Centro Internacional de Resolución de Disputas (CIRD),⁵⁹ entre otros.

El apéndice I del Estatuto de la Corte Internacional de Arbitraje, impone en el artículo 8, la obligación de confidencialidad de una manera muy interesante, ya que su alcance es para cualquier miembro de la institución arbitral, señalando que “la actividad de la Corte es de carácter confidencial, la cual debe ser respetada por todos los que participen en ella, a cualquier título”.⁶⁰

Resulta relevante en cuanto a derecho comparado latinoamericano lo previsto en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en el artículo 43, que establece:

Salvo acuerdo distinto de las partes, estas, sus asesores legales y representantes y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otra persona que interviene en el arbitraje están obligados a mantener la confidencialidad de todos los laudos dictados en el curso del arbitraje así como de las actuaciones arbitrales. Solo se exceptúa su revelación, cuando por exigencia legal, sea necesario hacer públicas las actuaciones para proteger o hacer cumplir un derecho o cuando tiene por fin ejecutar o recurrir cualquier laudo ante una autoridad judicial competente. 2. El Tribunal Arbitral y los funcionarios y directivos del Centro tienen el deber de mantener la confidencialidad de todas las cuestiones relacionadas con el arbitraje o el laudo. 3. No obstante lo dispuesto en los numerales precedentes, el Centro puede, con fines académicos, publicar laudos o decisiones seleccionadas, de forma íntegra, por extractos o por sumario, siempre que sean previamente editados para ocultar el nombre de las partes y otros datos que permitan su identificación y ninguna parte objete su publicación dentro de los plazos establecidos por la Secretaría para estos propósitos. 4. Salvo disposición legal diferente, cuando el Estado interviene como parte, las actuaciones arbitrales están sujetas a confidencialidad y el laudo es considerado público únicamente cuando hayan terminado las actuaciones.⁶¹

El alcance de la obligación de confidencialidad del citado artículo 43 se extiende a las partes, a sus abogados, a los testigos, peritos y alcanza también a los miembros y al personal de la institución arbitral que tengan acceso al arbitraje. Es muy interesante este artículo, y en general los avances de la normativa peruana en materia arbitral, en la cual se encuentra instaurada la confidencialidad, por disposición legal, salvo que las partes hubieran renunciado a la misma.

⁵⁸ Suiza, *Reglamento de arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, art. 75.

⁵⁹ Estados Unidos, *Reglamento de arbitraje internacional del Centro Internacional de Resolución de Disputas*, 1 de marzo de 2021, art. 40, https://www.icdr.org/sites/default/files/ICDR_Rules_Spanish.pdf.

⁶⁰ Francia, *Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, art. 8.

⁶¹ Perú, *Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima*, 1 de enero de 2017, art. 43, <https://apps.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/reglamento/reglamento%20y%20estatuto%20de%20arbitraje.pdf>.

Consecuentemente, los reglamentos de las instituciones arbitrales, particularmente la citada norma del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, extiende esta obligación de confidencialidad sin distinción a todos los funcionarios y directivos del centro, así como por evidentes razones a los árbitros, debiendo precautelar esta confidencialidad durante todo el decurso del arbitraje y en general de toda la información que llegue a cualquier miembro de la institución arbitral.

Resulta importante también analizar como el precitado reglamento peruano otorga la posibilidad de publicar laudos, con fines académicos, siempre que se guarde confidencialidad de las partes que formaron parte del arbitraje.

Así, el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil ha sido por algunos años la única reglamentación de instituciones arbitrales en el Ecuador que permite, en el artículo 84, la publicación de “aspectos jurídicos de los laudos y los procesos arbitrales con fines académicos, para contribuir a la formación de un cuerpo de doctrina arbitral”,⁶² la cual reviste de importancia ya que es una excepción a esta obligación de confidencialidad que se analizará más adelante.

Sin perjuicio de lo anterior, guarda silencio el citado artículo 84 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, respecto a la obligación de confidencialidad de la institución arbitral, expresando únicamente de manera escueta, que siempre que se haya pactado confidencialidad, los únicos que están obligados a guardarla son los árbitros, secretarios y peritos.⁶³ En esa misma línea se pronuncia el Código de Ética para Mediadores, Árbitros, Secretarios y Peritos del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito,⁶⁴ así como su Reglamento de Funcionamiento, estableciendo que la obligación de confidencialidad la deben exclusivamente proteger árbitros, peritos y secretarios.

El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana-Americana a través de su Reglamento extiende su alcance de la obligación de confidencialidad no solo a las partes que tienen acceso directo al proceso arbitral, sino que inclusive a las actividades administrativas del centro administrado otorgándoles “carácter confidencial, de obligatorio cumplimiento para quienes en ellas participen, sea

⁶² Ecuador, *Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil*, art. 84.

⁶³ *Ibíd.*, art. 84.

⁶⁴ Ecuador, *Código de Ética para Mediadores, Árbitros, Secretarios y Peritos del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito*, art. 2.

cual fuere la calidad con que lo hicieren”,⁶⁵ con lo cual garantizan la confidencialidad de todo su personal, incluyendo con ello toda la información o documentos que tengan relación con el proceso arbitral.

Adicionalmente, el Reglamento de Arbitraje Local para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación AMCHAM Quito⁶⁶, que entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 2022, incorpora también la posibilidad de publicación de laudos arbitrales, sin identificación de las partes, con fines académicos, en la misma línea con el recientemente publicado Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación⁶⁷, lo cual sin duda aportan cambios positivos al sistema arbitral nacional, tema al que volveremos en el capítulo segundo de esta investigación.

2.4. Obligación de confidencialidad de los abogados de partes

Otra parte fundamental que debe guardar la obligación de confidencialidad en el procedimiento arbitral son los abogados de las partes, por ese deber ético inherente a su profesión.

El secreto profesional y la obligación de confidencialidad son términos distintos entre sí. El secreto profesional vincula al abogado y al cliente, y la obligación de confidencialidad se extiende también a los otros sujetos que forman parte del proceso arbitral. No obstante, los dos conceptos parten de la relación de confianza entre abogado y cliente y de la necesidad de sigilo de la información de relevancia, lo que en materia arbitral impone que ninguna documentación, comunicación y cualquier información en general de las partes o del proceso arbitral sea conocida o divulgada por terceros ajenos al arbitraje, respetándose con ello la confidencialidad.

La Constitución de la República del Ecuador garantiza el secreto profesional, en el artículo 20.⁶⁸ En ese sentido, Durán Ponce define al secreto profesional de la siguiente forma:

El secreto profesional es una obligación y un derecho para conservar en silencio lo que conoce por su profesión. Es la obligación legal de ciertas profesiones y una emanación

⁶⁵ Ecuador, *Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana*, art. 4.

⁶⁶ Ecuador, *Reglamento de Arbitraje Local para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación AMCHAM Quito*, 20 de julio de 2021, art. 25.

⁶⁷ Ecuador, *Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación*, Registro Oficial Suplemento 524, 26 de agosto de 2021, art. 11, n.º 1.

⁶⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 190.

del principio de reserva. El secreto profesional es una garantía de la confianza que debe existir entre el profesional y quien solicita sus servicios.⁶⁹

El Código de Ética Profesional del Abogado regula también el secreto profesional, estableciendo en el artículo 12 que “el abogado tiene la obligación y el deber de guardar el secreto profesional de los hechos, informaciones y noticias que conoce en su actuación profesional y no puede ser obligado a declarar ni informar sobre los mismos. El secreto profesional es absoluto y se halla sobre toda acción externa o interna que le exponga a violarlo”.⁷⁰

El alcance de la obligación de confidencialidad de los abogados de las partes no solo se extiende a una relación de orden contractual con el cliente, sino también lo vincula con las otras partes del proceso, de tal manera que éstos se vean impedidos de divulgar cualquier información o documentación que llegue a su conocimiento durante el arbitraje.

2.5. Obligación de confidencialidad de terceras personas vinculadas al arbitraje

Además de los árbitros, las partes, las instituciones arbitrales, los abogados, existen también terceras personas que tienen acceso al proceso arbitral.

El planteamiento que ha generado cuestionamientos a nivel doctrinario es si estas terceras personas, tales como peritos, testigos, secretarios, expertos deben guardar esa obligación de confidencialidad. Nuevamente en este punto partiremos que la relación con estas terceras personas es de naturaleza contractual, y que en nuestro país, la confidencialidad se encuentra regulada en los reglamentos o códigos de ética de los distintos centros de arbitraje y mediación, no obstante estos solo se pronuncian sobre los secretarios, expertos y peritos, pero no mencionan si esta obligación de confidencialidad se extiende también a los testigos.

Resulta cuestionable si el deber de confidencialidad obliga a los testigos, ya que en muchos casos estos no tienen ningún interés ni a título personal, peor profesional en el caso, y no les une el vínculo contractual que les obliga al resto de las terceras personas.⁷¹

⁶⁹ Augusto Durán Ponce, Augusto, “Secreto profesional del abogado”, 13 de junio de 2016, <https://derechoecuador.com/secreto-profesional-del-abogado/>.

⁷⁰ Ecuador, *Código de ética profesional Avellán Ferrés*, Federación Nacional de Abogados, 1969, art. 12.

⁷¹ Reymond-Eniaeva, *Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration*, 99.

En la práctica vemos que tanto los peritos, como secretarios se encuentran obligados por ese deber de confidencialidad, siempre que ésta se haya pactado, estableciendo los reglamentos de los centros de arbitraje de Quito y Guayaquil sanciones de eliminación de sus listas de profesionales, incluidos evidentemente a los árbitros, que incumplan con esa obligación.

El Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana establece en el artículo 21:

Las listas serán calificadas por el Directorio del CAM, según informe del Director del CAM, previa comprobación de los requisitos establecidos en el artículo anterior. Los árbitros, secretarios arbitrales, mediadores, negociadores, peritos y expertos suscribirán un compromiso de respeto a la confidencialidad de las causas sometidas a su consideración y de cumplimiento cabal en el desempeño de sus funciones, con sujeción a la Ley de Arbitraje y Mediación, al Reglamento del Centro, a su Código de Ética y demás normas.⁷²

El citado reglamento de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana da un paso adelante al incluir también a los expertos, en sus listados y en la necesidad de guardar ese deber de confidencialidad.

El Código de Ética del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, prevé ese deber de confidencialidad,⁷³ agregando el Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil que esta obligación se aplicará a árbitros, secretarios, y peritos, siempre que se haya pactado la confidencialidad.⁷⁴

De la revisión de los reglamentos y códigos de ética de los centros arbitrales en el Ecuador se advierte que no existe una obligación de confidencialidad que se extienda a los testigos, con lo cual, si las partes quisieran que los testigos guarden ese deber de confidencialidad, necesariamente deberían plasmarlo contractualmente, de lo contrario no estarían obligados a precautelarla.

El Reglamento del Centro Australiano para el Arbitraje Comercial Internacional (ACICA),⁷⁵ así como el Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la

⁷² Ecuador, *Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana*, art. 21.

⁷³ Ecuador, *Código de Ética para Mediadores, Árbitros, Secretarios y Peritos del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito*, art. 2.

⁷⁴ Ecuador, *Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil*, art. 84.

⁷⁵ Australia, *Reglamento del Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional*, 1 de enero de 2016, art. 22, n.º 4, <https://acica.org.au/wp-content/uploads/Rules/2016/ACICA-Arbitration-Rules-2016.pdf>.

Propiedad Intelectual (OMPI) prevén esa obligación de confidencialidad para los testigos, señalando este último lo siguiente en el artículo 76:

(b) A los efectos de este artículo, no se considerará como un tercero el testigo designado por una de las partes. En la medida en que se autorice a un testigo el acceso a pruebas o a otra información obtenida en el arbitraje para preparar su testimonio, la parte que designe a ese testigo se responsabilizará de que el testigo mantenga el mismo grado de confidencialidad que se exige a esa parte.⁷⁶

A pesar de poder no existir vínculos personales o profesionales con los testigos, el objetivo de los reglamentos arbitrales previamente citados radica justamente en alentar a que el testigo colabore con su testimonio, pero que ante todo salvaguarde la confidencialidad del proceso arbitral. Es por ello que tanto en el Reglamento del Centro Australiano para el Arbitraje Comercial Internacional (ACICA),⁷⁷ así como en el Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) se les impone al testigo la misma obligación de confidencialidad que se requiere a las partes.

Sin perjuicio de existir reglamentaciones de centros de arbitraje y mediación como los pronunciados y de legislaciones como la australiana que va a la vanguardia en cuanto a resguardar la confidencialidad en el arbitraje, lo cierto es que el obligar al testigo a que precautele la confidencialidad genera aún cuestionamientos, y es por ello que consideramos necesario que el testigo suscriba un acuerdo de confidencialidad, dependiendo de la información que se proporcionará o que éste tendrá acceso durante el curso del procedimiento arbitral.

2.6. Obligación de confidencialidad de funcionarios judiciales ante la interposición de la acción de nulidad del laudo arbitral

El Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación⁷⁸ establece un procedimiento para la acción de nulidad del laudo arbitral, cuando las partes hubieran pactado expresamente confidencialidad, en la cual solicitando al presidente de la Corte Provincial de Justicia se puede instaurar “la confidencialidad de la información sensible, incluyendo

⁷⁶ Suiza, *Reglamento de arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, art. 76, lit. b.

⁷⁷ Australia, *Reglamento del Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional*, art. 22, n.º 4.

⁷⁸ Ecuador, *Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación*, art. 11, n.º 2.

la restricción de acceso al expediente únicamente a las partes mientras se tramita la acción de nulidad, la no identificación de las partes [...]”.⁷⁹

Lo interesante de esta disposición legal es que extiende el alcance de la obligación de confidencialidad a los funcionarios judiciales que tienen acceso al proceso, incluido también el Presidente de la Corte Provincial de Justicia.

La Constitución de la República del Ecuador establece la libertad de acceso a la información para todas las personas “generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley.”⁸⁰

En ese sentido, faculta a que en los casos previstos por la norma exista reserva de información.

En la misma línea, el Código Orgánico General de Procesos señala:

La información de los procesos sometidos a la justicia es pública, así como las audiencias, las resoluciones judiciales y las decisiones administrativas. Únicamente se admitirá aquellas excepciones estrictamente necesarias para proteger la intimidad, el honor, el buen nombre o la seguridad de cualquier persona.⁸¹

Del análisis de las citadas disposiciones de orden constitucional y legal se desprende que, en el Ecuador, la justicia es pública, pero por expresa disposición legal admite excepciones.

Como se ha analizado, la Ley de Arbitraje y Mediación⁸² prevé la confidencialidad arbitral, siempre que las partes, así lo hayan convenido. Así, el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación extiende el alcance de la obligación de confidencialidad a la acción de nulidad, exclusivamente para las partes que la hubieren pactado de manera expresa, tanto para el material o documentación contentiva en la misma, como para los sujetos que tienen acceso al expediente.

De ahí que el Presidente de la Corte Provincial de Justicia, así como los funcionarios judiciales que tengan acceso al proceso, deberán precautelar la confidencialidad de la acción de nulidad del laudo arbitral.

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.18.

⁸¹ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015, art.8.

⁸² Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, art. 34.

3. Consecuencias ante el incumplimiento de la obligación de confidencialidad

A través de los años, cada día gana más adeptos el arbitraje justamente al proporcionar a las partes confianza y sobre todo brindar seguridad jurídica.

A pesar de ello, es indudable que se pueden suscitar incumplimientos, y es necesario establecer cuáles son las consecuencias frente a los mismos. Resulta complejo identificar cuando ha existido un quebrantamiento a esta obligación de confidencialidad, en algunos casos, y sobre todo que repercusiones tiene para el proceso arbitral y para el laudo.

Como ya se ha analizado, en un arbitraje pueden existir varios intervinientes, esto es, las partes, los árbitros, la institución arbitral, el secretario, los peritos, expertos, testigos, entre otros, y es indispensable reconocer dentro de esta amalgama de relaciones jurídicas, a quien corresponde responsabilidades por el potencial incumplimiento de resguardar la confidencialidad.

Antes de introducirnos en el campo del incumplimiento, es importante señalar que en materia de arbitraje comercial internacional, algunos reglamentos de arbitraje, otorgan la facultad a los tribunales arbitrales de ordenar medidas cautelares que impidan la generación de un potencial daño, de suscitarse un quebrantamiento a la obligación de confidencial, para resguardar la información del proceso arbitral.⁸³

El artículo 22.3 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional señala:

A solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar órdenes sobre la confidencialidad del proceso arbitral o de cualquier otro asunto relativo al arbitraje y podrá tomar medidas para proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial.⁸⁴

En esa misma línea, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional señala en cuanto a las facultades para dictar medidas cautelares, que el tribunal arbitral podrá “b) adopt[ar] medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo

⁸³ Reymond-Eniaeva, *Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration*, 190.

⁸⁴ Francia, *Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, art. 22, n.º 3.

del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral [...]”.⁸⁵

Reymond-Eniaeva cita un ejemplo muy interesante de aplicación de medidas cautelares, para salvaguardar la confidencialidad, por parte del Tribunal Comercial de París, en el caso Bleustein y otros en contra de Société True North y Société FCB International señalando:

Prohibir a las empresas True North Inc. y FCB International cualquier comunicación que revele al público información sobre la existencia, el contenido y el objeto de la controversia que los opone a SA Publicis, que ahora está sujeta a arbitraje, a menos que estas empresas hayan demostrado debidamente la obligación legal de informar.⁸⁶

En este caso, el Tribunal dictaminó posteriormente que las partes no estaban vinculadas “por un estricto deber de confidencialidad tal como el establecido, por ejemplo, en las Reglas de la OMPI”.⁸⁷

Ahora bien, bajo el entendido que la obligación de confidencialidad exista, sea por acuerdo expreso de las partes, la ley del país, o los reglamentos arbitrales, podría configurarse una infracción a la obligación de confidencialidad, siempre y cuando se pueda probar que no existió consentimiento para revelar la información y que adicionalmente esta publicación ocasionó un daño.⁸⁸

En este escenario se plantean las siguientes dudas, frente a la potencial violación al deber de confidencialidad, la primera es respecto a los daños que se pudieran generar, la segunda es si pudiera poner fin al acuerdo arbitral y la tercera es si pudiera afectar al laudo arbitral.

En cuanto a los daños ocasionados por una de las partes al revelar información, resulta de aplicación directa la teoría general de los contratos, sobre todo para los países con sistemas jurídicos provenientes del derecho romano, en los cuales al existir un acuerdo expreso, se genera responsabilidad contractual para quien llegara a violentar el convenio. En esta línea, existe el famoso caso G. Aita en contra de A. Ojje, en que por primera ocasión el Tribunal de Apelaciones de París consideró que se había infringido el

⁸⁵ Estados Unidos, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*, 4 de diciembre de 2006, art. 17, n.º 2, lit. b, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf.

⁸⁶ Reymond-Eniaeva, *Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration*, 191; traducción propia.

⁸⁷ *Ibid.*, 192.

⁸⁸ Smeureanu, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, 162.

convenio arbitral y con ello la obligación implícita de confidencialidad, ordenándose al señor Aita pagar al señor Ojeh una indemnización por daños de 200.000 francos.⁸⁹

Se revisará más adelante, y de manera detallada, lo relativo a la responsabilidad de los árbitros, por el momento se indicará que en efecto una de las consecuencias del incumplimiento de la obligación de confidencialidad es que ésta genera daños y que se encuentra al arbitrio de los tribunales cuantificar los mismos, de encontrar que se violentó dicha confidencialidad.

Justamente para evitar esta discrecionalidad de los árbitros para establecer sanciones e inclusive potenciales incumplimientos es que las partes suelen prever en los convenios arbitrales cláusulas penales, en las que se cuantifica penalidades, frente a posibles infracciones.

Por otro lado, cabe preguntarse qué sucede cuando no existe acuerdo expreso de confidencialidad suscrito entre las partes, y una de ellas revela información del procedimiento arbitral. Esto sucedió en el caso A.I. Trade Finance Inc. en contra de Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd., en el cual un funcionario de A.I. Trade Finance Inc. publicó una resolución de un tribunal acerca de jurisdicción en la revista internacional de arbitraje Mealy's International Arbitration Report, en el cual lo vinculaba sin haber suscrito un contrato de préstamo, siendo las partes suscriptoras el Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. y un banco austriaco. Así el Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. demandó la nulidad del laudo arbitral ante la Corte de Estocolmo, quien consideró en primera instancia que en aplicación a la legislación sueca existía una obligación implícita de confidencialidad y declaró la nulidad del laudo.⁹⁰

Sin perjuicio de ello, la Corte de Apelaciones revocó el fallo inicialmente dictado, considerando que “no se puede esperar que una parte en el arbitraje esté obligada a la confidencialidad, salvo que las partes hayan celebrado un acuerdo respecto a esta confidencialidad”.⁹¹ Esta decisión ha sido considerada por la propia revista internacional de arbitraje Mealy's International Arbitration Report como poco favorable para los avances posteriores que se han dado a la confidencialidad.⁹²

⁸⁹ Reymond-Eniaeva, *Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration*, 193.

⁹⁰ Smeureanu, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, 162-3.

⁹¹ Fernández Rozas, “Trayectoria y contorno del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, 373.

⁹² *Ibíd.*, 373.

Ahora, ¿cuándo una de las partes dentro de un proceso arbitral podría tener derecho a solicitar la terminación del convenio arbitral, bajo el supuesto de incumplimiento de la obligación de confidencialidad? Encontrar un consenso ante esta pregunta se torna muy complejo, para ello la confidencialidad en el acuerdo arbitral debería constar expresada de tal manera que constituya un elemento esencial, con lo cual su incumplimiento podría acarrear la terminación del contrato entre las partes.⁹³ En ese sentido, para que pudiera terminar el contrato entre las partes, la obligación de confidencialidad debiera entenderse de carácter principal, es decir que la confidencialidad se haya pactado como condicionante esencial del convenio arbitral.

Finalmente y bajo la interrogante de si el incumplimiento a la obligación de confidencialidad podría acarrear la nulidad del laudo, la Corte de Apelación de París, dentro del caso Daniel Barre en contra de Société los Solidaires, refiriéndose al secreto de las deliberaciones que se establecen para los árbitros consideró que “la violación no puede ser sancionada con la nulidad, que sería por otra parte peligrosa en materia de arbitraje”.⁹⁴ Particularmente coincido plenamente con este pronunciamiento, en el sentido que el quebrantamiento de la confidencialidad no debería constituir una causal de nulidad.

Adicionalmente, para demandar la nulidad de un laudo arbitral, en la mayoría de legislaciones nacionales, incluida la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, las causales de nulidad del laudo arbitral son taxativas, y en ellas no se incorpora el incumplimiento a la obligación de confidencialidad. No obstante, de haberse pactado contractualmente el deber de confidencialidad, nada obstaría a que por cuerda separada se demande el correspondiente incumplimiento.

4. Niveles de responsabilidad de los árbitros

La responsabilidad de los árbitros, es un tema que no cuenta con consenso a nivel doctrinario. A priori nos podemos referir que, para los sistemas legales con base en el derecho romano, como es el ecuatoriano, pudiera existir responsabilidad contractual y extracontractual ante un potencial incumplimiento de los árbitros. Sin embargo, existe una vertiente, acogida en los sistemas del derecho común, tales como el inglés, el

⁹³ Reymond-Eniaeva, *Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration*, 200-1.

⁹⁴ Fernández Rozas, “Trayectoria y contorno del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, 362.

estadounidense, el singapurense o el australiano, en que los árbitros gozan de inmunidad.⁹⁵

La Ley de Arbitraje de Inglaterra le otorga al árbitro inmunidad en todo su actuar, siempre y cuando haya actuado con buena fe, así señala:

Un árbitro no es responsable por ninguna acción u omisión en el desempeño o presunto desempeño de sus funciones como árbitro, a menos que se demuestre que el acto u omisión fue realizado con mala fe.⁹⁶

Más interesante aún es la inmunidad que otorga la Ley 23-1994 de Arbitraje Internacional de Singapur, estableciendo en el artículo 25 lo siguiente:

El árbitro no debe ser responsable por
(a) negligencia respecto a toda acción u omisión realizada en la capacidad del árbitro; y
(b) por cualquier error de derecho, de hecho o de procedimiento hecho en el curso del procedimiento arbitral o en la realización del laudo arbitral.⁹⁷

Por muchos años los árbitros en Singapur gozaron de una inmunidad total; no es sino hasta una enmienda incorporada a través de la Ley 38-2001 de Arbitraje Internacional, del citado artículo 25, en que se estableció como salvedad a la antes mencionada inmunidad que el árbitro no hubiera actuado con mala fe.⁹⁸

Ahora bien, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional que es casualmente el modelo para gran parte de las legislaciones arbitrales de Latinoamérica no hace mención alguna ni de la confidencialidad, ni de la responsabilidad de los árbitros. Así las legislaciones de arbitraje de Ecuador, Panamá, Honduras, Colombia⁹⁹ no hacen ninguna referencia a la responsabilidad de los árbitros.

Especial interés de estudio en América Latina plantea el Decreto Legislativo N°1071 que norma el Arbitraje en Perú, que expresa en el artículo 32 que “la aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren

⁹⁵ Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”, 132-3.

⁹⁶ Inglaterra, *Ley de Arbitraje*, junio de 1996, art. 29, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/29>; traducción propia.

⁹⁷ Singapur, *Ley de Arbitraje Internacional*, Ley 23-1994, 27 enero de 1995, art. 25, <https://sso.agc.gov.sg/Act/IAA1994>; traducción propia.

⁹⁸ Singapur, *Ley de Arbitraje Internacional*, Ley 38-2001, 1 de noviembre de 2001, art. 25, lit. a.

⁹⁹ Colombia, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Ley 1563, 12 de julio de 2012, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/co/co100es.pdf>.

por dolo o culpa inexcusable”,¹⁰⁰ agregando el artículo 51 numeral 1 de la antes mencionada norma legal que los árbitros “están obligados a guardar confidencialidad, sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad”.¹⁰¹

Se pronuncia también, respecto a la responsabilidad de los árbitros, de una manera muy interesante, la Ley 60-2003 de arbitraje de España previendo lo siguiente:

La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros. Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca.¹⁰²

Realmente no existe uniformidad de criterios en los distintos sistemas jurídicos, lo que sí resulta evidente es que al aceptar el árbitro el encargo, recibe con él las obligaciones que éste conlleva y que de ocasionarse algún incumplimiento a la normativa o a sus deberes, concretamente a la obligación de confidencialidad, la responsabilidad que acarrea no es solamente de índole disciplinaria proveniente del reglamento de la institución arbitral a la que se debe, sino que también generaría responsabilidad penal y civil, como consecuencia de los daños y perjuicios que deberá también resarcirse.¹⁰³

Por regla general, se considera que existe un vínculo contractual entre las partes con el árbitro, y del cual nacen sus deberes y obligaciones, entre ellos el de la confidencialidad.¹⁰⁴ Como se ha analizado, la obligación de confidencialidad otorga un derecho, para que ninguna persona vinculada al procedimiento arbitral revele nada de lo que suceda en el mismo.

Pero qué consecuencias tendría el árbitro que transgrediera la obligación de confidencialidad, bajo el entendido que una vez perfeccionada la vulneración no hay posibilidad de retorno. Como se ha visto, en muchos de los ordenamientos jurídicos los árbitros no responden por sus acciones u omisiones, a menos que se haya probado el dolo

¹⁰⁰ Perú, *Decreto Legislativo N°1071 que norma el arbitraje*, art. 32.

¹⁰¹ Perú, *Decreto Legislativo N°1071 que norma el arbitraje*, art. 51, n.º 1.

¹⁰² España, *Ley 60-2003 de Arbitraje*, art. 21, n.º 1.

¹⁰³ Fernández Rozas, “Trayectoria y contorno del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, 364.

¹⁰⁴ Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”, 126.

o culpa para el caso de la normativa arbitral peruana, o de mala fe, temeridad o dolo como se revisó en la ley española de arbitraje, lo cual sería la única posibilidad para que genere daños y perjuicios.

Siendo el Decreto Legislativo N°1071 del Perú mucho más riguroso que la Ley 60-2003 de Arbitraje de España, toda vez que al suprimir la culpa este último “se está estableciendo que la mera imprudencia ya no es motivo de responsabilidad”.¹⁰⁵

Así, la teoría de los contratos y sus correspondientes posibilidades de cumplimientos se tornarían insuficientes, salvo el supuesto en que se lograra “impedir que se consume una revelación anunciada, pero una vez hecha pública la información confidencial, la acción destinada a forzar el cumplimiento del deber de no revelar, en la mayoría de los casos, ya no tendrá utilidad”.¹⁰⁶ Bajo este supuesto, parecería lógico solicitar el cumplimiento de la obligación de confidencialidad, pero una vez que se haya violado la confidencialidad, únicamente resta la acción por daños y perjuicios en contra del árbitro, de llegarse a comprobar que existió dolo o culpa en el quebrantamiento de la confidencialidad.

En Ecuador, como ya se ha mencionado la Ley de Arbitraje y Mediación guarda silencio al respecto, no se refiere en ninguno de sus artículos a si los árbitros, en caso de incumplimiento al ordenamiento jurídico, al encargo arbitral o del deber de confidencialidad, deben responder. Frente al silencio en la normativa, en palabras de Lorca Navarrete

parecen asumir las diversas legislaciones sobre arbitraje de la comunidad jurídica en lengua española que han adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL que unánimemente han admitido que lo que provenga del exterior a la actividad del árbitro o árbitros, desnaturalizaría, alteraría, deformaría, transformaría, desfiguraría y, en fin, falsearía su actividad de laudar.¹⁰⁷

En general, debería aplicarse subsidiariamente lo previsto en el Código Civil, no obstante la doctrina no es unánime.

Bajo la premisa de que existe una relación contractual entre el árbitro y las partes y que ésta se ha pactado de buena fe, el incumplimiento a dicho vínculo podría acarrear

¹⁰⁵ Antonio María Lorca Navarrete, *El árbitro en las legislaciones de arbitraje en lengua española que han adoptado la Ley Modelo de la Cnudmi-Uncitral de arbitraje comercial internacional*, (España: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2018), 413.

¹⁰⁶ Caivano, “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”, 138.

¹⁰⁷ Lorca Navarrete, *El árbitro en las legislaciones de arbitraje en lengua española que han adoptado la Ley Modelo de la Cnudmi-Uncitral de arbitraje comercial internacional*, 408-9.

daños y perjuicios, que conforme lo prevé el artículo 1572 del Código Civil ecuatoriano, comprende el daño emergente y el lucro cesante.¹⁰⁸

No obstante al no existir norma expresa en la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, respecto a la responsabilidad de los árbitros, no existe uniformidad de criterios.

Así, frente a la comisión de un delito o cuasidelito, tipificado en la norma penal, pudiera ocasionar también para los árbitros responsabilidad extracontractual, siempre y cuando se pueda probar existió malicia o negligencia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 2229 del Código Civil, estableciendo que “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”.¹⁰⁹

Habiéndose violentado un deber u obligación jurídica o contractual por parte del árbitro, resulta pensar que como consecuencia de ello se ocasiona un perjuicio que compromete la responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual y lo que generaría una indemnización, siempre que se pruebe la existencia del daño.

5. Responsabilidad penal del árbitro

Con base en las anteriores consideraciones, el árbitro tiene acceso a información sensible del proceso arbitral, entendiéndose que de haberse pactado la obligación de confidencialidad, de violar la misma ocasionando daño, se estaría incurriendo en delito de revelación de secreto, generando responsabilidad penal para el árbitro.

El artículo 179 del Código Orgánico Integral Penal describe dentro del tipo penal a cualquier persona que en razón de “su estado u oficio, empleo, profesión o arte”,¹¹⁰ revelara un secreto que ocasionara daño su divulgación, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a un año.

El citado artículo por su amplitud pareciera otorga la posibilidad de que se pueda imputar penalmente a los árbitros del revelamiento de secretos, no obstante, y por evidentes razones, no resulta tan sencillo.

La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 76 garantiza en el numeral 3 que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa

¹⁰⁸ Ecuador, *Código Civil*, art. 1572.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, art. 2229.

¹¹⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014, art. 179.

o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley”.¹¹¹

En ese sentido, para que pudiera imputarse responsabilidad penal al árbitro tendría que la parte probar que éste le ocasionó un daño, como consecuencia del quebrantamiento de la confidencialidad arbitral.

El delito de revelación de secreto en España se encuentra tipificado en el artículo 417, el cual prevé en el numeral 1 que “la autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados”,¹¹² y que causen un daño grave, serán penados con prisión, así como inhabilitados para ocupar cargo público o trabajar inclusive.¹¹³

Ahora bien, el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 229 sanciona también la revelación ilegal de información contentiva en base de datos, ficheros, archivos, que de tratarse de data constante en un proceso arbitral, de igual manera en caso de ser revelada por un árbitro, dada su amplitud, pudiera generar responsabilidad penal para éste, así lo expresa la antes mencionada norma que señala:

La persona que, en provecho propio o de un tercero, revele información registrada, contenida en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, a través o dirigidas a un sistema electrónico, informático, telemático o de telecomunicaciones; materializando voluntaria e intencionalmente la violación del secreto, la intimidad y la privacidad de las personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.¹¹⁴

En cuanto al alcance del tipo penal contemplado en el artículo 229 del Código Orgánico Integral Penal, la norma establece que para que se pueda imputar a un árbitro responsabilidad penal por revelar información del procedimiento arbitral, éste debe haberlo realizado en provecho propio o de un tercero, de manera voluntaria e intencional.

Así, este tipo penal quiere prevenir y sancionar la revelación de información específicamente si ha existido dolo, es decir esa intencionalidad de ocasionar daño, en beneficio propio o de un tercero, planteando con ello que muchas de las situaciones que se pueden presentar en la práctica, y que no son dolosas, queden excluidas de la esfera penal, sin perjuicio que pudiera existir subsidiaridad de orden administrativo o civil.

¹¹¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76, n.º 3.

¹¹² España, *Código Penal*, Boletín Oficial del Estado 281, 24 de noviembre de 1995, art. 471, n.º 1, <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>.

¹¹³ *Ibid.*, art. 471, n.º 1.

¹¹⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 229.

Los árbitros manejan información registrada dentro del proceso arbitral, tanto a nivel corporativo como personal, del cual existe un deber de confidencialidad, precisamente porque su revelamiento acarrearía un daño importante, y es que sin duda como menciona la doctrina española el daño probado acarrearía responsabilidad por “negligencia o culpa in vigilando”.¹¹⁵

Así en el caso, de llegarse a emitir un fallo condenatorio en contra del árbitro por revelación de secreto o revelación de información, además de existir responsabilidad penal, podría acarrear también responsabilidad civil extracontractual y tramitarse el proceso por cuerda separada.¹¹⁶

6. Responsabilidad disciplinaria del árbitro

Las instituciones arbitrales prevén en sus reglamentos, diferentes tipos de sanciones por incumplimientos de los árbitros a su deber, con el objeto de garantizar y precautelar la reputación del arbitraje y de la institución arbitral.

Consecuentemente, para que exista responsabilidad para el árbitro en materia disciplinaria es indispensable que exista primero una infracción tipificada en el reglamento del centro arbitral.

En los estatutos de ciertas institucionales arbitrales se prevé también procedimientos determinados, que norman además de las potenciales sanciones, un régimen que garantiza que la resolución que se pudiera tomar en contra del árbitro, a través del organismo rector del centro arbitral, inclusive pueda ser susceptible en el extranjero, a acción judicial.¹¹⁷

La Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, prevé la exclusión de los árbitros de la lista del centro de arbitraje, entre otros motivos, por faltar al principio de confidencialidad, al proporcionar información a terceros ajenos al arbitraje. Esta exclusión tiene un trámite especial establecido en el artículo 76 del preunciado

¹¹⁵ José Fernando Merino Merchán, “Confidencialidad y arbitraje”, *Josemigueljudice*, accedido 21 de enero de 2021, 8, https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/Confidencialidad_y_Arbitraje_-_Jose_Fernando_Merino.pdf.

¹¹⁶ *Ibíd.*, 20.

¹¹⁷ *Ibíd.*, 21.

reglamento, la cual será decidida por el Directorio de la Cámara de Comercio de Quito y la que expresa:

Para tal efecto, se deberá poner en conocimiento del Directorio de la Cámara de Comercio de Quito, el informe del Director del Centro donde constará sumariamente las causas que justifiquen dicha solicitud; y, los justificativos que el árbitro aporte a su favor, los mismos que deberán ser remitidos al Centro en un término de tres días, contados a partir de la notificación que el Director del Centro le realice. De cualquier manera, es discrecional del Directorio de la Cámara de Comercio de Quito, decretar la exclusión de los árbitros, sin que este hecho genere responsabilidad de ninguna naturaleza para el Centro o la Cámara de Comercio de Quito.¹¹⁸

El Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, prescribe una similar redacción al ya citado artículo 76, en cuanto a la exclusión de los árbitros por contravenir el principio de confidencialidad,¹¹⁹ sin embargo a diferencia de la Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, la reglamentación guayaquileña no prevé ningún trámite para dicha exclusión.

Adicionalmente, los dos renunciados reglamentos prevén como sanción para el árbitro, la correspondiente exclusión de su listado de árbitros.

El Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, si bien guarda la misma línea de sanción en cuanto al faltar al principio de confidencialidad, respecto a la exclusión de su listado de árbitros, cuenta con una salvedad importante, la cual considera que siempre que no se le haya ordenado al árbitro levantar esa confidencialidad por parte de una autoridad competente, no se habrá incurrido en inobservancia.¹²⁰

El Estatuto del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en el artículo 12, establece como sanción para el árbitro que faltara al deber de confidencialidad “un procedimiento sancionador por incumplimiento de las funciones y obligaciones” conferidas.

El arbitraje peruano, tanto a nivel normativo, así como en las reglamentaciones de las instituciones arbitrales, ha tomado una posición de vanguardia a nivel latinoamericano

¹¹⁸ Ecuador, *Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito*, 21 de julio de 2011, art. 76, n.º 7.

¹¹⁹ Ecuador, *Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil*, art.72, n.º 7.

¹²⁰ Ecuador, *Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana*, art. 26, n.º 7.

en pro de la confidencialidad, e inclusive como se analiza aplica un procedimiento de sanción para los árbitros que la vulneran.

Así, los árbitros están obligados a proteger la confidencialidad arbitral, por lo cual cuando éstos quebranten la obligación de confidencialidad deberán estar sujetos a penalidades, tales como la terminación de su contrato, así como a responsabilidades de orden penal o disciplinario.

En ese sentido, hay una necesidad de establecer sanciones claras para el incumplimiento del quebrantamiento de la confidencialidad en los reglamentos arbitrales locales ante la divulgación de información o documentos, así como a nivel internacional mucho dependerá también del pronunciamiento futuro que tengan los tribunales arbitrales. Como en muchos temas relacionados con la confidencialidad arbitral, no existen consensos en el derecho comparado, es por ello que se ha visto la necesidad de abordar en el segundo capítulo de la tesis, los pronunciamientos que han emitido las cortes a nivel internacional frente a los límites o supuestos de excepción de la obligación de confidencialidad, las diferentes tendencias normativas, así como se propondrá criterios para el mejoramiento de reglamentos locales que aportarán al debate nacional en esta interesante temática.

Capítulo segundo

Límites a la obligación de confidencialidad

La confidencialidad es un elemento característico del arbitraje, por el cual las partes optan en gran medida como mecanismo de resolución de sus conflictos.

En la actualidad existe el debate doctrinario y jurisprudencial, respecto a que la confidencialidad arbitral no es absoluta, y está sujeta a límites o excepciones.

Así, aún bajo el supuesto que entre las partes se haya incorporado una cláusula de confidencialidad dentro del convenio arbitral, o que la normativa del país prevea la confidencialidad del arbitraje, existen también excepciones, entre ellas las justificadas en el interés público que supondría que el principio de confidencialidad debe ceder frente al de transparencia, en favor de la sociedad.

La doctrina plantea que habiendo pactado las partes de manera expresa la confidencialidad, en ciertos casos, éstas están sujetas a la revelación, y con ello a límites como los que se señalan a continuación

las partes tendrán que revelar “el hecho de que un proceso arbitral está en curso, o el laudo: a) cuando una de las partes tiene una obligación legal de revelar dicha información (por ejemplo, a miembros de la Junta directiva, auditores corporativos, accionistas, aseguradores, bancos, autoridades tributarias); o b) cuando la parte deba revelar dicha información para proteger sus legítimos intereses en procedimientos contra terceros; o c) cuando la parte inicia procedimientos ante los tribunales locales; en esta situación nos podemos encontrar cuando se han iniciado los procedimientos para remover o recusar un árbitro o se ha planteado acción de nulidad contra el laudo o cuando lo que se busca es el cumplimiento forzoso de un laudo.”¹²¹

Así, existen diferentes formas de clasificar a los límites o excepciones a la obligación de confidencialidad que la has ido trazando poco a poco la jurisprudencia arbitral internacional, como consecuencia del caso *Ali Shipping Corporation*.¹²²

Este proceso arbitral tiene como preámbulo que tanto *Ali Shipping Corporation*, como *Leman Navigation Inc*, *Lavender Shipping Limited* y *Leeward Shipping Limited*

¹²¹ Francisco Endara Flores, “La Confidencialidad en el Arbitraje, el caso de Ecuador”, *Revista CREA – Universidad Católica de Temuco*, accedido 26 de febrero de 2021, 32, http://repositoriodigital.uct.cl/bitstream/handle/10925/65/CREA_03_2009_6_art3.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

¹²² Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, “Decisión del 19 de diciembre de 1997”, *Caso Ali Shipping Corporation vs. Shipyard Trogir*, 19 de diciembre de 1997, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a938b4060d03e5f6b82bcf0>.

tenían como accionista y propietaria a Greenwich Holdings Limited. Así se suscribieron contratos independientes, con cada una de las citadas empresas, y Shipyard Trogir, en adelante Shipyard, para la construcción de cascos para navíos de estas compañías.¹²³

Shipyard incumplió la construcción del casco 202, para Ali Shipping Corporation y ésta última termina unilateralmente el contrato, y demanda por los correspondientes daños. Shipyard justifica ante la Corte inglesa su incumplimiento señalando que todas las citadas compañías forman parte del mismo grupo empresarial Greenwich Holdings Limited y que todos los contratos son relacionados entre sí, y que el resto de empresas le adeudan valores.¹²⁴

Así, Ali obtiene un fallo favorable en el arbitraje inicial, ordenándosele a Shipyard pagar por los daños.¹²⁵ No obstante, éste no paga e inicia un segundo arbitraje en contra de las otras tres compañías peticionando se incluyan algunas piezas procesales del arbitraje previo, justamente alegando que las tres compañías no son terceras extrañas, y argumentando también como excepción a la obligación de confidencialidad que es por un tema de interés público, como en el caso Esso Australia.¹²⁶ El magistrado falló esta ocasión a favor de Shipyard, entendiendo que las negociaciones se llevaron al mismo tiempo y por la misma compañía Sea Tankers Management Co Ltd. y, siendo los mismos compradores se permitía la divulgación y revelación de la información.¹²⁷

Ali Shipping Corporation apela para ante la Corte buscando proteger la información que contenía el arbitraje inicial, aduciendo que se estaba contraviniendo la obligación confidencialidad y con ello se concluye que

el Tribunal de Apelación inglés en Ali Shipping sostuvo que un término implícito de la confidencialidad debe considerarse propiamente como un asunto de legalidad. La consecuencia es su aplicación automática y no es necesario para establecer cualquier requerimiento utilizar el término en un contrato particular para otorgarle eficacia comercial. Sin embargo, el término implícito de la confidencialidad está sujeto a una serie de excepciones que el tribunal ha enunciado.¹²⁸

¹²³ Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, “Decisión del 19 de diciembre de 1997”, párr. 1.

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ *Ibíd.*, párr. 2

¹²⁷ *Ibíd.* Párr. 2.

¹²⁸ Michael Pryles, “Confidentiality”, *Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration*, (2004): 443, https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012223892932650confidentiality_chapter_for_leading_arbs_guide.pdf; traducción propia.

Ahora bien, ¿cuáles son estas excepciones a la obligación de confidencialidad? El Tribunal de Apelación estableció las siguientes excepciones al deber de confidencialidad, a saber:

- (i) Acuerdo, es decir, cuando la revelación se realiza con el acuerdo expreso o implícito de la parte que originalmente produjo el material;
- (ii) orden de la Corte, un ejemplo obvio es una orden de revelación de documentos generados por un arbitraje a los efectos de una acción judicial posterior;
- (iii) autorización de la corte. Es el alcance práctico de esta excepción, es decir, los motivos por los que se concederá dicha autorización, lo que plantea dificultades. Sin embargo, en la analogía de la obligación implícita de secreto entre el banquero y el cliente, se otorgará autorización con respecto a ello
- (iv) la revelación cuando, y en la medida en que, sea razonablemente necesario para la protección de los intereses legítimos de una de las partes arbitrales. En este contexto, eso significa razonablemente necesario para el establecimiento o protección de los derechos legales de una parte arbitral frente a un tercero con el fin de interponer una demanda contra un tercero o para defender un reclamo (o reconvencción) presentado por el tercero.
- (v) Cuando el interés público requiera la revelación.¹²⁹

Por lo cual, y tomando en consideración las excepciones al deber de confidencialidad, inicialmente planteadas en el citado caso Ali Shipping Corporation se procederá a analizar las mismas en el derecho comparado, a través de la jurisprudencia arbitral; límites que como se revisará no son taxativos, lo que implica que cada día se presentan nuevas excepciones a la confidencialidad arbitral.

1. Supuestos de excepción a la obligación de confidencialidad en el derecho internacional

A raíz de la afamada jurisprudencia arbitral Ali Shipping Corporation, la legislación internacional ha acogido en algunos países, especialmente los anglosajones, los citados cinco supuestos de excepción al deber de confidencialidad, los cuales además de ser analizados, se revisarán también nuevos límites a dicha obligación de confidencialidad que han propuesto los reglamentos de centros arbitrales, normativa internacional, así como la jurisprudencia arbitral en los últimos años.

¹²⁹ Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, “Decisión del 19 de diciembre de 1997”, párr. 9-12; traducción propia.

1.1. Por existencia de acuerdo entre las partes

Se plantea como límite a la obligación de confidencialidad, el acuerdo expreso entre las partes. El principio de autonomía de las partes permite ello, y es que es claro, así como a través del consentimiento expreso los sujetos involucrados en el procedimiento arbitral pueden pactar la confidencialidad, éstas mismas pueden deshacerlo, permitiendo con ello el revelamiento de información o de los documentos existentes dentro del procedimiento arbitral a terceros, la publicidad del laudo, o lo que éstas así convengan.

En esa línea, muchas legislaciones en materia arbitral y reglamentos de instituciones arbitrales, prevén la revelación del procedimiento arbitral, expedientes, así como la publicación de laudos, previo consentimiento expreso de las partes.

Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual en el artículo 76, literal a, establece:

Además de las medidas específicas que puedan tomarse en virtud del Artículo 54, se considerará como confidencial cualquier prueba documental o de otra índole presentada por una parte o un testigo en el arbitraje y, en la medida en que esa prueba contenga información que no sea del dominio público, ninguna parte cuyo acceso a esa información sea el resultado de su participación en el arbitraje utilizará o divulgará esa información a terceros bajo ningún concepto sin el consentimiento de las partes o por orden de un tribunal competente.¹³⁰

Dentro de esta excepción saltan a la luz dos subclasificaciones que la doctrina ha abordado y considero importante mencionarlas. La primera y que hace relación el citado artículo 76, literal a, del Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual es que la información sea de dominio público. Al respecto resulta claro que si la información es de dominio público mal pudiera ser considerada confidencial. Sin perjuicio de ello, en muchos casos esta información pudiera ser sujeta a impugnación dentro de un arbitraje, y para ello la parte que la utiliza como elemento probatorio debe tener los soportes necesarios para argumentar que es de dominio público.¹³¹

Así, se define como información de dominio público a “la información a la que el público puede acceder sin infringir ninguna disposición jurídica ni obligación alguna de

¹³⁰ Suiza, *Reglamento de arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, art. 76, lit. a.

¹³¹ Reymond-Eniaeva, “*Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration*”, 160.

confidencialidad”,¹³² por citar ejemplos, los balances y documentación societaria de las compañías que se presentan en Ecuador de manera anual ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, así como reportes bursátiles emitidos por las Bolsas de Valores del país, se trata de información que no es confidencial y es de dominio público, por encontrarse publicadas en las páginas web de las citadas instituciones.

Adicionalmente, y en cuanto a la carga de la prueba, ésta debería recaer en la parte que alega que la información ya es de dominio público y en consecuencia se encuentra fuera del alcance de cualquier deber de confidencialidad, sin perjuicio de que dependerá también de cada caso en concreto y del criterio e interpretación de los árbitros.¹³³

La segunda subclasificación nos trae el planteamiento ¿qué sucede si existe la revelación de documentos por acuerdo implícito de las partes?; entendiéndolo por éste como el consentimiento implícito de revelar información o documentación del arbitraje y que la otra parte no presente ninguna discrepancia o desacuerdo, se interpretaría como un acuerdo “implícito por una cuestión de conducta”¹³⁴ como se lo ha aceptado en los países anglosajones, tomando como punto de partida el precedente jurisprudencial del caso *Ali Shipping* y posteriormente el de la *Ciudad de Moscú vs. Bankers Trust*¹³⁵.

1.2. Cuando la Corte haya dado la orden o haya autorizado la revelación

El laudo arbitral emitido dentro del caso *Ali Shipping* plantea dos límites a la obligación de confidencialidad, que a la luz del derecho romano parecieran similares; sin embargo, para el derecho anglosajón tienen un matiz diferenciador. La Corte anglosajona determinó que las partes tenían la obligación de revelar información, si la Corte da la orden o autoriza el revelamiento.¹³⁶

¹³² Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Estudio exploratorio sobre el derecho de autor y los derechos conexos y el dominio público* (Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2011), 10, https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/es/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf.

¹³³ Smeureanu, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, 112.

¹³⁴ Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, “Decisión del 19 de diciembre de 1997”, párr. 9; traducción propia.

¹³⁵ Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, “Decisión del 25 de marzo de 2004”, *Caso Departamento de Política Económica y Desarrollo de la Ciudad de Moscú y Anor vs. Compañía Bankers Trust*, 25 de marzo de 2004, párr. 41, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7b460d03e7f57eb15d1>.

¹³⁶ Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, “Decisión del 19 de diciembre de 1997”, párr. 10; traducción propia.

Así, la jurisprudencia arbitral inglesa establece como excepción a la obligación de confidencialidad la orden de la Corte y expresa como ejemplo de la misma el de la revelación de documentos en el arbitraje para presentar de manera posterior en sede judicial.¹³⁷

El citado caso *Ali Shipping* prevé también como límite al deber de confidencialidad la autorización de la Corte previendo que para concederse esta excepción deben motivarse las razones por las cuales se solicita el revelamiento.¹³⁸

En esa línea, el precedente jurisprudencial arbitral del caso *ciudad de Moscú vs Bankers Trust* vino a reforzar la citada excepción por autorización de la Corte, al contar con un fallo favorable la ciudad de Moscú, en el cual la Corte autorizó “la publicación en general del resumen de *Lawtel*,¹³⁹ con el objeto de poder restaurar la reputación de la ciudad de Moscú, permitiendo así que terceros ajenos al arbitraje pudieran conocer el laudo.¹⁴⁰

Ahora bien, con este límite a la confidencialidad se presenta otro cuestionamiento, respecto a qué documentos se deben revelar. Así, el juez Colman en el caso *Hassneh Insurance Co. of Israel y otros vs Stuart J. Mew* estableció lo siguiente:

- (a) Se permite la divulgación del laudo (incluidas sus razones) cuando sea razonablemente necesarios para la protección de los derechos de una parte arbitral frente a un tercero.
- (b) Una parte arbitral puede llevar el laudo y las razones a los tribunales para el propósito de invocar la jurisdicción de supervisión del tribunal sobre laudos arbitrales y a los efectos de la ejecución del propio laudo.¹⁴¹

1.3. Cuando sea necesaria la revelación de información para precautelar los intereses legítimos de una de las partes en el arbitraje

La tercera excepción a la confidencialidad que plantea el caso *Ali Shipping*, resulta cuando sea razonablemente necesaria la revelación con el objeto de precautelar los legítimos intereses de una de las partes dentro del arbitraje. A nivel jurisprudencial

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, “Decisión del 25 de marzo de 2004”, párr. 50; traducción propia.

¹⁴⁰ *Ibid.*, párr. 53.

¹⁴¹ Michael Hwang S.C. y Katie Chung, *Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration* (Holanda: Kluwer Law International, 2009), 613, https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012641379548970defining.pdf; traducción propia.

arbitral “tiene un significado delimitado por el criterio de lo que sea razonablemente necesario.”¹⁴²

Esta causal de excepción particularmente en Inglaterra ha sido utilizada en procesos arbitrales en que las partes tienen relación entre sí y que los argumentos de un procedimiento pudieran ser de utilidad para las partes en el otro.

Así, aludiendo a la excepción objeto de análisis, el caso *Ali Shipping Corporation* en contra de *Shipyard*, plantea que la prueba que se debe efectuar es la de razonable necesidad. En ese sentido, lo que debe dirimirse es si la divulgación es razonable para la protección de los intereses legítimos de una de las partes.¹⁴³

Así las cosas, *Shipyard* aduce la citada excepción de “necesidad razonable”, la cual fue rechazada estableciéndose que los mismos testigos que formaron parte del arbitraje inicial podrían ser llamados a declarar para el segundo arbitraje relacionados con los cascos 204 a 206.¹⁴⁴

La Corte inglesa para esta excepción a la obligación de confidencialidad se pronunció de la siguiente manera:

Quando el concepto de “necesidad razonable” entra en juego en relación con la aplicación o protección de los derechos legítimos de una parte, me parece que requiere un grado de flexibilidad en el enfoque de la Corte. Por ejemplo, para llegar a su decisión, la Corte no debería exigir a las partes que buscan la divulgación que demuestren la necesidad, independientemente de la dificultad o el gasto. Debe abordar el asunto en la ronda, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito de los arbitrajes para los que se requiere el material, las facultades y los procedimientos en el que se llevan a cabo los arbitrajes, las cuestiones sobre las que se solicita la prueba o la información.¹⁴⁵

Otro pronunciamiento arbitral que también aborda este supuesto de excepción fue el caso que resolvió el Consejo Privado Europeo, estableciéndose como partes, por un lado, la *Associated Electric Gas Insurance Services Ltd*, también denominada *Aegis* y por otro, la *European Reinsurance Company of Zurich*, también denominada *European Reinsurance*, proceso que inició en la corte de Bermudas y que posteriormente fue conocido por el Consejo Privado Europeo.¹⁴⁶

¹⁴² Chávez Bardales, “Nuevas perspectivas sobre la privacidad y confidencialidad en el arbitraje comercial internacional”, 258.

¹⁴³ Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, “Decisión del 19 de diciembre de 1997”, párr. 11; traducción propia.

¹⁴⁴ *Ibid.*, párr. 14.

¹⁴⁵ *Ibid.*, párr. 11; traducción propia.

¹⁴⁶ Consejo Privado Europeo, “Decisión del 29 de enero de 2003”, *Caso Associated Electric & Gas Insurance Services Ltd vs. European Reinsurance Company of Zurich*, 29 de enero de 2003, párr. 1, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b2897fe2c94e06b9e19ebe2>, traducción propia.

Las citadas compañías Aegis, y European Reinsurance, se encontraban envueltas en dos procesos arbitrales como consecuencia del mismo contrato de reaseguro, en la cual Aegis reclamaba la correspondiente indemnización a su favor.¹⁴⁷

Tanto Aegis como European Re habían suscrito el siguiente clausulado que contenía la obligación de confidencialidad, que se ventiló en el primer proceso arbitral, a saber:

Las partes, sus abogados y la Corte de Arbitraje acuerdan como principio general mantener la privacidad y confidencialidad del arbitraje. En particular, acuerdan que el contenido del alegato u otros documentos preparados y presentados en el curso del procedimiento, así como el contenido de los documentos del reclamo subyacente, testimonios, declaraciones juradas, cualquier transcripción y el resultado del arbitraje no se divulgarán en ningún momento a cualquier individuo o entidad, total o parcialmente, que no sea parte del arbitraje entre AEGIS y European Re.¹⁴⁸

European Reinsurance obtiene un laudo favorable en el primer arbitraje y pretende utilizar el mismo en el segundo proceso arbitral, ante lo cual Aegis se opone alegando la precitada cláusula de confidencialidad en lo relativo a la prohibición expresa de divulgación de ninguna información o documento del primer arbitraje.¹⁴⁹

En ese sentido, el Consejo Privado Europeo se pronunció en los siguientes términos

Los arbitrajes comerciales son esencialmente procedimientos privados y, a diferencia de los litigios en tribunales públicos, no colocan nada en el dominio público. Esto puede significar que las restricciones implícitas sobre el uso de material obtenido en procedimientos de arbitraje pueden tener un impacto mayor que las que se aplican en litigios. Pero en lo que respecta al laudo, no se puede aplicar la misma lógica. Es posible que se deba hacer referencia a un laudo a efectos contables o de procedimientos legales (como Aegis se refirió a él a los fines del presente procedimiento de medida cautelar) o con el fin de hacer valer los derechos que confiere el laudo (como European Re busca hacer en el arbitraje Rowe).¹⁵⁰

Del análisis efectuado, se desprende que el Consejo Privado Europeo resolvió respecto a la finalidad de la confidencialidad, cuando se encuentra pactada expresamente, y es justamente para precautelar que terceros no puedan tener acceso al arbitraje, pero nada obsta que las mismas partes puedan utilizar el laudo en un procedimiento arbitral posterior.

¹⁴⁷ *Ibíd.*

¹⁴⁸ *Ibíd.*, párr. 12.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 1-2.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 46.

Por otro lado, es importante tomar en consideración, que este revelamiento a la confidencialidad se pudiera dar en el procedimiento arbitral de manera voluntaria por las partes, lo usual en los arbitrajes internacionales es que se presente a través de la figura del discovery, en que las partes se obligan a proporcionar información a la contraparte, de manera involuntaria.

En esa línea, las Reglas de la Asociación Internacional de Abogados sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional, señalan en el artículo tres, haciendo alusión al procedimiento de discovery la forma en que se debe realizar este revelamiento de información por orden del Tribunal o de manera voluntaria, así dicho artículo establece:

1. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cada Parte presentará al Tribunal Arbitral y a las demás Partes todos los documentos con que cuente o sobre los cuales se basen sus pretensiones, incluyendo documentos públicos y aquellos de dominio público, exceptuando cualesquiera documentos que ya hayan sido presentados por otra Parte.
2. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cualquier Parte podrá presentar al Tribunal Arbitral una Solicitud de Exhibición de Documentos.
3. Una Solicitud de Exhibición de Documentos deberá contener: a. (i) una descripción del documento requerido que sea suficiente para identificarlo, o (ii) una descripción suficientemente detallada (incluyendo el asunto de que se trate) de la categoría de documentos requeridos, la cual deberá ser reducida y específica y referirse a los documentos que razonablemente se crea que existen; b. una descripción de por qué los documentos requeridos son relevantes y sustanciales para la resolución del caso; y c. una declaración acerca de por qué razón los documentos requeridos no se encuentran en poder, custodia o control de la Parte que los solicita, así como de la razón por la que esa Parte asume que los documentos requeridos están en poder, custodia o control de la otra Parte[...].”¹⁵¹

El citado artículo tres Reglamento sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional posteriormente establece en el numeral trece, respecto al deber de confidencialidad lo siguiente:

Cualquier documento presentado o producido por una Parte o no Parte en el arbitraje y no de otra manera en el dominio público se mantendrá confidencial por el Tribunal Arbitral y las demás Partes, y será utilizado únicamente en relación con el arbitraje. Este requisito se aplicará excepto y en la medida en que la divulgación pueda ser requerida de una Parte para cumplir con un deber legal, proteger o perseguir un derecho legal, o hacer cumplir o impugnar un laudo en procedimientos legales de buena fe ante un tribunal estatal u otra autoridad judicial. Este requisito se entenderá sin perjuicio de todas las demás obligaciones de confidencialidad en el arbitraje.¹⁵²

¹⁵¹ Inglaterra, “Reglas sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional”, *Asociación Internacional de Abogados*, 17 de diciembre de 2020, art. 3, n.º 1-3, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC>; traducción propia.

¹⁵² *Ibíd.*, art. 3, n.º 12; traducción propia.

Resulta de singular interés el precitado artículo, ya que independiente al proceso de divulgación denominado discovery se debe mantener la confidencialidad del procedimiento arbitral. No obstante, se presenta como excepción a dicha obligación de confidencialidad con el fin de precautar legítimos intereses de las partes, tales como un deber legal, protección o persecución de un derecho o cumplir o impugnar un laudo, dando la posibilidad a una de las partes la posibilidad de accionar inclusive por la vía judicial.

Otro caso en la misma línea de análisis lo planteó el precedente jurisprudencial arbitral estadounidense en el caso Estados Unidos en contra de Panhandle Eastern Corporation, en donde la Corte del Distrito de Delaware resolvió en esta línea

Primero Begley no señala ningún acuerdo real de confidencialidad, documentado o de otro tipo. En cambio, simplemente da su opinión de que existía un “entendimiento general”. En segundo lugar, la declaración jurada convenientemente no indica si el entendimiento, si de hecho existió, fue alcanzado a solicitud de Sonatrach o PEPL. Esta distinción es significativa, porque en otra parte de la declaración jurada Begley afirma “que se dio cuenta de que Sonatrach es extremadamente sensible a las revelaciones de información que considera privadas” (Id. 11, en 5). Basado en su experiencia con Sonatrach, Begley se “formó la opinión” de que la privacidad y la confidencialidad eran esenciales para el éxito de la negociación con Sonatrach. (Id.) A pesar de la opinión de Begley para los efectos, sin embargo, el nunca afirmativamente acertó que Sonatrach realmente buscó un entendimiento en cuanto a la confidencialidad.

Incluso suponiendo que existiera un entendimiento, la declaración jurada no proporciona ejemplos específicos del daño que le ocurriría a PEPL en el momento de la revelación.¹⁵³

Así, la Corte del Distrito de Delaware permitió al gobierno estadounidense la divulgación de documentos relativos a un arbitraje previo, basado en estos dos argumentos, el primero fundado en que Panhandle Eastern Corporation no logró probar el perjuicio que le ocasionaría la divulgación de los documentos, así como porque no existía acuerdo expreso de confidencialidad entre las partes y con ello no existía un deber de confidencialidad.¹⁵⁴

Por otro lado, es indudable reconocer que hay terceros, tales como accionistas, contadores, entre otros, a los que se hace indispensable informar sobre la existencia del proceso arbitral y con ello la revelación de la confidencialidad arbitral. Este asunto

¹⁵³ Corte del Distrito de Delaware, “Decisión del 7 de junio de 1988”, *Caso United States vs. Panhandle Eastern Corp.*, 7 de junio de 1988, párr. 16-7, <https://www.casemine.com/judgement/us/5e6fc70f4653d0693dc9a281/amp>; traducción propia.

¹⁵⁴ Reymond-Eniaeva, *Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration*, 179.

también trató el caso Ciudad de Moscú en contra de Bankers Trust, en que el citado banco efectuó una emisión de bonos, e informó a sus accionistas y a terceros que participaban en la citada emisión de la existencia del proceso arbitral, incluso cuando tuvieron un laudo adverso.

Así la Corte de Apelaciones pronunciándose sobre si se había violado la obligación de confidencialidad señaló:

Si (en ausencia de otra buena razón para la publicación) el tribunal retiene la publicación cuando una de las partes antes que ella sufriría perjuicio real de la publicación o cuando la publicación revelaría asuntos cuya confidencialidad una o ambas partes han otorgado una importancia significativa, pero publica sus resoluciones en otros casos, los empresarios pueden estar seguros de que su privacidad y confidencialidad en el arbitraje, cuando corresponda se preservará. La interfaz limitada pero necesaria en el arbitraje y el sistema judicial público significa que no se puede esperar más. No se puede plantear la posibilidad de retener la publicación de resoluciones motivadas sobre una base general debido a una preocupación generalizada (y en mi opinión, infundada) de que su publicación alteraría la confianza de la comunidad empresarial en el arbitraje inglés.¹⁵⁵

Con estas decisiones arbitrales y particularmente ésta última se trazan varios criterios, por los cuales se permite de manera excepcional levantar ese deber de confidencialidad arbitral. El caso Ciudad de Moscú establece que debe existir una razón legítima para poder efectuar la divulgación del material o información del arbitraje, como la necesidad de informar a los inversores o accionistas de la existencia del arbitraje o del laudo per se, cuando esto pueda repercutir en la afectación financiera de su negocio. Y es que conforme se analizará también, de manera posterior, este laudo arbitral aborda también relevantes excepciones, como lo son la confrontación del interés público o una obligación estatutaria, en las que resulte indispensable la revelación a la obligación de la confidencialidad.

Ahora bien, resta tratar la última excepción a la obligación de confidencialidad que planteó el caso Ali Shipping Corporation, esto es la relativa al interés público. Sin embargo considero pertinente, dada su trascendencia, abordarla posteriormente, de manera exclusiva.

¹⁵⁵ Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, “Decisión del 25 de marzo de 2004”, párr. 41; traducción propia.

2. Excepciones de orden natural

La obligación de confidencialidad prevé excepciones de orden natural, en que por distintas causas el procedimiento arbitral se debe trasladar a la instancia jurisdiccional, tornándose los procesos en públicos. La primera excepción se origina cuando se ha planteado una acción de nulidad del laudo.

En la mayoría de legislaciones que siguen el sistema de derecho romano, tales como España, Perú, por citar ejemplos, en que los procesos judiciales son públicos y en consecuencia conocidos por terceros, renunciando de esta manera las partes a la confidencialidad que existió en el arbitraje.

En España, la acción de anulación del laudo arbitral sigue las reglas, previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la vía verbal sumaria, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de Arbitraje, revelándose la confidencialidad arbitral.¹⁵⁶

En esa línea, la normativa arbitral peruana prevé un procedimiento similar al ecuatoriano para la anulación del laudo arbitral, impugnándose ante la Corte Superior de Justicia,¹⁵⁷ pero lo que resulta interesante de esta ley es que expresamente establece que el deber de confidencialidad alcanza a todos los involucrados en el arbitraje, salvo “para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial”.¹⁵⁸

Estas excepciones que establece la citada normativa peruana, tanto para el recurso de anulación, como el de ejecución del laudo, son excepciones de orden natural, en que como se indica se revela el contenido del expediente arbitral, al ser los procesos judiciales públicos.

En el Ecuador, el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación plantea las causales por las cuales se puede interponer la acción de nulidad de laudo y establece los lineamientos para presentar la misma, esto es que dicha acción de nulidad de laudo arbitral debe interponerse dentro de un término de diez días, los mismos que se cuentan desde la fecha en que se ejecutorió el laudo, ante los árbitros y para ante el Presidente de la Corte Provincial de Justicia.¹⁵⁹

Así a través de la Resolución 08-2017 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana, se establecen las reglas para el trámite de la acción de nulidad del

¹⁵⁶ España, *Ley 60-2003 de Arbitraje*, art. 42.

¹⁵⁷ Perú, *Decreto Legislativo N°1071 que norma el arbitraje*, art. 64.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, art. 51.

¹⁵⁹ Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, art. 31.

laudo arbitral, intentando instaurar un procedimiento más ágil y claro para este tipo de procesos judiciales.¹⁶⁰

Sin embargo, el recientemente publicado Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación instauro un novedoso procedimiento tendiente a intentar proteger la confidencialidad, en la esfera judicial, siempre que las partes hayan pactado la confidencialidad, estableciéndose en el artículo 11, lo siguiente:

2. Durante el trámite de la acción de nulidad, en caso de haberse pactado arbitraje confidencial, cualquiera de las partes podrá solicitar al Presidente de la Corte Provincial que adopte cualquier medida necesaria para preservar la confidencialidad de información sensible, incluyendo la restricción de acceso al expediente únicamente a las partes mientras se tramita la acción de nulidad, la no identificación de las partes o el certificar cualquier información o razonamiento que conste en la decisión que se mantendrá en el archivo público de la judicatura.

3. Una vez resuelta la acción de nulidad, se mantendrá copia únicamente de la sentencia en el archivo y, en el término de cinco días, se devolverá el expediente al Centro de Arbitraje y Mediación, en caso de arbitrajes administrados, o al tribunal arbitral, en caso de arbitrajes independientes.¹⁶¹

La reglamentación ecuatoriana prevé la confidencialidad arbitral durante el curso de la acción de nulidad, restringiendo información sensible de las partes, tales como su no identificación, acceso restringido sólo a éstas, inclusive al momento de expedirse la resolución, solicitándolo en tal sentido al Presidente de la Corte Provincial de Justicia.

Sin embargo, es interesante señalar que la citada reglamentación extiende la obligación de confidencialidad arbitral hasta la resolución que emita el Presidente de la Corte Provincial de Justicia, tornándose en ese momento la sentencia en pública.

Así, la segunda excepción de orden natural que se plantea es que de existir un laudo a favor de una de las partes, en caso de incumplirse con el mismo, se puede plantear un proceso de ejecución, el cual se instaurará en vía judicial.

El Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano establece como títulos de ejecución, entre otros, el laudo arbitral¹⁶² y para ello prevé un proceso denominado de ejecución, que inclusive en el caso de incumplirse con el mandamiento de ejecución, el juez ordenará que se publique el mismo en la página web de la Función Judicial, para conocimiento de terceros.¹⁶³

¹⁶⁰ Ecuador, *Resolución 08-2017*, Registro Oficial 983, 12 de abril de 2017, art. 1.

¹⁶¹ Ecuador, *Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación*, art. 11, n.º 2-3.

¹⁶² Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 363.

¹⁶³ *Ibíd.*, art. 375.

Lo propio sucede en el caso de medidas cautelares, cuya ejecución directa por los árbitros debe pactarse expresamente en caso de ser necesarias, en el convenio arbitral. En Ecuador, las partes pueden accionar por la vía judicial, peticionando a los jueces que ordenen la ejecución de medidas cautelares,¹⁶⁴ revelándose específicamente la existencia del procedimiento arbitral.

En la práctica en nuestro país, no se requiere remitir el expediente arbitral al órgano jurisdiccional, ya que las medidas cautelares se solicitan de la misma manera como consta previsto en el Código Orgánico General de Procesos,¹⁶⁵ necesitando acreditarse que existe un proceso de fondo, para que las medidas cautelares se mantengan vigentes y con ello no caduquen.

En la misma línea, el Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje en el Perú, establece que para el “incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial”¹⁶⁶ se debe acreditar únicamente la existencia del arbitraje, para lo cual los jueces no darán paso a ningún tipo de recurso.

No obstante lo anterior, la legislación española en materia arbitral prevé en el artículo 23 que “a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos”.¹⁶⁷ En España, al solicitarse medidas cautelares, se debe ventilar la existencia, así como el contenido del expediente arbitral, tornándose de conocimiento público, y levantándose el deber de confidencialidad, planteándose una tercera excepción a la confidencialidad arbitral, de manera natural.

Por otro lado, respecto a la acción extraordinaria de protección, la Constitución de la República del Ecuador establece que “procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional”.¹⁶⁸

Así, la Corte Constitucional ha resuelto en diversos fallos, amparados en el artículo 94 de la Constitución de la República del Ecuador, que procede también la acción extraordinaria de protección contra laudos arbitrales, siempre que exista violación de derechos constitucionales, por acción u omisión.

¹⁶⁴ Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, art. 9.

¹⁶⁵ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 125.

¹⁶⁶ Perú, *Decreto Legislativo N°1071 que norma el arbitraje*, art. 48, n.º 2.

¹⁶⁷ España, *Ley 60-2003 de Arbitraje*, art. 23.

¹⁶⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 94.

Consecuentemente, la Corte Constitucional al momento de resolver, respecto a la acción extraordinaria de protección, al analizar lo atinente al laudo arbitral, resulta intrínseco de igual manera, que los jueces tendrán también acceso al contenido del expediente arbitral, planteándose con ello una cuarta excepción, de orden natural, al deber de confidencialidad.

3. Excepciones justificadas en razones de orden público

Las excepciones a la obligación de confidencialidad arbitral justificadas en razones de orden público, se amparan en la necesidad o búsqueda de transparencia, particularmente en los arbitrajes de inversión, donde el Estado y los inversores son partes.

El tratadista Fernández Masiá señala:

Frente a la tradicional confidencialidad, en los últimos años se ha venido apoyando la idea de la transparencia, entendida como la condición que permite al público en general acceder a la información de los datos relativos a los procedimientos arbitrales y, bajo ciertas condiciones a algunos terceros ajenos a la disputa, a intervenir en dichos procedimientos.¹⁶⁹

Los límites al deber de confidencialidad justificadas en el orden público, la jurisprudencia arbitral, los reglamentos arbitrales y las legislaciones nacionales las ha diferenciado como excepciones fundamentadas tanto en el interés público, como en el interés de la justicia.

Estos límites o excepciones a la obligación de confidencialidad continúan generando amplio debate, cuando se pone en discusión que principios deben primar sobre la confidencialidad; si dicha confidencialidad debe ceder sobre la transparencia, o si aspectos como la salud, el medio ambiente o la justicia, deben contar con una mayor protección. Sin duda interesantes cuestionamientos que en la actualidad no alcanzan uniformidad de criterios y que serán tratados a continuación.

3.1. Excepción justificada en el interés público

Antes de examinar este límite a la obligación de confidencialidad, resulta necesario establecer que se entiende por interés público:

¹⁶⁹ Enrique Fernández Masiá, *La transparencia al rescate del arbitraje inversor-estado* (España: Tirant lo Blanch Editorial, 2019), 28-9.

Al modo legal de hacer valer un derecho del que un sujeto individual o colectivo, invocando el interés de la sociedad en su conjunto, pretende ser titular, pudiendo ejercitarse dicha acción ante los órganos jurisdiccionales, administrativos y legislativos del Estado.¹⁷⁰

Esta excepción a la obligación de confidencialidad es sin duda, la que más debate ha generado en las últimas décadas, a nivel internacional en los arbitrajes de inversión. Tiene como precedente el caso australiano *Esso Australia Resources Ltd v. Plowman*.¹⁷¹ En este caso, esta entidad suscribe dos contratos para la venta de gas natural con dos empresas públicas australianas *The Gas and Fuel Corporation of Victoria (GFC)* y *The State Electricity Commission of Victoria (SEC)*. En estos contratos se había pactado la revisión de precios, particularmente si existían modificaciones a nivel impositivo. Adicionalmente, las partes habían pactado arbitraje en dichos contratos, frente a la posibilidad de desavenencias que pudieran suscitarse al existir incrementos de precios del combustible, durante el decurrir del contrato.¹⁷²

Así *Esso Australia Resources Ltd.* buscaba un incremento de precio como consecuencia de un nuevo impuesto, y bajo las disposiciones contractuales debía establecer las razones para el citado incremento, para lo cual reveló en un arbitraje los documentos necesarios para conocimiento de la contraparte *GFC* y *SEC*, pero pretendió que éstos no fueran notificados a las autoridades australianas, ni a la población.¹⁷³ Sin embargo el Ministro, encargado del área hidrocarburífera del país, en el arbitraje defendió que estos documentos e información debía conocerlos la población.

Como consecuencia de ello dentro del arbitraje, la Corte australiana se pronunció estableciendo que para que exista obligación de confidencialidad debe existir cláusula expresa dentro del acuerdo suscrito por las partes, que en este caso no existía, así como

¹⁷⁰ Jorge Correa Fontecilla, “Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho”. *Revista Española de Control Externo*, accedido 16 de abril de 2021, 139, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2254414>

¹⁷¹ Corte Suprema de Australia, “Decisión del 7 de abril de 1995”, *Caso Esso Australia Resources Ltd v. The Honorable Sidney James Plowman and Others*, 7 de abril de 1995, [https://staging.hcourt.gov.au/assets/publications/judgments/1995/013--ESSO_AUSTRALIA_RESOURCES_LTD_AND_OTHERS_v_THE_HONOURABLE_SIDNEY_JAMES_PLOWMAN_AND_OTHERS--\(1995\)_128_ALR_391.html](https://staging.hcourt.gov.au/assets/publications/judgments/1995/013--ESSO_AUSTRALIA_RESOURCES_LTD_AND_OTHERS_v_THE_HONOURABLE_SIDNEY_JAMES_PLOWMAN_AND_OTHERS--(1995)_128_ALR_391.html)

¹⁷² Enrique Miguel Chávez Bardales, “Privacidad y Confidencialidad en el Arbitraje Comercial Internacional”, accedido 28 de febrero de 2021, <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/privacidad-arbitraje.html>, “web desaparecida”.

¹⁷³ Reymond-Eniaeva, *Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration*, 179-0.

que los ciudadanos australianos tenían el derecho de ser informados respecto a las controversias públicas que se susciten.¹⁷⁴

En esa línea, la Corte australiana señaló:

39. Los tribunales siempre han visto los secretos gubernamentales de manera diferente a los secretos personales y comerciales (31). Como indiqué en *The Commonwealth of Australia c. John Fairfax and Sons Ltd.* (32), el poder judicial debe ver la divulgación de información gubernamental "a través de diferentes ángulos". Esto implica una inversión de la carga de la prueba: el gobierno debe demostrar que el interés público exige la no divulgación (33).

40. Este enfoque no fue adoptado por la mayoría de la Cámara de los Lores en *British Steel Corporation c. Granada Television Ltd.* (34), donde los documentos confidenciales en cuestión revelaron la mala gestión interna de una autoridad legal. De paso, la mayoría atribuyó a la excepción de interés público un alcance muy estrecho, afirmando que, aunque la divulgación era de interés público, no lo era (35). No aceptaría este punto de vista. El enfoque esbozado en *John Fairfax* debería adoptarse cuando la información se refiere a autoridades legales o servicios públicos porque, como señala el profesor Finn (36) en el sector público, 'la necesidad es de una apertura forzosa, no de un creciente secretismo. El presente caso es un ejemplo sorprendente de este principio. ¿Por qué se debe negar a los consumidores y al público de Victoria el conocimiento de lo que ocurre en estos arbitrajes, cuyo resultado afectará, con toda probabilidad, los precios que se cobran a los consumidores por los servicios públicos?'¹⁷⁵

El juez Mason en este caso concluyó que se trataba de una excepción al interés público, así como también trató el concepto de secretos gubernamentales, bajo el cual consideró que esta información debe tratarse con transparencia, por ser material sensible.

Dentro del mismo caso, se pronunciaron también los jueces respecto al interés público indicando que "es poco probable que el cumplimiento del deber para con el público requiera la revelación de cada documento o pieza de información. Puede ser posible respetar la sensibilidad comercial de la información contenida en documentos particulares mientras se cumple con el deber para con el público y, cuando sea posible, se debe respetar la obligación general de confidencialidad".¹⁷⁶

Otro caso muy importante que invoca esta excepción a la obligación de confidencialidad es el caso *Mancomunidad de Australia en contra de la compañía Cockatoo Dockyard Pty. Ltd.*, en adelante *Codock*, en la cual se alegó que *Codock* violó el contrato de arrendamiento que se le otorgó para mantener, y posteriormente ceder la isla *Cockatoo*, cerca de *Sydney*, en buen estado. La isla había sido utilizada como astillero naval desde 1857 a 1991. Para ese momento, el contrato de arrendamiento aún se

¹⁷⁴ *Ibid.*, 180.

¹⁷⁵ Corte Suprema de Australia, "Decisión del 7 de abril de 1995", párr. 40; traducción propia.

¹⁷⁶ *Ibid.*, párr. 9.

encontraba vigente, sin embargo, las partes se vieron envueltas en un arbitraje, en el cual Australia alegó que Cockatoo incumplió el contrato, por haber contaminado con componentes tóxicos la isla de Cockatoo.¹⁷⁷

Contractualmente se había pactado un árbitro único, el cual preservó la confidencialidad del arbitraje; no obstante, el arbitraje subió en apelación para ante la Corte Suprema australiana, en la cual el pronunciamiento del Juez Kirby fue confirmado por los otros jueces quien resolvió:

Lo que está en juego no son solo los derechos de la Mancomunidad y Codock. Es esencial para mi razonamiento que los derechos del público y la protección del interés público están involucrados, incluyendo el correcto funcionamiento de la Ley de Libertad de Información y lo adecuado en relación con la protección de la salud pública y la defensa del medio ambiente. Teniendo en cuenta aquellas preocupaciones públicas que subyacen a las órdenes que estoy a favor de proporcionar alivio, el de la demora en impugnar la falta de poder sugerida por el árbitro no debe ser fatal.

La Mancomunidad presionó repetidamente sus solicitudes ante el árbitro. Al menos en primera instancia, este era el paso correcto que debía dar. Cuando sus repetidos esfuerzos no lograron persuadir al árbitro, solicitó el alivio de la Corte. La Corte debía otorgar ese alivio. No implica interferencia en el arbitraje. Implica limitar el arbitraje a sus límites adecuados. Haciendo esto, la Corte defiende la importancia del interés público en el flujo generalmente libre de información sobre asuntos de interés público que la dirección del árbitro, imperturbable, inhibiría.¹⁷⁸

Adicionalmente se hace mención a que es necesario la revelación de la confidencialidad cuando se trata de obligaciones legales que conciernen el interés público, y para sustentar el laudo en este caso citan en la decisión nuevamente el caso *Eso Australia Resources Ltd v. Plowman*:

Cabe señalar que Brennan J enfatizó dos veces que el interés de ser defendido no tiene por qué ser un interés estrictamente legal. Puede abarcar un interés moral, político o filosófico fuertemente arraigado, por ejemplo, uno que favorezca la libertad del público para tener acceso a materiales y documentos de legítimo interés para el público. Es inconsistente con el sesgo del derecho consuetudinario a favor del derecho del público al acceso a la información, ahora reforzado por leyes como la Ley a la Libertad de Información y más recientemente respaldado por el principio constitucional, para sostener que un árbitro, de conformidad con un contrato privado o poderes procesales conferido por la Ley puede efectivamente rechazar el propio criterio del Commonwealth del interés público y el uso de sus documentos para promover ese interés y su deber gubernamental de protegerlo.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Corte Suprema de Australia, “Decisión del 27 de junio de 1995”, Caso *Mancomunidad de Australia vs. Cockatoo Dockyard Pty Ltd*, 27 de junio de 1995, 665-6, <https://nswlr.com.au/download-pdf/36-NSWLR-662>

¹⁷⁸ *Ibíd.*, 683; traducción propia.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, 682; traducción propia.

Por otro lado, por expresa disposición legal de los países o los estatutos de las empresas, y en aras de buscar una mayor transparencia, permiten la revelación de la confidencialidad, para que de manera privada accionistas, inversores, instituciones financieras, aseguradoras, auditores tengan conocimiento de información de relevancia de sus sociedades, antes o durante un arbitraje; así como que instituciones gubernamentales pongan en el conocimiento público, transgresiones a la normativa, así como a la ética.

De igual manera en países donde sus legislaciones societarias prevén para las compañías la revelación de información a las instituciones públicas, que tengan relación con potenciales contingentes o riesgos, montos de acreencias a las instituciones financieras, o ejecuciones de pólizas de seguro, así como en procesos de diligencia debida, donde por el proceso de adquisición de una compañía, se deba revelar la existencia de un arbitraje donde se pactó confidencialidad.

Adicionalmente, al tratarse de compañías que cotizan en bolsa y que por ende están sujetas a amplias regulaciones y supervisión de los organismos estatales, es indudable que en caso de suscitarse un arbitraje o la posible existencia del mismo deben notificar a los diferentes actores del mercado, tanto por estatuto como por expresa disposición legal.

Por ende, en las legislaciones que forman parte de los países miembros de la Comunidad Europea, cuentan con normas muy estrictas en ese sentido, así como en Estados Unidos a través de sus leyes de libertad de información. En la misma línea, en América del Sur, y concretamente en Ecuador, el sector de seguros y bursátil se encuentra ampliamente regulado, teniendo información de índole confidencial que debe ser presentada a sus accionistas, auditores, y organismos de control, en el caso de ser un hecho relevante, a efectos de dejar evidenciados potenciales contingentes de las empresas, así como para prevenir el lavado de activos y delitos.

Sin embargo, con frecuencia en Ecuador los auditores sin mayor justificación solicitan a las empresas informes sobre la existencia o posibilidad de litigios, en estos casos, las compañías deben tener especial precaución sobre la documentación que revelan a las firmas auditoras, para no incurrir en incumplimientos contractuales de haberse pactado confidencialidad arbitral.

Otro importante caso en que se resuelve en favor del interés público como excepción, es el caso Televisión de Nueva Zelanda, una compañía pública de televisión

nacional, quien se ve inmersa en un arbitraje,¹⁸⁰ y en el que las partes en su acuerdo habían pactado confidencialidad con Langley Productions. Sin embargo en este proceso arbitral, la Corte analizó que atendiendo a que la compañía de televisión era de naturaleza pública y en consecuencia pagaba a sus trabajadores con fondos provenientes de los contribuyentes es de interés público el conocer como son destinados estos fondos, permitiendo con ello la revelación de la confidencialidad.¹⁸¹

A través de los años, y el hecho que el principio de transparencia ha ganado terreno en el campo arbitral, sobre todo en arbitrajes de inversiones donde el Estado forma parte, es que cada día más legislaciones arbitrales han incluido esta excepción a la obligación de confidencialidad, tal es el caso de países como Australia, Nueva Zelanda, Singapur, Perú y Bolivia.

Sin duda, el tema resulta muy controvertido, porque se discute si prima el interés público en detrimento del interés privado. Sin perjuicio de ello, tanto la doctrina como las legislaciones nacionales en materia arbitral poco a poco van cediendo frente a este límite, entendiendo que la obligación de confidencialidad, es un principio indiscutible y esencial en el arbitraje, pero que temas de relevancia para la sociedad como lo son el medio ambiente, la salud pública, o cuando se presentan casos de corrupción, por citar ejemplos, exceden la esfera privada de las partes, por representar casos que atañen al interés público y en los cuales se debe dar paso al principio de transparencia.

El foro arbitral discute que debe hacer el árbitro de llegarse a evidenciar actos de corrupción en el arbitraje, ¿se debería garantizar la obligación de confidencialidad? Por otro lado, existe el cuestionamiento también hasta donde llega este límite “¿existe siempre o sólo cuando una de las partes lo alega?”.¹⁸² La noción de separabilidad de la cláusula compromisoria facultaría al árbitro para que pueda conocer el arbitraje, inclusive si se estuviera resolviendo respecto a un contrato ilícito.¹⁸³

Por otro lado, el Reglamento de Arbitraje Local para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación AMCHAM,¹⁸⁴ establece que el árbitro no faltará al

¹⁸⁰ Corte de Apelación de Wellington, “Decisión del 7 de febrero de 2000”, Caso *Television Nueva Zelanda Ltd vs Langley Productions*, 7 de febrero de 2000, <https://www.lawreports.nz/television-new-zealand-ltd-v-langley-productions-ltd-2000-2-nzlr-250/>

¹⁸¹ Smeureanu, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, 119-0.

¹⁸² Victoria Garín Gimenez, *La corrupción y el arbitraje*. (San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2018), 28.

¹⁸³ Juan Francisco González Guarderas, “¿Qué hacer cuando la corrupción llega al arbitraje?”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 9 (2017): 29.

¹⁸⁴ Ecuador, *Reglamento de Arbitraje Local para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación AMCHAM Quito*, art. 38, n.º 7.

principio de confidencialidad, suministrando información a terceras personas ajenas al proceso, en el supuesto de haberse requerido por autoridad competente. En la misma línea, el Código Orgánico Integral Penal¹⁸⁵ conmina a los ciudadanos a denunciar, de llegar a conocer actos de corrupción, en ese deber de garantizar la probidad y transparencia, por tratarse de temas de orden público.

Adicionalmente, en los casos en los cuales un tribunal arbitral determine que es necesaria la remisión de información a autoridades, como la Fiscalía o un órgano jurisdiccional, cuando encuentren que en el procedimiento arbitral se ha cometido algún ilícito, o que ciertas actuaciones probatorias revelan la comisión de delitos, no solo que no existiría incumplimiento a la obligación de confidencialidad por parte de los árbitros, sino que tienen ese deber ético y legal de denunciar, en virtud de lo dispuesto en el Código Orgánico Integral Penal.¹⁸⁶

En ese sentido, qué sucede cuando las autoridades públicas precitadas, en el contexto de una investigación o un órgano jurisdiccional, requieren a directores de centros de arbitraje o tribunales arbitrales la remisión de información, ¿se vulneraría el principio de confidencialidad? Al respecto, se debe puntualizar que para que los tribunales arbitrales o los directores de centros administrados revelen documentación del procedimiento arbitral, en el contexto de una investigación de orden penal, ésta debe estar relacionada con lo que se ventila en el arbitraje.

Como se ha señalado, el incumplimiento a la obligación de confidencialidad por parte del centro administrado o del tribunal arbitral acarrea responsabilidades, con lo cual, éstos estarían en la obligación de revelar, siempre que una disposición legal los conmine así hacerlo, así como que el proceso judicial que se ventila guarde relación con el arbitraje.

En consecuencia, de llegarse a revelar información del arbitraje, ésta se deberá circunscribir a lo específicamente requerido por la autoridad y bajo ningún concepto develar todas las actuaciones arbitrales. Adicionalmente, ni los árbitros, ni los centros administrados pueden revelar información si una disposición legal no los obliga a hacerlo, de lo contrario generaría la responsabilidad civil de indemnizar económicamente a las partes por la revelación.

Sin perjuicio de lo expuesto, como también se analizó, frente a la existencia de un requerimiento legal por parte de Fiscalía o de un órgano jurisdiccional, con el claro convencimiento por parte del centro administrado o del tribunal arbitral de la existencia

¹⁸⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 422, n°. 1.

¹⁸⁶ *Ibíd.*

de la comisión de un delito o de actos de corrupción, estos tienen el deber legal y ético de revelar la información del procedimiento arbitral, no solo por un tema de orden público, sino de transparencia, que considero no vulneraría el principio de confidencialidad.

Así, como señala el Juez Denning dentro del caso *Riddick* en contra de *Thames Board Mills Ltd.*:

La razón para compeler a la divulgación de documentos de esta manera radica en el interés público en descubrir la verdad para que se haga justicia entre las partes. Ese interés público debe ponerse en la balanza contra el interés privado de preservar la privacidad y proteger la información confidencial. El saldo se reduce de la manera ordinaria a favor del interés público de descubrir la verdad, es decir, en hacer una divulgación completa.¹⁸⁷

En la actualidad, en los arbitrajes internacionales se propone que el principio de transparencia, se presente con dos limitantes. La primera excepción a esta transparencia radicaría cuando es necesario precautelar documentos de índole confidencial del arbitraje, tales como secretos mercantiles o gubernamentales.¹⁸⁸

La segunda excepción radicaría cuando la citada transparencia coloque en una situación de amenaza al propio proceso arbitral, colocándolo en riesgo inminente. El caso *Biwater Gauff Limited* en contra de *Tanzania*, clarifica esta excepción a la transparencia señalando “el Tribunal, al tiempo que reconoce el carácter público de la controversia, ponderó ser necesario limitar la publicidad del caso para asegurar el buen funcionamiento y la integridad del procedimiento”.¹⁸⁹

Si bien, el debate a nivel doctrinario y jurisprudencial arbitral continúa, el principio de transparencia cada vez gana más adeptos, por lo cual es deber de los tribunales arbitrales proteger ante todo el proceso arbitral y con ello la confidencialidad.

A través de los años, y el hecho que el principio de transparencia ha ganado terreno en el campo arbitral, sobre todo en arbitrajes de inversiones donde el Estado forma parte, es que cada día más legislaciones arbitrales han incluido esta excepción a la obligación de confidencialidad, tal es el caso de países como Australia, Nueva Zelanda, Singapur, Perú y Bolivia.

¹⁸⁷ Corte de Apelación de Inglaterra, “Decisión del 11 de marzo de 1977”, *Caso Riddick vs Thames Board Mills Ltd.*, 11 de marzo de 1977, 895, <https://lexlaw.co.uk/wp-content/uploads/2020/05/Riddick-v-Thames-Board-Mills-1977-Q.B.-881-CA-898.pdf>; traducción propia.

¹⁸⁸ Eduardo Silva, “De la obligación de confidencialidad en el arbitraje internacional y materias aledañas”, 152.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, 153.

Ahora bien, ¿cómo se podría dotar de objetividad a los límites a la obligación de confidencialidad, cuando se involucra el orden público y revelación cuando sea “razonablemente necesario para la protección de los legítimos intereses?”

Es indiscutible que la amplitud con la cual han resuelto las cortes en Inglaterra o Australia sobre esa necesidad de revelación, justificadas en el interés público o en el interés en la justicia, es la que no ha permitido consensos a nivel normativos y doctrinarios.

Así particularmente las cortes inglesas, para dotar de objetividad a este límite a la confidencialidad, cuando sea “razonablemente necesario para la protección de los legítimos intereses, estableció que no bastaba que la información fuera solamente útil para ordenar la divulgación en otro arbitraje, sino que se debe aplicar un test de “razonable necesidad”, en el que el Tribunal debe examinar lo siguiente: la naturaleza y propósito del arbitraje, el establecer claramente para que se requiere la documentación o información a divulgarse, la finalidad u objetivo que sustenta la revelación de la información buscada, así como la practicidad y el costo de obtener dicha prueba o información en otro lugar.¹⁹⁰

Este test de “razonable necesidad” resulta indispensable para dotar de objetividad a esta excepción a la obligación de confidencialidad, que en la práctica se han adoptado específicamente en procesos arbitrales en que las partes son las mismas y que los argumentos del primer arbitraje resultan útiles en el segundo procedimiento arbitral, pero como ya se evidenció, para efectos de alegar esta excepción no basta alegar la utilidad, sino también delimitar los argumentos previamente descritos.

Por otro lado, a nivel latinoamericano, resulta interesante como la legislación boliviana aborda en su normativa, esta excepción a la confidencialidad arbitral justificada en razones de orden público, circunscribiendo la posibilidad de revelación, cuando se encuentren involucrados los intereses del Estado,¹⁹¹ cuando existan indicios de comisión delictiva,¹⁹² así como también en el caso de la legislación peruana, dando paso a la revelación en los arbitrajes en los que interviene el Estado peruano, concretamente respecto a las actuaciones arbitrales y el laudo, pero una vez que ha concluido el proceso arbitral.¹⁹³ De esta manera estas dos legislaciones latinoamericanas dotan de objetividad

¹⁹⁰ *Ibíd.*

¹⁹¹ Bolivia, *Ley 708 de Conciliación y Arbitraje*, art. 8.

¹⁹² *Ibíd.*

¹⁹³ Perú, *Decreto Legislativo N°1071 que norma el arbitraje*, art. 51.

a este límite a la obligación de confidencialidad, justificada en razones de orden público, restringiendo la revelación específicamente para los precitados supuestos, garantizando la confidencialidad arbitral.

Sin duda, el tema resulta muy controvertido, porque se discute si prima el interés público en detrimento del interés privado. Sin perjuicio de ello, tanto la doctrina como las legislaciones nacionales en materia arbitral poco a poco van cediendo frente a este límite, entendiendo que la obligación de confidencialidad, es un principio indiscutible y esencial en el arbitraje, pero que temas de relevancia para la sociedad como lo son el medio ambiente, la salud pública, o cuando se presentan casos de corrupción, por citar ejemplos, exceden la esfera privada de las partes, por representar casos que atañen al interés público y en los cuales se debe dar paso al principio de transparencia.

3.2. Excepción fundamentada en el interés de la justicia

Los tribunales arbitrales han encontrado la justificación de este límite a la obligación de confidencialidad, amparados en varias razones, entre ellas, cuando es una obligación legal o estatutaria impuesta y obliga a la revelación de la confidencialidad; asimismo, para evitar que las partes presenten pruebas contradictorias particularmente de testigos, así como cuando sea necesario proteger los intereses de las partes arbitrales.¹⁹⁴

El caso *Ali Shipping* resuelve sobre esta excepción al deber de confidencialidad, en el cual la Corte Inglesa de Apelaciones, concretamente el juez Mance, hace una distinción frente al interés público:

Como cuestión de terminología, preferiría reconocer tal excepción bajo el título ‘los intereses de la justicia’ en lugar de ‘el interés público’ para evitar la sugerencia de que el uso de esta última frase debe interpretarse como una extensión más amplia del interés público contenido en el caso *Esso Australia*.¹⁹⁵

La decisión arbitral acogiendo la excepción en el interés de la justicia se presenta también en el caso de *John Forster Emmott* en contra de la compañía *Michael Wilson & Partners Limited*.¹⁹⁶ La citada compañía *Michael Wilson & Partners Limited*, había

¹⁹⁴ Smeureanu, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, 122.

¹⁹⁵ Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, “Decisión del 19 de diciembre de 1997”, párr. 12; traducción propia.

¹⁹⁶ Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, “Decisión del 12 de marzo de 2008”, Caso *John Forster Emmott vs. Michael Wilson & Partners Limited*, 12 de marzo de 2008, párr. 2-4, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2008/184.html>.

contratado al señor Emmott como abogado de su firma. La empresa alegaba que Emmott incumplió el contrato celebrado entre las partes, al haber éste iniciado un negocio similar con otros dos empleados de la firma de abogados. Michael Wilson & Partners Limited demanda en arbitraje a Emmott en Inglaterra, en las Islas Vírgenes, y en Nueva Gales del Sur, sin perjuicio que también se inician procesos arbitrales en Jersey y en Colorado.¹⁹⁷

Emmot solicita en el arbitraje de Inglaterra que se le permita utilizar el material aportado dentro de ese arbitraje por la firma legal para los otros dos procesos arbitrales, porque de lo contrario pudiera generarse decisiones contradictorias, moción que le fue concedida por parte del Juez Flaux, bajo el siguiente argumento:

la divulgación al ser en los intereses de la justicia es para que los tribunales extranjeros no fueran engañados o potencialmente engañados donde los casos que se estaban avanzando en los diversos procedimientos estaban esencialmente planteando iguales o similares alegaciones.¹⁹⁸

Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, dentro del mismo caso, se pronuncia bajo esta línea de análisis:

Los factores que me llevan a la conclusión de que el juez tenía razón sobre el fondo del caso son los siguientes: primero, MWP le había dicho a la corte de Nueva Gales del Sur en marzo de 2007 que los argumentos subyacentes en los procedimientos de Nueva Gales del Sur y el arbitraje de Londres eran los mismos; en segundo lugar, MWP había buscado enmiendas en los procedimientos de Nueva Gales del Sur en octubre de 2007 para lograr un "nivel de paridad" en los procedimientos en Nueva Gales del Sur, las BVI y el arbitraje de Londres; tercero, a pesar de que las denuncias de fraude contra el Sr. Emmott se habían retirado en el arbitraje de Londres, en los procedimientos de Nueva Gales del Sur se dijo que él era culpable de fraude; cuarto, sin haber sido informado del arbitraje de Londres, existía el peligro de que se engañara al tribunal de Nueva Gales del Sur. Estos asuntos me llevan a la conclusión de que los intereses de la justicia requieren la divulgación. Los intereses de la justicia no se limitan a los intereses de la justicia en Inglaterra. La dimensión internacional del presente caso exige una visión más amplia.¹⁹⁹

En este caso se plantea por primera vez también la excepción a la obligación de confidencialidad fundamentada en el interés de la justicia, pero no solo en la esfera nacional para el caso de Inglaterra, sino que con el pronunciamiento de la Corte inglesa se da la posibilidad de que la documentación del arbitraje en Inglaterra, fuera presentada también en los procedimientos arbitrales iniciados en distintos países.

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, "Decisión del 12 de marzo de 2008", párr. 26.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, párr. 111.

A través de los años, y el hecho que el principio de transparencia ha ganado terreno en el campo arbitral, sobre todo en arbitrajes de inversiones donde el Estado forma parte, es que cada día más legislaciones arbitrales han incluido esta excepción a la obligación de confidencialidad, tal es el caso de países como Australia, Nueva Zelanda, Singapur, Perú y Bolivia.

Sin duda, el tema resulta muy controvertido, porque se discute si prima el interés público en detrimento del interés privado. Sin perjuicio de ello, tanto la doctrina como las legislaciones nacionales en materia arbitral poco a poco van cediendo frente a este límite, entendiendo que la obligación de confidencialidad, es un principio indiscutible y esencial en el arbitraje, pero que temas de relevancia para la sociedad como lo son el medio ambiente, la salud pública, o cuando se presentan casos de corrupción, por citar ejemplos, exceden la esfera privada de las partes, por representar casos que atañen al interés público y en los cuales se debe dar paso al principio de transparencia.

4. Límite a la obligación de confidencialidad por publicidad del laudo

Si bien es cierto que el principio de la confidencialidad prevalece tanto en el foro nacional como internacional arbitral, se debe tomar en consideración que en algunas leyes nacionales, así como reglamentos de centros de arbitraje, en ocasiones puntuales, cuando el caso analizado sea de relevancia para fines académicos o que se postule la creación de jurisprudencia arbitral, se admite la publicidad del laudo, generando un límite a la obligación de confidencialidad.

Se presenta también otro límite a la obligación de confidencialidad por publicidad del laudo, cuando el Estado se ve inmerso como parte dentro de un procedimiento arbitral, tornándose en público, por expresa disposición legal del país, como es el caso del Perú.²⁰⁰

Así, en el Ecuador, el recientemente publicado Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación prevé la publicidad de los laudos, siempre que no se identifique a las partes y que se lo realice con fines académicos, para lo cual establece:

En caso de arbitrajes administrados, los centros de arbitraje podrán incluir información relativa al arbitraje en todas sus estadísticas y publicaciones relativas a sus actividades, siempre que esa información no identifique a las partes. Bajo las mismas condiciones y con fines únicamente académicos, los centros de arbitraje podrán publicar las

²⁰⁰ Perú, *Decreto Legislativo N°1071 que norma el arbitraje*, art. 51, n.º 3.

resoluciones que los árbitros adopten en los procesos sometidos a su conocimiento con identificación de los árbitros que lo suscriben.²⁰¹

Adicionalmente, el Reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, señala:

Los conciliadores deberán ejercer su cargo respetando el principio de confidencialidad, sin divulgar información alguna que haga relación a los casos asignados. Igual obligación tendrán los árbitros, secretarios y peritos cuando las partes hayan pactado confidencialidad. Podrá, sin embargo, darse a conocer aspectos jurídicos de los laudos y los procesos arbitrales con fines académicos, para contribuir a la formación de un cuerpo de doctrina arbitral.²⁰²

Por muchos años, el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil fue el único centro administrado del país que a través de su reglamento preveía la publicidad del laudo arbitral con fines académicos, en los cuales solo se podía incluir determinados aspectos jurídicos del laudo y del procedimiento arbitral.

Sin embargo, con la publicación del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación se da paso para que más centros administrados propendan a publicar sus laudos exclusivamente con fines académicos, preservando la obligación de confidencialidad y no identificación de las partes, pero permitiendo que el foro arbitral conozca de las nuevas tendencias arbitrales a través de los laudos que se emitan.

Resulta interesante también que en el citado reglamento se permita identificar a los árbitros suscriptores de las resoluciones que adopten dentro de un proceso arbitral, siguiendo la línea de los países anglosajones. Considero que esto último no pone en peligro la confidencialidad, ya que como ya se ha analizado, los árbitros están obligados a guardar ese deber de confidencialidad, potenciando a través del reglamento en mención ese impulso, para que la jurisprudencia arbitral que se emita en el Ecuador conlleve un mayor estudio de los casos, así como que cada centro arbitral no resuelva de manera aislada, sino que guarden lineamientos para resolver ciertas temáticas.

En cuanto al derecho comparado, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima precautela ante todo la confidencialidad, a pesar de existir la revelación, buscando proteger a las partes arbitrales, así establece:

3. No obstante lo dispuesto en los numerales precedentes, el Centro puede, con fines académicos, publicar laudos o decisiones seleccionadas, de forma íntegra, por extractos

²⁰¹ Ecuador, *Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación*, art. 11, n.º 1.

²⁰² Ecuador, *Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil*, art.84.

o por sumario, siempre que sean previamente editados para ocultar el nombre de las partes y otros datos que permitan su identificación y ninguna parte objete su publicación dentro de los plazos establecidos por la Secretaría para estos propósitos.

4. Salvo disposición legal diferente, cuando el Estado interviene como parte, las actuaciones arbitrales están sujetas a confidencialidad y el laudo es considerado público únicamente cuando hayan terminado las actuaciones.²⁰³

El mencionado reglamento arbitral peruano plantea en primer lugar, una interesante excepción, en cuanto a la publicidad del laudo, la primera es la publicación de laudos con fines académicos, a realizarse de tres maneras, por extractos o sumarios, es decir la publicación se realizaría específicamente de la parte que tenga relevancia o trascendencia doctrinal, o de forma total, pero siempre garantizando la confidencialidad de las partes, impidiendo de esta manera su identificación, que pudiera ocasionarles un perjuicio posterior.

Por otro lado, la citada normativa peruana, prevé también otro límite de la confidencialidad frente a la publicidad del laudo, cuando se presenta el Estado como parte arbitral. Este reglamento arbitral de la Cámara de Comercio de Lima, así como la propia normativa arbitral peruana,²⁰⁴ establecen que las actuaciones procesales donde interviene el Estado son confidenciales, sin perjuicio de que el laudo es público.

Este límite a la confidencialidad va de la mano con la excepción que se analizó de manera previa al interés público, entendiendo que por temas de transparencia se debe autorizar la revelación por expresa disposición legal.

5. Tendencias normativas

Han transcurrido más de 20 años desde que se dictó el laudo en el caso Ali Shipping y aún las legislaciones nacionales y reglamentos arbitrales no alcanzan uniformidad de criterios, respecto a los límites a la obligación de confidencialidad.

No obstante, existe un consenso a nivel doctrinario y jurisprudencial arbitral que el principio de confidencialidad es de vital importancia en el arbitraje.

Sin embargo, vemos que el deber de confidencialidad no es absoluto y se presentan situaciones excepcionales que han ameritado que las legislaciones arbitrales tomen en consideración su revisión, planteándose reglamentaciones, donde se aborda de

²⁰³ Perú, *Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima*, art. 43.

²⁰⁴ Perú, *Decreto Legislativo N°1071 que norma el arbitraje*, art. 51.

manera frontal a la confidencialidad y sus límites, así como otras que han optado por ni siquiera mencionarla.

En cuanto a la normativa internacional, encontramos varias posiciones, por un lado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial no menciona en su articulado a la confidencialidad²⁰⁵. En cuanto al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, tampoco ha previsto un artículo específico que aborde el tema de la confidencialidad arbitral, dejando abierta la posibilidad de que las partes pacten confidencialidad o no en sus convenios arbitrales. Únicamente, se advierte una referencia a la confidencialidad arbitral en el artículo 22, numeral 3 que señala:

A solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar órdenes sobre la confidencialidad del proceso arbitral o de cualquier otro asunto relativo al arbitraje y podrá tomar medidas para proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial.²⁰⁶

Agregando el artículo 8 apéndice I del Estatuto de la Corte Internacional que “la actividad de la Corte es de carácter confidencial [...]”.²⁰⁷

Sin perjuicio que la citada reglamentación arbitral no lo aborda directamente, la Cámara de Comercio Internacional ha conformado equipos de trabajo en diferentes países, entre ellos Ecuador, a efectos de recomendar la modernización de las legislaciones arbitrales nacionales, entre ellas, lo referente a la obligación de confidencialidad y potenciales excepciones a la misma.

Sin perjuicio de lo anterior, en la actualidad se advierte que hay varias tendencias normativas en pro de las excepciones al deber de confidencialidad, que ganan cada día más fuerza y son admitidas en las legislaciones nacionales, así como en los reglamentos arbitrales.

Una tendencia normativa ha sido considerar como excepción a la confidencialidad es la publicación de los laudos con fines académicos. Dentro de esta tendencia encontramos como ejemplos al Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual,²⁰⁸ el Reglamento de Arbitraje de Milán,²⁰⁹ el Reglamento de

²⁰⁵ Estados Unidos, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*.

²⁰⁶ Francia, *Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, art. 22.3.

²⁰⁷ Francia, *Estatuto de la Corte Internacional de Arbitraje*, 1 de enero de 2021, art. 8, <https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2021/01/ICC-2021-Arbitration-Rules-english-version.pdf>

²⁰⁸ Suiza, *Reglamento de arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, art. 78, lit. b.

²⁰⁹ Italia, *Reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje de Milán*, 1 de julio de 2020, art. 8, n.º 2, <https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/arbitrato/ARBITRATION%20RULES%202020.pdf>.

Arbitraje de la Cámara de Comercio del Perú,²¹⁰ el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación en Ecuador.²¹¹

Así, el Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual plantea la excepción de la publicación de información referente al procedimiento arbitral, para publicaciones de índole arbitral, estableciendo que esa información no permita conocer quiénes son las partes arbitrales, ni las circunstancias del procedimiento arbitral, así el artículo 78 prevé:

b) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado a), el Centro podrá incluir información relativa al arbitraje en toda estadística global que aparezca en publicaciones relativas a sus actividades, siempre que esa información no permita la identificación de las partes ni las circunstancias particulares de la controversia.²¹²

En la misma línea, el Reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje de Milán establece en el artículo 8, de igual manera, la posibilidad de publicar el laudo con fines de investigación, a saber:

2. Para fines de investigación, el centro de arbitraje podrá publicar o acordar publicar la decisión arbitral en formato anónimo, a menos que alguna de las partes se oponga a la publicación dentro de los 30 días posteriores a la expedición del laudo arbitral.²¹³

En Ecuador como se ha revisado, la Ley de Arbitraje y Mediación no establece la confidencialidad, pero da la posibilidad a las partes para pactarla. No obstante lo anterior, el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación establece que “[...] con fines académicos, los centros de arbitraje podrán publicar las resoluciones que los árbitros adopten en los procesos sometidos a su conocimiento con identificación de los árbitros que lo suscriben”.²¹⁴

Al ser una potestad del centro de arbitraje el publicar los laudos que se dicten, queda a discreción de éstos el publicar sus resoluciones arbitrales para fines de investigación. Así, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil,²¹⁵ a través de su reglamento, ha dado un paso adelante en este sentido, así como también lo ha hecho el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.²¹⁶

²¹⁰ Perú, *Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima*, art. 43.

²¹¹ Ecuador, *Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación*, art. 11, n.º 1.

²¹² *Ibid.*, art. 78.

²¹³ Italia, *Reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje de Milán*, art. 8, n.º 2; traducción propia.

²¹⁴ Ecuador, *Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación*, art. 11, n.º 1.

²¹⁵ Ecuador, *Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil*, art. 84.

²¹⁶ Perú, *Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima*, art. 43.

Se advierte que la tendencia en la normativa es preservar y proteger la confidencialidad, con lo cual, a pesar de presentarse la revelación, es indispensable el precautelar ante todo a las partes arbitrales y que éstas no sean identificadas.

Asimismo, otra tendencia normativa que se establece en el derecho comparado, y que la ha acogido el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriano, es respecto a la excepción a la confidencialidad al impugnarse el laudo.

Existe en la actualidad en Ecuador un proyecto de Ley de Arbitraje presentado ante la Asamblea Nacional, que propende cambios significativos a la actual normativa, entre ellos estableciendo límites a la obligación de confidencialidad similares a las que plantea la actual normativa peruana.

Perú, a través de su Decreto Legislativo que norma el arbitraje impone la obligación de confidencialidad para todas las partes involucradas dentro del arbitraje, planteando los siguientes límites:

[...] 2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial. . 3. En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.²¹⁷

Precisando por el momento, la tendencia normativa que establece como excepción al deber de confidencialidad cuando se interpone el recurso de anulación o la ejecución del laudo en sede judicial como se ha señalado se torna en público el proceso arbitral. Reglamentación arbitral como la del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres²¹⁸ y la del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur²¹⁹ también prevén este límite a la confidencialidad arbitral.

Así también, en España, la acción de anulación del laudo arbitral sigue las reglas, previstas en la norma procesal civil, de conformidad a lo establecido en la Ley de Arbitraje, revelándose la confidencialidad arbitral.²²⁰

²¹⁷ Perú, *Decreto Legislativo N°1071 que norma el arbitraje*, art. 51, n.° 2-3.

²¹⁸ Inglaterra, *Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres*, 1 de octubre de 2014, art. 30, https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx.

²¹⁹ Singapur, *Reglas de arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur*, 1 de agosto de 2016, art. 39, n.° 2, <https://siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016>.

²²⁰ España, *Ley 60-2003 de Arbitraje*, art. 42.

Por lo cual resulta interesante, lo previsto en el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana²²¹ que a pesar del importante intento por proteger la obligación de confidencialidad en las acciones de nulidad de laudo, en sede judicial, es inevitable que eventualmente termine tornándose el proceso en público, al momento de dictarse la resolución por parte del Presidente de la Corte Provincial de Justicia o al momento de interponerse el procedimiento de ejecución del laudo.

Otras tendencias normativas que se presentan con frecuencia como excepción a la obligación de confidencialidad en el derecho comparado, se suscitan por una orden de autoridad competente, ante una exigencia legal o cuando existe un derecho legítimo a proteger.

Así, el ya citado Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de Milán prevé como excepción la siguiente:

El centro de arbitraje, las partes, sus abogados, el tribunal arbitral y los peritos mantendrán la confidencialidad del procedimiento y el laudo arbitral, salvo en el caso que sea necesario utilizarlo para proteger los derechos de una de las partes o que la ley lo prevea.²²²

En la misma línea, el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres en el artículo 30 remite a la confidencialidad, previendo un detalle de excepciones, que no debe sorprender, ya que los tribunales ingleses a través de su jurisprudencia arbitral son los que más han resuelto en favor de los límites de la confidencialidad. Así dicha normativa se expresa de la siguiente manera:

30.1 Las partes se comprometen como principio general a mantener la confidencialidad de todos los laudos en el arbitraje, junto con todos los materiales del arbitraje creados con el propósito del arbitraje y todos los demás documentos producidos por la otra parte en el procedimiento que no sean de dominio público, salvo y en la medida en que la divulgación pueda ser requerida por una parte por obligación legal, para proteger o perseguir un derecho legítimo, o hacer cumplir o impugnar un laudo en procedimientos legales ante un tribunal estatal u otra autoridad legal.

30.2 Las deliberaciones del Tribunal Arbitral serán confidenciales entre sus miembros, salvo que fuera requerido por cualquier ley aplicable y en la medida en que se requiera la revelación de los demás miembros del Tribunal Arbitral para justificar la negativa de un árbitro a participar en el arbitraje, en virtud de los Artículos 10, 12, 26 y 27.²²³

La Corte de Arbitraje Internacional de Londres garantiza la confidencialidad del proceso arbitral, el material y documentos que se produzcan en el arbitraje, así como los

²²¹ Ecuador, *Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación*, art. 11, n.º 2.

²²² Italia, *Reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje de Milán*, art. 8; traducción propia.

²²³ Inglaterra, *Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres*, art. 30; traducción propia.

laudos, y plantea como excepciones a la obligación de confidencialidad que la revelación sea impuesto por obligación legal, para proteger o perseguir un derecho legítimo, ejecutar o impugnar un laudo ante un tribunal o autoridad competente.

Otro importante centro arbitral que instaura la obligación de confidencialidad, pero que implanta excepciones, es el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, el cual a través de sus reglas arbitrales establece:

A menos que lo contrario se acuerde las partes, una parte o cualquier árbitro, incluyendo cualquier Árbitro de Emergencia y cualquier persona designada por el Tribunal, incluidos cualquier secretario administrativo y cualquier perito, no deberá, sin el consentimiento previo por escrito de las partes, divulgar a un tercero cualquier asunto excepto:

- a. con el fin de presentar una solicitud ante cualquier tribunal de cualquier Estado para hacer cumplir o impugnar el laudo;
- b. de conformidad con una orden o una citación emitida por un tribunal de jurisdicción competente;
- c. con el propósito de perseguir o hacer cumplir un derecho legítimo o demanda;
- d. de conformidad con las disposiciones de las leyes de cualquier Estado que son vinculantes para la parte que hace la divulgación o la solicitud o requisito de cualquier organismo regulador u otra autoridad;
- e. de conformidad con una orden del Tribunal a solicitud de una de las partes con la debida notificación a las otras partes; o
- f. a los efectos de cualquier solicitud de conformidad con la Regla 7 o la Regla 8 de este reglamento.²²⁴

Este reglamento arbitral y concretamente el antes mencionado artículo es muy interesante. Claramente establece quienes deben guardar la confidencialidad, incluyendo además de las partes y los árbitros, figuras como el árbitro de emergencia, peritos o personal del centro arbitral, pero también establece límites al deber de confidencialidad que constituyen tendencias normativas en el derecho comparado.

Por otro lado, las excepciones al deber de confidencialidad que se presentan en las reglas del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur constituyen novedosas tendencias normativas que amplían el espectro de los límites a la obligación de confidencialidad, previendo la posibilidad de que un tercero se incorpore al procedimiento arbitral a través de una orden del propio tribunal arbitral, previa notificación a la parte, o si se llegaran a consolidar procesos arbitrales, que resulta muy interesante, inclusive, por economía procesal.

El *amicus curiae* es una figura que no prevé la legislación arbitral ecuatoriana, por lo que de momento no es viable en el arbitraje nacional.

²²⁴ Singapur, *Reglas de arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur*, art. 39, n.º 2; traducción propia.

Sin embargo, resulta interesante analizar un connotado procedimiento arbitral en que se permitió la participación de varias organizaciones no gubernamentales, a través de la figura del *amicus curiae*, que fuera resuelto por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en el cual la compañía *Biwater Gauff (Tanzania) Limited*, una empresa privada de operación y gestión de agua interpuso una demanda arbitral, relacionada con una divergencia al contrato y acuerdos celebrados con la República Unida de Tanzania²²⁵.

En este arbitraje, las partes habían pactado el sometimiento a las Reglas del Centro Internacional para Resolución de Disputas sobre Inversiones, las cuales establecían en su Regla 37 (2), lo siguiente:

Al considerar si conceder la solicitud, el Tribunal tiene en cuenta factores tales como (Regla de Arbitraje 37(2)):
 si la presentación ayudaría al Tribunal al brindar una perspectiva diferente a la de las partes contendientes;
 si la presentación abordaría un asunto dentro del alcance de la disputa, y
 si la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento.²²⁶

Ahora bien, hay que partir del hecho que para que sé de paso a la misma es necesario que las partes hayan pactado el sometimiento a la normativa del país o de un centro administrado que prevea esta figura.

En esa línea, se debe tomar en consideración que la intervención de terceros ajenos al arbitraje, a través de la presentación de una petición de *amicus curiae* implica un límite a la obligación de confidencialidad, ya que dichos terceros presentan voluntariamente su petición, para colaborar con el tribunal arbitral en la decisión que pudieran tomar y no se encuentran vinculados por la confidencialidad arbitral.

En ese sentido, como se revisó en la precitada reglamentación del Centro Internacional para Resolución de Disputas sobre Inversiones, a través de la interposición del *amicus curiae*, han fallado los árbitros particularmente en los arbitrajes de inversión, en pro de la revelación de la confidencialidad por temas de transparencia, entendiendo

²²⁵ Centro Internacional para Resolución de Disputas sobre Inversiones, “Decisión del 24 de julio de 2008”, *Caso Biwater Gauff (Tanzania) Limited vs. República Unida de Tanzania*, 24 de julio de 2008, párr. 4, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>; traducción propia.

²²⁶ Estados Unidos, *Reglas del Centro Internacional para Resolución de Disputas sobre Inversiones*, 10 de abril de 2006, art. 37(2), [https://icsid.worldbank.org/services/arbitration/convention/process/ndp#:~:text=Tribunals%20may%20accept%20submissions%20by,written%20submission%20in%20the%20case](https://icsid.worldbank.org/services/arbitration/convention/process/ndp#:~:text=Tribunals%20may%20accept%20submissions%20by,written%20submission%20in%20the%20case;); traducción propia.

que dichos terceros contribuyen con los tribunales arbitrales proporcionándoles un punto de vista distinto o un alcance diferente de la disputa.

Por otro lado, si bien el *amicus curiae* constituye en ciertas legislaciones y reglamentos arbitrales una excepción a la obligación de confidencialidad, amparada en la comparecencia voluntaria de los terceros, considero que es factible para conciliar la figura del *amicus curiae* el establecer en la reglamentación de los centros administrados que los terceros que comparezcan en los procedimientos arbitrales suscriban un acuerdo de confidencialidad, respecto a la información a la que pudieran tener acceso durante el arbitraje.

Otra tendencia normativa que plantea un límite a la obligación de confidencialidad se presenta cuando el Estado se ve involucrado en procesos arbitrales, y en definitiva cuando se abordan temas de orden público.

Conforme se ha analizado de manera detallada en esta tesis los afamados casos planteados por la jurisprudencia arbitral particularmente la australiana e inglesa, donde los tribunales han implementado los límites a la obligación de confidencialidad cuando se ven inmersos temas de orden público, salud o medio ambiente, así como a nivel latinoamericano, en países como Bolivia y Perú,²²⁷ cuando el Estado forma parte de los arbitrajes, y en los cuales se ha instaurado excepciones al deber de confidencialidad, con fines de transparencia.

De lo evidenciado, las tendencias normativas se decantan a favor del establecimiento de la obligación de confidencialidad y a propender que todas las personas involucradas en el arbitraje la protejan. De la mano, vemos también que cada día más reglamentos arbitrales en el mundo acogen situaciones de excepción a este deber de confidencialidad y que como en el caso de Singapur, estos límites inclusive van en aumento.

Así, el foro arbitral internacional actualmente propende a acoger las excepciones sea por una orden de autoridad competente, porque una ley así lo establece, para precautelar un derecho legítimo, por interés público o también porque se presenta la necesidad de accionar en sede judicial para ejecutar el laudo o interponer una acción que nulite el laudo dictado, tornándose el proceso judicial en público.

En definitiva, no es menor el hecho que siempre se podrán suscitar nuevas excepciones a la obligación de confidencialidad, como lo plantea el caso de la

²²⁷ Perú, *Decreto Legislativo N°1071 que norma el arbitraje*, art. 51, n.º 2-3.

reglamentación singaporense, con figuras como la de un tercero que pase a formar parte del proceso arbitral o la consolidación de procesos arbitrales, figuras que cada día son más utilizadas en el arbitraje internacional y doméstico.

6. Criterios para el mejoramiento de reglamentos locales

La necesidad de unificar criterios en los distintos reglamentos de los centros arbitrales del Ecuador resulta importante para garantizar lineamientos en materia de confidencialidad arbitral.

Considero importante que cuenten con estos criterios:

1) Si bien es cierto actualmente existe instaurado el principio de reserva en los reglamentos de los centros administrados en el país, aun cuando las partes no hayan pactado expresamente confidencialidad arbitral, considero fundamental establecer la obligación de confidencialidad en los reglamentos de las instituciones arbitrales ecuatorianas. Con ello se garantizaría ese deber de confidencialidad de todos los intervinientes que tengan acceso al procedimiento arbitral, así como del material y documentos que se ventilen en el arbitraje.

Adicionalmente, en el supuesto que las partes hubieran omitido pactar la confidencialidad arbitral en la cláusula compromisoria, pero si la remisión al reglamento de la institución arbitral, pudieran acogerse en caso de tener que interponer una acción de nulidad de laudo, prevista en el Reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación, el continuar acogéndose a la confidencialidad, mientras se ventile la impugnación en la esfera judicial.

2) Determinar los sujetos obligados a mantener la confidencialidad. Personalmente considero que la confidencialidad debe recaer en todas las personas que de manera directa o indirecta tienen acceso al procedimiento arbitral, esto es además de las partes, los abogados, los árbitros, la institución arbitral y el personal de la misma que tiene acceso al procedimiento arbitral; asimismo los testigos, los peritos y en general terceros que pudieran ser parte del proceso arbitral.

3) Establecer el alcance de la obligación de confidencialidad, para lo cual es importante indicar que el laudo es confidencial, así como se mantendrá también la privacidad de todas las actuaciones arbitrales. Adicionalmente, que todo el material aportado dentro del arbitraje es confidencial, salvo que se encuentre en el dominio público. Asimismo, que todas las diligencias efectuadas dentro del procedimiento arbitral,

declaraciones de testigos, informes periciales, deliberaciones del tribunal arbitral, así como la emisión del laudo deben mantenerse en estricta confidencialidad.

4) Incorporar responsabilidades a los sujetos involucrados en el arbitraje en caso de incumplimiento al deber de confidencialidad. Esta obligación se debe extender a todos los intervinientes que tengan acceso al procedimiento arbitral, incluido el centro administrado y su personal.

5) Respecto a los límites a la obligación de confidencialidad, deben tomarse en consideración las diferentes excepciones que se han analizado de manera previa, esto es cuando exista una disposición legal que conmine a la revelación de la información del procedimiento arbitral o del laudo, para precautelar o hacer cumplir un legítimo derecho. Asimismo, un límite justificado en temas de interés público, así como en el interés de la justicia. Se deben tomar en consideración también las excepciones de orden natural, que se pudieran presentar como la ejecución del laudo o interposición de medidas cautelares.

Ahora bien, como se analizó existen distintas excepciones al deber de confidencialidad que ya se han presentado en la práctica en las diferentes legislaciones y lo cierto es que se presentarán nuevas situaciones excepcionales en el futuro.

En esa línea, es interesante evaluar que además de los límites a la confidencialidad que se establezcan de manera taxativa en los reglamentos arbitrales, se permita la posibilidad al tribunal arbitral que autorice la revelación excepcional cuando la parte justifique la necesidad de la revelación; tales como cuando sea imperiosa la consolidación de procedimientos arbitrales, por economía procesal o que terceros intervengan en el arbitraje, pudieran estar inmerso estos casos en dicha posibilidad.

6) En cuanto a la publicidad del laudo, como ya se expuso, el único centro arbitral en el Ecuador que al momento prevé la publicación del laudo, con fines académicos, se encuentra previsto en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil. No obstante, la expedición del reciente Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación impulsará a que cada día más centros administrados en el Ecuador, publiquen sus laudos, precautelando la no identificación de las partes.

Resulta de vital importancia que todos los centros arbitrales incluyan este lineamiento, garantizando la confidencialidad, ya que la creación de una gaceta arbitral, propenderá al fortalecimiento y construcción de mayor doctrina en esta materia.

La unificación de criterios entre los distintos centros arbitrales ecuatorianos resulta inminente, no solo para propender a que se expida una nueva ley de arbitraje, sino

también para que los reglamentos arbitrales del país incorporen en la normativa las nuevas tendencias del foro arbitral internacional.

Conclusiones

La necesidad de mantener la confidencialidad en el arbitraje es indiscutible. El amplio debate que ha generado a través de las últimas décadas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia arbitral, ha obligado a que muchas legislaciones y reglamentos arbitrales internacionales se replanteen criterios respecto de la misma.

Sin embargo, en el foro arbitral ecuatoriano poco se ha discutido respecto a la obligación de confidencialidad, dejando ésta al arbitrio de la voluntad de las partes, si optan o no por su incorporación en los convenios arbitrales.

La realidad es que el recientemente publicado Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación dedica un articulado específico para la confidencialidad arbitral, lo cual sin duda aporta luces de la preocupación que esta temática genera también en el ámbito nacional.

Los objetivos planteados en esta tesis radicaron en establecer el alcance de la obligación de confidencialidad del árbitro y de todos los sujetos involucrados en el proceso arbitral, así como examinar cuáles son los límites que se presentan en el derecho comparado. A continuación, expongo mis principales conclusiones:

a) Conclusiones sobre el alcance de la obligación de confidencialidad del árbitro y de todos los sujetos involucrados en el proceso arbitral

Del análisis efectuado, en cuanto al alcance material de la obligación de confidencialidad se concluyó que resulta de vital importancia el proteger toda la documentación constante del expediente arbitral, a menos que la información se encuentre en el dominio público, o las partes la hayan excluido expresamente. Adicionalmente, alcanza todas las instancias del procedimiento arbitral, incluidas las audiencias, deliberaciones, el laudo, e inclusive actualmente el proceso de impugnación en sede judicial, como consecuencia de la interposición de la acción de nulidad, siempre que se haya pactado expresamente confidencialidad.

Paralelamente, se concluyó también que la obligación de confidencialidad vincula a todos los sujetos que tienen acceso al procedimiento arbitral, esto es a las partes, los abogados de éstas, los árbitros, terceros vinculados al arbitraje, la institución arbitral y el personal de ésta que tenga acceso al expediente, así como en el evento de interponerse

acción de nulidad del laudo también alcanzaría a los funcionarios judiciales y al presidente de la Corte Provincial de Justicia, en este último caso, cuando así fue solicitado por cualquiera de las partes, mientras se tramita la acción de nulidad.

El acuerdo expreso de confidencialidad instaurado por las partes en la cláusula compromisoria, garantiza su obligatorio cumplimiento; sin embargo, es claro que en muchos casos los efectos de estas cláusulas tienen límites o excepciones.

Con lo cual el rol de cada uno de los intervinientes en el proceso arbitral es fundamental, en virtud de la naturaleza contractual que los vincula, sea por el convenio arbitral, por los reglamentos de los centros administrados o inclusive por la propia normativa.

La función del abogado y ese deber ético y contractual que le une con las partes en precautelar el material e información confidencial que se aporte en el arbitraje, lo cual va de la mano con ese sigilo profesional al que están obligados en razón de su profesión.

Por otro lado, el importante rol de las instituciones arbitrales y de su personal en proteger la confidencialidad arbitral, en todas las actuaciones arbitrales, incluyendo también la documentación que se aporte dentro del proceso arbitral resulta indispensable.

De ahí deviene que al pactar las partes el sometimiento a arbitraje en un determinado centro administrado tanto a nivel nacional como internacional, éstas deben tener pleno conocimiento de su reglamentación institucional, así como de sus códigos de ética, ya que pudieran llegar a suplir vacíos del convenio arbitral, sobre todo en cuanto al tratamiento de la confidencialidad del material que se ventile en el arbitraje.

Respecto a los terceros vinculados al procedimiento arbitral, tales como expertos o testigos, no hay uniformidad de criterios a nivel doctrinario, si la obligación de confidencialidad los vincula o no. La práctica arbitral en búsqueda de una solución sugiere la suscripción de clausulados de confidencialidad, particularmente para los testigos.

Asimismo, la obligación de confidencialidad alcanza también a los árbitros, quienes no solo por ese aspecto ético de su encargo, sino por obligación legal y contractual, están avocados a protegerla. En esa misma línea, se encuentran también los funcionarios públicos y el presidente de la Corte Provincial de Justicia en el caso de interponerse la acción de nulidad de laudo.

Se concluyó también que sin perjuicio de haberse pactado confidencialidad se pueden presentar también incumplimientos de los sujetos intervinientes en el arbitraje, habiéndose analizado en esta tesis niveles de responsabilidad, particularmente para los

árbitros, tanto de orden disciplinario, como civil y penal, con el objeto de establecer sanciones y con ello abarcar el real alcance y repercusiones de la obligación de confidencialidad.

b) Conclusiones sobre los límites que se presentan a la confidencialidad en procesos arbitrales en el derecho comparado

Por otro lado, en la actualidad vemos que muchas legislaciones, reglamentos de instituciones arbitrales internacionales, así como la jurisprudencia arbitral abogan por una obligación de confidencialidad con límites.

El principio del *pacta sunt servanda* prevé que si las partes pactaron la inclusión dentro de su convenio arbitral de un clausulado en favor de la confidencialidad antes, durante y posterior al proceso arbitral debe respetarse. Sin embargo, existen situaciones excepcionales que obligan a la revelación de la confidencialidad, tales como cuando una Corte haya autorizado la revelación, para precautelar intereses legítimos de una de las partes en el arbitraje, límites de orden natural, la publicidad de los laudos, así como excepciones basadas en razones de orden público, entre otras, que plantean que la confidencialidad arbitral no resulte absoluta.

Así, el establecimiento de límites a la obligación a la confidencialidad en el derecho comparado va en franco crecimiento, tal es el caso de países como Inglaterra, Australia, Singapur, Nueva Zelanda, Bolivia, Perú, en los cuales ha imperado esa búsqueda de transparencia que reclama la sociedad, particularmente cuando el Estado se encuentra inmerso en procesos arbitrales, o cuando se ven involucrados aspectos como la salud pública o el medio ambiente, proponiendo que a través de la revelación de la confidencialidad se proporcione confianza y seguridad a la colectividad en las decisiones arbitrales.

c) Conclusiones sobre mejoras necesarias en el ordenamiento ecuatoriano

La unificación de criterios de los reglamentos de las instituciones arbitrales locales resulta necesaria, en cuanto a la implementación de reformas que abarquen el alcance de la obligación de confidencialidad, los niveles de responsabilidad de los sujetos involucrados y mayores sanciones en caso de incumplimientos, así como la creación de

una gaceta arbitral que permita la publicación de los laudos, sin identificación de las partes, y exclusivamente con fines académicos.

El Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación extiende el alcance de la obligación de confidencialidad a los funcionarios judiciales y al presidente de la Corte Provincial de Justicia, en el caso de interponerse una acción de nulidad, pero también ha dado ese impulso adicional que requerían los centros administrados en el país para que publiquen sus laudos, protegiendo la confidencialidad en la no identificación de las partes, pero revelándose a la vez a los árbitros suscriptores del laudo arbitral, viéndose implementado así un claro límite a la obligación de confidencialidad.

Así, más que ponerse en riesgo a la confidencialidad arbitral se propende a fortalecer al arbitraje *per se*, a través de una mayor exigencia de motivación en los laudos arbitrales que se dicten, y la creación por parte de las instituciones arbitrales de gacetes arbitrales, desmitificando la idea de secretismo que envuelve en muchos casos al arbitraje, que han generado en gran medida que la sociedad reclame transparencia frente a la sensación de abusos, así como la falta de implementación de sanciones, particularmente para los árbitros.

Es claro que como en toda regla la obligación de confidencialidad también admite límites; no obstante, resultan indiscutibles las ventajas que aporta al arbitraje. Las nuevas tendencias en favor de la revelación de la confidencialidad, particularmente en temas de orden público, se está imponiendo poco a poco a nivel internacional, en favor de una mayor transparencia.

Definitivamente, el sistema arbitral ecuatoriano tendrá como reto en el futuro cercano, el lograr encontrar el balance preciso entre el principio de confidencialidad y el principio de transparencia.

Bibliografía

- Ajibo, Kenneth. “La confidencialidad en el arbitraje internacional: Suposiciones de la obligación implícita y una propuesta de solución”. *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional* 3, n.º 2 (2015): 212, <https://biblat.unam.mx/hevila/Revistalatinoamericanadederechocomercialinternacional/2015/vol3/no2/3.pdf>.
- Australia. *Ley de Arbitraje Internacional*, Acto 136-1974, 9 de diciembre de 1974. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2011C00342>.
- Australia. *Reglamento del Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional*, 1 de enero de 2016. <https://acica.org.au/wp-content/uploads/Rules/2016/ACICA-Arbitration-Rules-2016.pdf>.
- Bolivia. *Ley 708 de Conciliación y Arbitraje*. Gaceta Oficial 770 NEC, 25 de junio de 2015. <https://web.senado.gob.bo/sites/default/files/LEY%20N%C2%B0%20708-2015.PDF>.
- Caivano, Roque. “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”. *Revista Lima Arbitration*, n.º 4, (2010-2011): 120-38.
- Chávez Bardales, Enrique Miguel. “Nuevas perspectivas sobre la privacidad y confidencialidad en el arbitraje comercial internacional”. *Revista Lima Arbitration*, n.º 3 (2008-2009): 242-58.
- Chávez Bardales, Enrique Miguel. “Privacidad y Confidencialidad en el Arbitraje Comercial Internacional”. Accedido 28 de febrero de 2021. <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/privacidad-arbitraje.html>; web desaparecida.
- Colombia. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Ley 1563, 12 de julio de 2012. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/co/co100es.pdf>.
- Centro Internacional para Resolución de Disputas sobre Inversiones. “Decisión del 24 de julio de 2008”. *Caso Biwater Gauff (Tanzania) Limited vs. República Unida de Tanzania*. 24 de julio de 2008. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>.
- Consejo Privado Europeo. “Decisión del 29 de enero de 2003”. *Caso Associated Electric & Gas Insurance Services Ltd vs. European Reinsurance Company of Zurich*. 29

- de enero de 2003.
<https://www.casemine.com/judgement/uk/5b2897fe2c94e06b9e19e2>.
- Correa Fontecilla Jorge. “Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho”. *Revista Española de Control Externo*. Accedido 16 de abril de 2021. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2254414>.
- Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales. “Decisión del 19 de diciembre de 1997”. *Caso Ali Shipping Corporation vs. Shipyard Trogir*. 19 de diciembre de 1997. <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a938b4060d03e5f6b82bcf0>.
- Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales. “Decisión del 25 de marzo de 2004”. *Caso Departamento de Política Económica y Desarrollo de la Ciudad de Moscú y Anor vs. Compañía Bankers Trust*. 25 de marzo de 2004. <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7b460d03e7f57eb15d1>.
- Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales. “Decisión del 12 de marzo de 2008”. *Caso John Forster Emmott vs. Michael Wilson & Partners Limited*. 12 de marzo de 2008. <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2008/184.html>.
- Corte de Apelación de Inglaterra. “Decisión del 11 de marzo de 1977”. *Caso Riddick vs Thames Board Mills Ltd*. 11 de marzo de 1977. <https://lexlaw.co.uk/wp-content/uploads/2020/05/Riddick-v-Thames-Board-Mills-1977-Q.B.-881-CA-898.pdf>.
- Corte de Apelación de Wellington. “Decisión del 7 de febrero de 2000”. *Caso Television Nueva Zelanda Ltd vs Langley Productions*. 7 de febrero de 2000. <https://www.lawreports.nz/television-new-zealand-ltd-v-langley-productions-ltd-2000-2-nzlr-250/>.
- Corte del Distrito de Delaware. “Decisión del 7 de junio de 1988”. *Caso United States vs. Panhandle Eastern Corp*. 7 de junio de 1988. <https://www.casemine.com/judgement/us/5e6fc70f4653d0693dc9a281/amp>.
- Corte Suprema de Australia. “Decisión del 7 de abril de 1995”. *Caso Esso Australia Resources Ltd v. The Honorable Sidney James Plowman and Others*. 7 de abril de 1995. [https://staging.hcourt.gov.au/assets/publications/judgments/1995/013--ESSO_AUSTRALIA_RESOURCES_LTD_AND_OTHERS_v_THE_HONOURABLE_SIDNEY_JAMES_PLOWMAN_AND_OTHERS--\(1995\)_128_ALR_391.html](https://staging.hcourt.gov.au/assets/publications/judgments/1995/013--ESSO_AUSTRALIA_RESOURCES_LTD_AND_OTHERS_v_THE_HONOURABLE_SIDNEY_JAMES_PLOWMAN_AND_OTHERS--(1995)_128_ALR_391.html).

- Corte Suprema de Australia. “Decisión del 27 de junio de 1995”. Caso *Mancomunidad de Australia vs. Cockatoo Dockyard Pty Ltd.* 27 de junio de 1995. <https://nswlr.com.au/download-pdf/36-NSWLR-662>.
- Durán Ponce, Augusto. “Secreto profesional del abogado”, 13 de junio de 2016. <https://derechoecuador.com/secreto-profesional-del-abogado/>.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005.
- Ecuador. *Código de Ética Profesional Avellán Ferrés*, Federación Nacional de Abogados, 1969.
- Ecuador. *Código de Ética para Mediadores, Árbitros, Secretarios y Peritos del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito*, 2000.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015.
- Ecuador. *Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito*, 21 de julio de 2011.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial 145, 4 de septiembre de 1997.
- Ecuador. *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial 417, 14 de diciembre de 2006.
- Ecuador. *Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial Suplemento 524, 26 de agosto de 2021.
- Ecuador. *Reglamento de Arbitraje Local para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación AMCHAM Quito*, 20 de julio de 2021.
- Ecuador. *Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil*, 10 de mayo de 1999.
- Ecuador. *Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil*, 10 de marzo de 2008.
- Ecuador. *Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana*, 26 de octubre de 2010.
- Ecuador. *Resolución 08-2017*. Registro Oficial 983, 12 de abril de 2017.
- Endara Flores, Francisco. “La Confidencialidad en el Arbitraje, el caso de Ecuador”, *Revista CREA – Universidad Católica de Temuco*. Accedido 26 de febrero de 2021.

- http://repositoriodigital.uct.cl/bitstream/handle/10925/65/CREA_03_2009_6_art3.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- España. *Ley 60-2003 de Arbitraje*. Boletín Oficial del Estado 309, 23 de diciembre de 2003. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>.
- España. *Código Penal*. Boletín Oficial del Estado 281, 24 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>.
- Estados Unidos. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*, 4 de diciembre de 2006. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf.
- Estados Unidos. *Reglamento de arbitraje internacional del Centro Internacional de Resolución de Disputas*, 1 de marzo de 2021. https://www.icdr.org/sites/default/files/ICDR_Rules_Spanish.pdf.
- Estados Unidos. *Reglamento del Centro Internacional para Resolución de Disputas sobre Inversiones*, 10 de abril de 2006. <https://icsid.worldbank.org/services/arbitration/convention/process/ndp#:~:text=Tribunals%20may%20accept%20submissions%20by,written%20submission%20in%20the%20case>.
- Fernández Masiá, Enrique. *La transparencia al rescate del arbitraje inversor-estado*. España: Tirant lo Blanch Editorial, 2019.
- Fernández Rozas, José Carlos. “Trayectoria y contorno del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”. *Revista de Arbitraje Comercial e Inversiones* 2, n.º 2 (2009): 338-73. https://eprints.ucm.es/id/eprint/9258/1/TRAYECTORIA_Y_CONTORNOS_DE_L_MITO_DE_LA_CONFIDENCIALIDAD.pdf.
- Francia. *Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, 1 de enero de 2021. <https://www.iccpain.org/wp-content/uploads/2021/01/ICC-2021-Arbitration-Rules-english-version.pdf>.
- Francia, *Estatuto de la Corte Internacional de Arbitraje*, 1 de enero de 2021. <https://www.iccpain.org/wp-content/uploads/2021/01/ICC-2021-Arbitration-Rules-english-version.pdf>
- Garín Giménez, Victoria. *La corrupción y el arbitraje*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2018.

- Guatemala. “Opiniones disidentes de los árbitros”, *Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industrias de Guatemala*. Accedido 24 de julio de 2021. <https://crecig.com.gt/content/opiniones-disidentes-de-los-arbitros>.
- González Guarderas, Juan Francisco. “¿Qué hacer cuando la corrupción llega al arbitraje? Una perspectiva ecuatoriana sobre el rol del árbitro y de las partes procesales”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º9, (2018).
- Hwang S.C. Michael y Katie Chung, *Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration*. Holanda: Kluwer Law International, 2009. https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012641379548970defining.pdf
- Inglaterra. *Ley de Arbitraje*, junio de 1996. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/29>.
- Inglaterra. “Reglas sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional”. *Asociación Internacional de Abogados*. 17 de diciembre de 2020. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC>.
- Inglaterra. *Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres*, 1 de octubre de 2014. https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx.
- Italia. *Reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje de Milán*, 1 de julio de 2020. <https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/arbitrato/ARBITRATION%20RULES%202020.pdf>.
- Japón. *Reglamento de Arbitraje Comercial de la Asociación de Arbitraje Comercial de Japón*, 1 de julio de 2021. <https://www.jcaa.or.jp/en/arbitration/rules.html>.
- Merino Merchán, José Fernando. “Confidencialidad y Arbitraje”. *Josemigueljudice*. Accedido 21 de enero de 2021. https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/Confidencialidad_y_Arbitraje_-_Jose_Fernando_Merino.pdf.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Estudio exploratorio sobre el derecho de autor y los derechos conexos y el dominio público*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2011.

- https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/es/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf.
- Perú. *Decreto Legislativo N°1071 que norma el arbitraje*. Diario Oficial El Peruano, 28 de junio de 2008. <http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/ogaj/archivos/DL-1071.pdf>.
- Perú. *Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima*, 1 de enero de 2017. <https://apps.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/reglamento/reglamento%20y%20estatuto%20de%20arbitraje..pdf>.
- Pryles, Michael. “Confidentiality”, *Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration*, (2004): 443. https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012223892932650confidentiality_chapter_for_leading_arbs__guide.pdf.
- Lorca Navarrete, Antonio María. *El árbitro en las legislaciones de arbitraje en lengua española que han adoptado la Ley Modelo de la Cnudmi-Uncitral de arbitraje comercial internacional*. España: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2018.
- Reymond-Eniaeva, Elza. *Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration*. Suiza: Springer Editorial, 2019.
- Rowley QC, J William. “The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards”. *Law Business Research Ltd.* (2019): 61. <https://www.loyensloeff.com/media/479898/belgium.pdf>.
- Sarkar, Shubham. “Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. v. A.I. Trade Finance Inc., Swedish Supreme Court, T 1881-99, 27 October 2000”, 28 de octubre de 2020. <https://es.scribd.com/document/481937750/Bulgarian-Foreign-Trade-vs-A-I-Trade-Finance>.
- Silva, Eduardo. “De la obligación de confidencialidad en el arbitraje internacional y materias aledañas”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º5 (2014): 147-53.
- Singapur. *Ley de Arbitraje Internacional*, Ley 23-1994, 27 enero de 1995. <https://sso.agc.gov.sg/Act/IAA1994>.
- Singapur. *Ley de Arbitraje Internacional*, Ley 38-2001, 1 de noviembre de 2001. <https://sso.agc.gov.sg/Act/IAA1994>.
- Singapur. *Reglas de arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur*, 1 de agosto de 2016. <https://siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016>.

Smeureanu, Ileana. *Confidentiality in International Commercial Arbitration*. Gran Bretaña: Wolters KluwerLaw & Business Editorial, 2011.

Suiza. *Reglamento de arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, 1 de enero de 2020. <https://www.wipo.int/amc/es/arbitration/rules/>.

Venezuela. *Ley de Arbitraje Comercial*, Gaceta Oficial 36.430, 7 de abril de 1998. <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Venezuela-Ley%20de%20Arbitraje%20Comercial.pdf>.