

Confidencialidad del Arbitraje, Transparencia y Estado de Derecho

Huáscar Ezcurra Rivero* y Daniel Masnjak Marín**

Resumen: El arbitraje es una institución en constante evolución. Su naturaleza contractual permite que el arbitraje adapte sus características a las necesidades de los usuarios para poder servirlos mejor. El arbitraje ha evolucionado en años recientes hacia una mayor transparencia, aun al costo de afectar en parte su confidencialidad. Lo anterior, con el objetivo de que los usuarios tengan más información para tomar mejores decisiones, y así conformar tribunales arbitrales independientes, experimentados y eficientes. Por tanto, la necesidad de mayor transparencia en el arbitraje, y las mejores prácticas que la misma promueve, es consistente con el Estado de Derecho que la institución arbitral debe garantizar. Por eso, el presente artículo analiza algunas de las iniciativas que se han emprendido para alcanzar ese objetivo, los problemas que buscaban solucionar y cómo pueden ser mejoradas para seguir optimizando el servicio prestado a los usuarios del arbitraje.

Abstract: Arbitration is an institution in constant evolution. Its contractual nature facilitates the adaptation of its features to the needs of its users in order to serve them better. Arbitration has evolved in recent years towards greater transparency even at the cost of affecting, in part, its confidentiality. The objective of this trend is to give its users more information to make better choices, and be able to appoint independent, experienced and efficient arbitral tribunals. Hence, the need of more transparency in arbitration, and the promotion of good practices that comes with it, is consistent with the rule of law that arbitration must assure. For that reason, this article analyzes some of the initiatives that have been implemented to fulfil that objective, the problems each of them sought to solve and how they can be improved to keep optimizing the service offered to the users of arbitration.

Palabras Claves: arbitraje, transparencia, confidencialidad, instituciones arbitrales.

Keywords: arbitration, transparency, confidentiality, arbitral institution.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. LL.M. por la Universidad de Yale. Profesor del curso de Arbitraje de Inversiones en la Universidad del Pacífico. Profesor del curso de Análisis Económico del Derecho en la Escuela Superior de Economía y Negocios – ESEN, así como en la Maestría de Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico. Socio en Bullard Falla Ezcurra+. Correo: hezcurrea@bullardabogados.pe

** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS y ex Editor General de THEMIS – Editorial Jurídica. Exalumno de los Cursos de Invierno de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Asociado en Bullard Falla Ezcurra+. Correo: dmasnjak@bullardabogados.pe

Sumario: I. Introducción, II. Transparencia y adaptabilidad, III. El rol de la confidencialidad, IV. Avances en favor de la transparencia, A. Arbitrator Intelligence, B. El Faro de Transparencia, C. Difusión de laudos V. Propuestas para seguir mejorando, A. Difundir y mejorar el Faro de Transparencia, B. Innovar en las plataformas de publicación de laudos, VI. Conclusiones

I. Introducción

El arbitraje es contractual y, por ende, evolutivo por naturaleza. Su valor reside en su capacidad para responder a las necesidades de quienes lo escogen como mecanismo de solución de controversias. Por ello, cuando las necesidades cambian, el arbitraje cambia y se adapta rápidamente a ellas. De esa forma, al igual que las especies animales más capacitadas, el arbitraje sobrevive a los cambios y nuevas necesidades, pues se adapta con gran efectividad a ellos.

Recientemente, el arbitraje ha evolucionado hacia una mayor transparencia, aun cuando ello venga al costo de afectar en parte su confidencialidad. Esto se observa, por ejemplo, en la publicación de los tribunales que cada árbitro ha integrado en casos administrados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o la Cámara de Comercio de Lima (CCL). También se observa lo anterior en iniciativas como *Arbitrator Intelligence*, dirigida a sistematizar la data sobre la trayectoria de los árbitros, a fin de que el usuario tenga mejor información antes de designarlos. La mayor transparencia es una tendencia creciente que sin duda continuará en los años siguientes.

El camino hacia una mayor transparencia en el arbitraje está en permanente tensión con la confidencialidad, que es una de sus características más valoradas. Existe por tanto la preocupación de que transparentar “demasiado” perjudique a los usuarios que quieren proteger secretos comerciales o salvaguardar su reputación, o simplemente prefieren mantener en reserva sus conflictos comerciales. Esa tensión entre transparencia y confidencialidad tiene solución. Se trata simplemente de lograr una combinación eficiente entre la información que se transparenta y hace pública (atendiendo el reclamo de los usuarios por mayor transparencia), y aquella información que se mantiene confidencial (atendiendo a su vez la necesidad de los usuarios de mantener confidencial cierta información de su negocio, secretos comerciales, o similares).

En la primera parte de este artículo explicaremos por qué la relación entre transparencia y confidencialidad en el arbitraje no puede mirarse de forma estática. La segunda parte de este trabajo explicará el rol que creemos debe tener la confidencialidad en el mercado arbitral de hoy. Luego, comentaremos tres iniciativas muy importantes en favor de la transparencia, desarrolladas en los úl-

timos años, y los problemas que estas buscan resolver. Finalmente, presentaremos algunas propuestas para optimizar los avances logrados hasta el momento, tomando siempre en cuenta la legítima preocupación del usuario por la confidencialidad.

II. Transparencia y adaptabilidad

Se suele decir que el arbitraje es “una criatura del consentimiento”. Su principal característica es que es elegido por las partes. Nace de la voluntad. Como explica Andrea Marco Steingruber¹:

La principal característica del arbitraje es que este es elegido por las partes al suscribir un convenio arbitral. Este es considerado como la piedra angular del arbitraje comercial internacional, pues registra el consentimiento de las partes a someterse al arbitraje –un consentimiento que es indispensable para cualquier proceso de solución de

controversias fuera del ámbito de las cortes nacionales. La existencia misma del proceso depende del acuerdo de las partes. Por ende este elemento de consentimiento es esencial, ya que sin él no podría haber un arbitraje válido.

La voluntad de las partes a favor de someter sus diferencias a arbitraje cuenta con el respaldo del Estado para ser efectiva. Las leyes arbitrales contemplan mecanismos para que quien es parte de un convenio arbitral no recurra a las cortes estatales para evadir un arbitraje². También tienen mecanismos de apoyo judicial para que las decisiones de los tribunales arbitrales se ejecuten en la práctica, incluso recurriendo a la fuerza pública³. Por último, gracias a la Convención de Nueva York de 1958, los Estados garantizan que esos mecanismos protejan no solo a los arbitrajes realizados en sus territorios, sino también en el extranjero⁴.

¹ Andrea Marco Steingruber, *Consent in International Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 13. Traducción libre (“The principal characteristic of arbitration is that it is chosen by the parties by concluding an agreement to arbitrate. This is considered the foundation stone of international commercial arbitration, as it records the consent of the parties to submit to arbitration—a consent which is indispensable to any process of dispute resolution outside national courts. Such processes depend for their very existence upon the agreement of the parties. Hence this element of consent is essential, as without it there can be no valid arbitration.”)

² Gary Born, *International Commercial Arbitration*, segunda edición (La Haya: Kluwer Law International, 2014), 644

³ Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, sexta edición (Oxford Oxford University Press, 2015), 608-610

⁴ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, (Nueva York: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1958), <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf> (consultado el 20 de octubre de 2020). Introducción (“La finalidad principal de la Convención es evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados partes a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales. Un objetivo secundario de la Convención es exigir que los tribunales de los Estados partes den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje

No obstante, las instituciones del Estado no siempre se mostraron dispuestas a colaborar con el arbitraje. El Estado ha sido hostil hacia el arbitraje en distintos lugares y épocas. En el caso de los Estados Unidos, por ejemplo, se aprobó la Federal Arbitration Act de 1925 considerando la necesidad de combatir la hostilidad que los jueces del *common law* habían tenido tradicionalmente hacia el arbitraje⁵:

Tradicionalmente, el *common law* rechazaba el arbitraje como una privación de la jurisdicción de las cortes y, por lo tanto contrario al orden público. La promulgación del Federal Arbitration Act en 1925 marcó la aceptación del arbitraje como una medida permitida para la resolución de controversias en EEUU. El objetivo del Federal Arbitration Act es “revertir la larga historia de hostilidad judicial contra los convenios arbitrales... y colocarlos en el mismo nivel que otros contratos”. A partir de la decisión de la

Corte Suprema en el caso de *Southland Corp. v. Keating* en 1983, el Federal Arbitration Act pasó a ser entendido como la representación de una “política nacional favorable al arbitraje”.

En el marco de esa actitud hostil, en los siglos XVIII y XIX, las cortes americanas fueron proclives a revertir laudos arbitrales tomando como excusa la existencia de errores de hecho y de derecho. Existía, además, el temor de que el éxito del arbitraje pudiera afectar la economía de quienes trabajaban para la justicia estatal⁶. La ley no respaldaba al arbitraje y no había sanciones legales que incentivaran que las partes respeten las decisiones de los árbitros.

Curiosamente, eso no impidió que el arbitraje se difundiera y desarrollara en los Estados Unidos durante esos años. Como explica el profesor Bruce Benson, la hostilidad hacia el arbitraje no impidió que el arbitraje fuera cada vez más utili-

negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral.”)

⁵ Susan Randall, “Judicial Attitudes Toward Arbitration and the Resurgence of Unconscionability,” *Buffalo Law Review* 52 (2004): 185. Traducción libre (“The common law traditionally rejected arbitration as a deprivation of jurisdiction of the courts and therefore contrary to public policy. The enactment of the Federal Arbitration Act in 1925 signaled the United States’ acceptance of arbitration as a permitted method of dispute resolution. The purpose of the Federal Arbitration Act is “to reverse the longstanding judicial hostility to arbitration agreements ... and to place [them] on the same footing as other contracts.” Since the United States Supreme Court’s decision in *Southland Corp. v. Keating* in 1983, the Federal Arbitration Act has been read as embodying a “national policy favoring arbitration”.”)

⁶ Kyriaki Noussia, *Confidentiality in International Commercial Arbitration* (Heidelberg: Springer, 2010), 13. Traducción libre (“Given such precedents, private arbitration in the American colonies and early states did not take its authority from the threat of legal sanctions imposed by the common law courts; indeed, according to the relevant precedent law, arbitration decisions had no standing. They actually did, however: authority arose from nonlegal sanctions such as threats to reciprocal arrangements and reputation. According to Woolridge (1970: 100-101, “these penalties were far more fearsome than the cost of the award with which he disagreed. Voluntary and private adjudications were voluntarily and privately adhered to if not out of honor, out of self interest.” Thus, even though the courts’ attitude toward arbitration might be described as one of increasing hostility throughout the period 1775 to 1835 (Levy, 1993), “there was no time during the period when arbitration was not known and used by a significant number of people” (Jones, 1956: 213).”)

zado, y ello ocurrió gracias a la existencia de sanciones extra-legales que protegían de forma muy efectiva la credibilidad de la institución⁷:

Teniendo en consideración tales precedentes, el arbitraje privado en las colonias americanas y los primeros estados no derivó su autoridad de la amenaza de sanciones legales impuestas por las cortes del “common law”; en efecto, según el precedente legal relevante, las decisiones arbitrales no tenían valor jurídico. Sin embargo, realmente sí lo tenían: su autoridad surgía de sanciones extra-legales tales como las amenazas a los acuerdos recíprocos y la reputación. Según Woolridge (1970: 100-101), “estas penalidades fueron mucho más efectivas que el costo del laudo con el cual disentía. La adjudicación privada y voluntaria fueron respetadas de manera privada y voluntaria si no por honor, por interés propio.” Así, aunque la actitud de las cortes hacia el arbitraje se podría describir como uno de creciente hostilidad a lo largo del periodo entre 1775 y 1835 (Levy, 1993) “no hubo momentos en el periodo en los cuales el arbitraje no fuera conocido y

empleado por un número significativo de personas” (Jones 1956: 213).

Entonces, hasta antes del siglo XX, el arbitraje en los Estados Unidos sobrevivió y se desarrolló, a pesar de la falta de apoyo y salvaguardas de la justicia estatal. La credibilidad del arbitraje como mecanismo de solución de controversias y su capacidad de producir resultados vinculantes para las partes provenía de fuentes extra-legales. Provenía del hecho de que la comunidad mercantil conocía de la existencia y resultados de los arbitrajes. Como se sabía quién era quién, quién cumplía las decisiones de los árbitros y quién no, las partes preferían cumplir por temor al ostracismo que sufrirían quienes fueran conocidos como “comerciantes sin palabra”. No fue el temor a la ley el que favoreció el cumplimiento de las decisiones arbitrales y, con ello, el crecimiento del arbitraje dada su efectividad; sino el temor al ostracismo.

El arbitraje de esa época tenía carácter privado⁸. Únicamente las partes de la controversia intervenían. La privacidad,

⁷ Bruce L. Benson, “An Exploration of the Impact of Modern Arbitration Statutes on the Development of Arbitration in the United States,” *Journal of Law, Economics & Organization* 11, no. 2 (October 1995): 484-485

⁸ Benson, “An Exploration...”: 482, (“El hecho es que las cortes del gobierno en este periodo no aplicaban la ley comercial en una forma que la comunidad comercial considerase justa y expedita: “Las cortes no solo, según un comerciante de Nueva York, dispensaban ‘costosas e interminables leyes’; eran también lentas para desarrollar una doctrina legal que facilitase el desarrollo comercial” (Auerbach 1983: 33) Más allá de los costos asociados con la litigación, los beneficios de arbitraje son ampliamente reconocidos por incluir: (i) resolución de controversias rápida, informal y poco costosa, (ii) privacidad...”). Traducción libre (“The fact is that government courts of the period did not apply commercial law in what the merchant community considered to be a just and expeditious fashion: “Not only did courts, according to one New York merchant, dispense ‘expensive endless law’; they were slow to develop legal doctrine that facilitated commercial development” (Auerbach, 1983: 33). Beyond these costs associated with litigation, the benefits to arbitration are widely recognized to include: (i) fast, informal, and inexpensive dispute resolution, (ii) privacy...”).

sin embargo, no significaba que la existencia y resultados del arbitraje fueran secretos. Es importante comprender que “privacidad” significa el derecho de las partes a prohibir o dejar de permitir que terceros tomen parte en el proceso arbitral. Por el contrario, confidencialidad es un concepto más restringido. Confiere al sujeto la obligación de no revelar libremente “información alguna sobre el arbitraje, información alguna conocida a través del proceso arbitral, y cualquier laudo o decisión emitida por el tribunal arbitral”⁹. Si hubiera existido una estricta regla de confidencialidad, no hubieran sido efectivos los mecanismos de presión social que motivaban a la parte derrotada a respetar el laudo final.

El sometimiento voluntario a las decisiones arbitrales fue un fenómeno similar al proceso que impulsó el desarrollo de la *lex mercatoria* a fines de la Edad Media. La necesidad de mantener un buen nombre en la comunidad de comerciantes permitía que los usos mercantiles se res-

petaran, incluso ante la falta de coerción estatal. Como explica Benson¹⁰:

La *lex mercatoria* se desarrolló al interior de la comunidad comercial descentralizada en lugar de a través de un gobierno coercitivo, por ello el poder de policía no fue la fuente de incentivos para el reconocimiento de sus reglas. En efecto, la *lex mercatoria* fue reconocida voluntariamente, como explica Benson (1989). La reciprocidad necesaria para el reconocimiento voluntario surgió, en parte, de los beneficios mutuos generados por el intercambio sostenido. Adicionalmente, cada comerciante intercambiaba con muchos otros comerciantes, de modo que la difusión de información con respecto a incumplimientos de conducta comercial en una interacción podría afectar la reputación del comerciante. Por lo tanto, la *lex mercatoria* se encontraba en última instancia apoyada por la amenaza de aislamiento de la comunidad comerciante, pues aquellos individuos conocidos por su comportamiento “ilícito” no podían encontrar socios comerciales.

⁹ Srishiti Kumar y Raghvendra Pratap Singh, “Transparency and Confidentiality in International Commercial Arbitration,” *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 86, no. 4 (2020): 466, traducción libre (“Today scholars and researchers have coined the relevant distinction between privacy and confidentiality. Privacy means the right of the parties to forbid or disallow strangers from taking part in the arbitral proceedings. On the contrary, confidentiality is a narrower concept. It puts an obligation on the person not to disclose freely ‘any information about the arbitration, any information learned through the arbitral proceedings and any award or decision rendered by the arbitral tribunal.’”)

¹⁰ Bruce L. Benson, “Generalizing the Law Merchant Story,” *Liberal Dŭsŭnce* 12 (2007): 188-189. Traducción libre (“The Law Merchant developed within the decentralized merchant community rather than through coercive government, so police power was not the source of incentives to recognize its rules. Indeed, the Law Merchant was voluntarily recognized, as Benson (1989) explains. The reciprocity necessary for voluntary recognition arose, in part, from the mutual gains generated by repeated exchange. Furthermore, each merchant traded with many other merchants, so the spread of information about breaches of commercial conduct within one interaction could affect a merchant’s reputation. Therefore, the Law Merchant was ultimately backed by the threat of ostracism by the merchant community at large, since individuals known to engage in “illegal” behavior could not find trading partners.”)

La historia comentada muestra que la relación entre confidencialidad y transparencia en el arbitraje no es estática. En buena parte la relación entre confidencialidad y transparencia dependerá de las necesidades que los usuarios tengan en un momento histórico determinado. Cuando el Estado no garantizó ni apoyó la efectividad del arbitraje, como ocurrió en los Estados Unidos hasta antes de la *Federal Arbitration Act*, fue necesario que cierta información de cada proceso arbitral se difundiera para que pudieran operar los mecanismos extra-legales que el mercado fue generando, y así asegurar la efectividad y el consecuente crecimiento de la institución arbitral. Aunque hoy la mayoría de jurisdicciones no tienen ese problema,

la lección que nos brinda la historia es clara. Si para su mayor efectividad y para atender las demandas de sus usuarios el arbitraje necesita que cierta información del proceso se difunda, no debe causar-nos temor emprender ese camino. Al final del día, la determinación del balance adecuado entre mayor transparencia y confidencialidad, será dictado, siempre, por los propios usuarios y el balance de sus propias necesidades.

III. El rol de la confidencialidad

La confidencialidad es una regla que tiene reconocimiento normativo¹¹ y jurisprudencial¹² en distintas jurisdicciones. Además, la confidencialidad se encuentra recogida en los reglamentos de distintas instituciones arbitrales¹³. No cabe duda que la confi-

¹¹ La Ley de Arbitraje peruana, por ejemplo, recoge la confidencialidad en su artículo 51. Ver: Decreto Legislativo No. 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje (República del Perú: Presidencia de la República del Perú, 2008), artículo 51, numerales 1 y 2 (“1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial. (...).”); Ver también: Nicolás Serván Eyzaguirre, “Armonizando tensiones: La necesidad de transparencia en el arbitraje sin destruir la confidencialidad”, *Forseti – Revista de Derecho* 8, no. 12 (2020):51 (“En el caso de Francia, el artículo 1464 del Código de Procedimientos Civiles, que se ocupa de la regulación del arbitraje doméstico establece que “sin perjuicio de las obligaciones legales y salvo estipulación contraria de las partes, el procedimiento arbitral está sometido al principio de confidencialidad.”)

¹² Ileana M. Smeureanu, *Confidentiality in International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2011), 28-72. Traducción libre Serván Eyzaguirre, “Armonizando tensiones,” 50 (“En lo que respecta a Inglaterra, como ya hemos indicado, en diversos pronunciamientos las Cortes consideraron que la confidencialidad es un elemento natural e implícito del arbitraje. Sin embargo, los límites de esta obligación no resultaban absolutamente claros y se fueron estableciendo excepciones particulares. Entre las excepciones más importantes encontramos el acuerdo de las partes, una orden judicial o la interposición de un recurso contra el laudo.”)

¹³ SIAC Rules 2016 (Singapur: Singapore International Arbitration Centre, 2016), artículo 39, numeral 1 (“Salvo pacto en contrario de las partes, las partes y cualquier árbitro, incluido el Árbitro de Emergencia, y

dencialidad es una regla que responde al interés de gran parte de los usuarios y este es un factor que no podemos dejar de ponderar.

La demanda de los usuarios del arbitraje por la confidencialidad se encuentra reflejada claramente en la encuesta publicada por Queen Mary University y White & Case en el año 2018, bajo la conducción de Adrian Hodis y Stavros Brekoulakis. En su fase cuantitativa, el estudio encuestó a 922 personas vinculadas al mercado del arbitraje internacional. Como parte del cuestionario, se preguntó a los participantes las tres características que más valoran del arbitraje. La confidencialidad se ubicó en el “top 5” de respuestas, por encima de factores como la velocidad y la neutralidad del sistema, como se muestra en el cuadro “A”.

Asimismo, al ser consultados sobre la importancia de la confidencialidad, el 87% de los encuestados respondió que la considera “muy importante” (“*very important*”) o “algo importante” (“*quite*

important”). Además, el 74% de los encuestados señaló que la confidencialidad debe ser la regla default en el arbitraje, sujeta al pacto en contrario de las partes (“*opt-out feature*”) [cuadros “B” y “C”]

Esta data es importante porque indica el valor que los usuarios del arbitraje dan la confidencialidad. En palabras de Hodis y Brekoulakis, los números sugieren que “desde una perspectiva comercial, el poder mantener los arbitrajes fuera del ojo público en general, y de los competidores en particular, continúa siendo una característica altamente valiosa del arbitraje”¹⁴.

Este interés legítimo por guardar confidencialidad sobre aspectos comercialmente sensibles del arbitraje no es desconocido por los autores que promueven la confidencialidad en el arbitraje. Por ejemplo, Avinash Poorooye y Ronán Fechily rescatan la importancia de proteger la información cuya difusión puede afectar la propiedad intelectual y los secretos comerciales¹⁵:

cualquier persona designada por el Tribunal, incluyendo cualquier secretario administrativo y cualquier experto, deben tratar en todo momento como confidenciales todas las materias relacionadas con el procedimiento y con el laudo.”), traducción libre (“Unless otherwise agreed by the parties, a party and any arbitrator, including any Emergency Arbitrator, and any person appointed by the Tribunal, including any administrative secretary and any expert, shall at all times treat all matters relating to the proceedings and the Award as confidential. The discussions and deliberations of the Tribunal shall be confidential.”)

¹⁴ Hodis y Brekoulakis, *2018 International...*, 7

¹⁵ Avinash Poorooye y Ronán Fechily, “Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance,” *Harvard Negotiation Law Review* 22 (primavera 2017): 319. Traducción libre (“Cases where confidentiality must often take precedence typically involve sensitive intellectual properties. Intellectual property and technology disputants increasingly favor arbitration over litigation. This trend is due to the extremely delicate and highly confidential business or technical data involved. In such cases, a proper framework for confidentiality is crucial. In intellectual property disputes, a party may be obliged to divulge confidential and sensitive data to the other party, to the experts and witnesses,

Los casos donde la confidencialidad debe usualmente tener prioridad versan sobre propiedad intelectual sensible. En las controversias referidas a propiedad intelectual y tecnología las partes favorecen cada vez más el arbitraje por sobre la litigación. Esta tendencia se debe a la naturaleza extremadamente delicada y altamente confidencial del negocio o data involucrada. En estos casos, un marco adecuado para la confidencialidad es crucial. En controversias sobre propiedad intelectual, una parte puede ser obligada a revelar información sensible y confidencial a la contraparte, a los expertos y testigos, y al tribunal, arriesgándose a la filtración de esta información a través de la distribución deliberada o accidental de la misma. Las controversias relacionadas a “*joint ventures*”, asociaciones comerciales, controversias entre accionistas, laborales, aquellas que involucren licencias y propiedad intelectual, así como las controversias consideradas “comercial en confidencialidad” son aquellas en las cuales es más probable requerir un mayor grado de confidencialidad. Adicionalmente, la confidencialidad es particularmente importante en las controversias que involucran la práctica profesional donde la buena fe se encuentra sobre la balanza y la revelación podría tener un impacto adverso.

Sin embargo, la encuesta de Queen Mary University y White & Case indica que, si bien la confidencialidad es importante para los usuarios, la transparencia también lo es. Prueba de ello es que la mayoría de usuarios manifestaron que, de cara a la designación de un árbitro, les gustaría tener acceso a información sobre sus decisiones y opiniones previas, así como su disponibilidad. [ver cuadro “D”]

No hay duda de que los usuarios consideran que existe la necesidad de preservar la confidencialidad, pero reconocen que también hay una necesidad por más transparencia para dar solución a problemas específicos. El balance entre ambos está en “hilar fino” e identificar dónde se debe mantener la confidencialidad y donde se debe promover la transparencia, en base a las preferencias indicadas por los usuarios. La clave está en saber escucharlos y atender esas necesidades.

IV. Avances en favor de la transparencia

La relación entre transparencia y confidencialidad debe evolucionar y adaptarse a las necesidades de los usuarios, recogiendo el balance preciso entre ambas, que las propias necesidades de los usuarios dicten.

and to the tribunal, risking a commercial leak through deliberate or inadvertent distribution of such data. Disputes involving joint ventures, commercial partnerships, shareholder disputes, employment disputes, disputes involving licensing and intellectual property, and disputes regarded as “commercial in confidence” are those which are more likely to attract a higher level of confidentiality. Furthermore, confidentiality is particularly important in disputes involving professional practice where goodwill is at stake and where disclosure would have an adverse impact.”)

A continuación, revisaremos hacia dónde se han dirigido los avances ocurridos en los últimos años a favor de mayor transparencia en el arbitraje. Son tres las iniciativas más importantes a favor de la transparencia que hemos identificado.

A. *Arbitrator Intelligence*

Una primera iniciativa importantísima, por su carácter innovador y por el impacto que indudablemente tendrá en el mercado arbitral, es *Arbitrator Intelligence*. Se trata de un proyecto cuyo objetivo es promover la transparencia y diversidad en el proceso de selección de árbitros. Se encuentra bajo la dirección de la profesora Catherine Rogers y funciona en base a data recopilada de los usuarios del arbitraje a través del “*Arbitrator Intelligence Questionnaire*” (AIQ), que es procesada y convertida en reportes detallados que permiten conocer el perfil de los árbitros antes de designarlos¹⁶.

El AIQ es un cuestionario detallado dirigido a partes que hayan participado en un arbitraje, abogados *in-house* y externos, así como terceros financistas (“*third party funders*”). El cuestionario contiene preguntas sobre las decisiones procesales y de fondo adoptadas por los árbitros con quienes el encuestado ha interactuado en el marco de una controversia. El resultado es data cuantitativa y cualitativa, basada en preguntas

fácticas y de evaluación, que permite conocer mejor a un árbitro antes de designarlo como parte de un tribunal¹⁷.

La información obtenida a través del AIQ es complementada con información pública disponible sobre los árbitros y laudos recopilados por la organización. Este complejo trabajo de procesamiento de datos permite tener como resultado reportes detallados sobre el árbitro y su posición frente a distintos temas de relevancia: estándares para la producción de documentos, conducción eficiente del proceso y las audiencias, duración del arbitraje, valoración de la evidencia, condenas de costos, entre otros.

Como es evidente, elaborar estos reportes requiere que cierta información sobre el desarrollo de los arbitrajes sea conocida por personas externas a ellos. El equipo de *Arbitrator Intelligence* procesa la información para convertirla en conocimiento útil para los usuarios. Este es precisamente un caso en que la confidencialidad ha cedido terreno a favor de la demanda de mayor transparencia de los usuarios del sistema arbitral. Lo anterior, con el claro objetivo de favorecer una característica que, como hemos visto, es también muy valorada por los usuarios, como es su capacidad de designar a los árbitros.

Como todo mercado, el mercado de árbitros no está libre de fallas. La asimetría

¹⁶ Catherine Rogers, “Arbitrator Intelligence: The Basics,” *Kluwer Arbitration Blog*, 27 de febrero 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com.peacepalace.idm.oclc.org/2018/02/27/ai-3/>

¹⁷ “How does Arbitrator Intelligence work?,” *Arbitrator Intelligence*, <https://arbitratorintelligence.com/faqs/> (consultado el 1 de noviembre de 2020)

informativa respecto del perfil de los árbitros es precisamente la falla de mercado que *Arbitrator Intelligence* busca corregir. Si bien las partes tienen siempre la capacidad de influir directa o indirectamente en la decisión de quiénes conformarán el tribunal que resuelva su controversia, también tienen poca información para decidir. Esto se debe, en parte, a la confidencialidad del proceso arbitral¹⁸:

La confidencialidad del arbitraje afecta la función del árbitro en tanto él mismo está obligado a respetarla y puede incurrir en responsabilidad en caso incumpla ese deber. Lo contrario también es cierto: Si el deber de confidencialidad obliga al árbitro a no revelar la información de las partes, estas también están obligadas a guardar confidencialidad respecto de la información del árbitro, lo que prevendrá

que se revele al mercado información sobre la calidad del árbitro. La consecuencia es que el desempeño del árbitro y la calidad no deberá y no podrá ser difundida por las partes. Esto incluye el contenido del laudo, las órdenes procesales, cualquier tipo de comentario sobre la conducta del árbitro, y los términos del contrato del árbitro. Nuevamente, la obligación de confidencialidad entre las partes –y del árbitro bajo su contrato– refuerza este problema, pues indirectamente restringe la información vinculada al desempeño del árbitro.

Esto lleva, además, a que los usuarios tengan que escoger recurriendo a fuentes de información que no siempre reflejan adecuadamente la calidad del árbitro ni proveen todo lo necesario para saber si un árbitro es el idóneo para un caso concreto¹⁹. Esto se ve reflejado en

¹⁸ Bruno Guandalini, *Economic Analysis of the Arbitrator's Function* (La Haya: Kluwer Law International, 2020), 174, traducción libre ([T]he confidentiality of arbitration affects the arbitrator's function as long as the arbitrator is also herself obliged to respect it and may be held liable in case of breach of this duty. The opposite is also true: If the duty of confidentiality forces the arbitrator to not disclose the parties' information, the parties are also obliged to respect the confidentiality regarding the information about the arbitrator, which will prevent disclosure of information about the quality of the arbitrator to the market. The consequence is that the arbitrator's performance and quality shall not and may not be published by the parties. This includes the content of the award, procedural orders, any notes on the arbitrator's behavior, and the terms of the arbitrator's contract. Again, the confidentiality obligation between the parties –and the arbitrator according to the arbitrator's contract– reinforces this problem because it indirectly preserves the information regarding the arbitrator's performance.)

¹⁹ Guandalini, *Economic Analysis...*, 175 (“En realidad, “en el mercado de servicios arbitrales, los consumidores pueden no tener información suficiente para evaluar certeramente la calidad ex ante”. Los árbitros tendrán que dar señales de su calidad, lo cual también puede constituir una fuente de asimetría informativa. De hecho, en un mercado donde hay asimetría informativa, los vendedores de un servicio de alta calidad tendrán un incentivo para presentar al consumidor la calidad de su producto. Esto puede tomar la forma de reputación, estandarización, publicidad informativa, o el ofrecimiento de garantías en caso de defectos. La señal puede ser ofrecida a través de terceros: recomendaciones por amigos o reportes de consumidores, o certificados de calidad expedidos por una asociación profesional.”), traducción libre (“Actually, “in the market for arbitrator services, customers may not have sufficient information to reliably evaluate quality ex ante.” Arbitrators will have to signal their quality, which may also constitute a source of information asymmetry. Indeed, in a market where there is information asymmetry, sellers of high-quality [service] will have an incentive to signal to the customer the quality of their product. This may take the form of reputation,

la encuesta de Queen Mary University y White & Case del 2018, en la que los encuestados respondieron sobre las fuentes a las que recurren para informarse sobre un árbitro y la mayoría respondió que recurren a recomendaciones (“*word of mouth*”), como se ve en el cuadro “E”.

A esta data se suma el hecho de que, al consultar si la información disponible sobre los árbitros es suficiente, los abogados *in-house* fueron el grupo que menos la consideró suficiente (57%). Esto contrasta con el porcentaje obtenido cuando se considera el total de encuestados (77%) o el obtenido entre árbitros (80%). Esto es un indicador de que la información sobre los árbitros no llega fácilmente a las partes y sus abogados *in-house*, sino que muchas veces debe pasar primero por la experiencia y contactos de terceros²⁰.

Arbitrator Intelligence ha dado un gran paso para encontrar la solución. Lo que está logrando el proyecto es canalizar datos que solían estar dispersos entre los usuarios y convertirlos en conocimiento útil para que los usuarios decidan con mejor información cuando se trata de la composición del Tribunal Arbitral. Si bien la elaboración de sus reportes requiere que los usuarios revelen una parte importante de su experiencia con

distintos árbitros, se trata de un inmenso avance en términos de mayor transparencia a un costo menor en términos de afectación a la confidencialidad. Todo ello a favor de lograr optimizar la designación de tribunales arbitrales. Debe destacarse, además, que los responsables de la iniciativa adoptan medidas para que la identidad de las partes de los arbitrajes reportados y de quien llena la AIQ no sea revelada²¹. Se trata claramente de una iniciativa inteligente que logra ese balance adecuado dictado por las demandas de los usuarios, entre mayor transparencia y confidencialidad.

B. *El Faro de Transparencia*

Una segunda iniciativa muy valiosa a favor de mayor transparencia en el mercado arbitral es el Faro de Transparencia del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Se trata de una plataforma digital desde la cual es posible conocer los tribunales de los arbitrajes administrados por la institución y las sanciones impuestas a los árbitros, así como acceder a laudos anulados junto con la sentencia respectiva, laudos que involucran a entidades del Estado

standardization, informative advertising, or offering warranties in the event of defects. The signal may be offered through third parties: recommendations by friends or by consumer reports, or certification of quality by a professional association.”)

²⁰ Hodis y Brekoulakis, *2018 International Arbitration Survey...*, 21

²¹ “Is the AIQ confidential?,” Arbitrator Intelligence, <https://arbitratorintelligence.com/faqs/> (consultado el 1 de noviembre de 2020)

peruano y reseñas de laudos comerciales sujetos a confidencialidad²².

De la información publicitada por la CCL mediante el Faro de Transparencia, sin duda la más interesante e innovadora es la de los tribunales arbitrales. Si bien la CCI implementó una iniciativa similar en el año 2016, su plataforma solo muestra el nombre de los árbitros, su nacionalidad, la forma en que fueron designados y su rol (presidente, co-árbitro, árbitro de emergencia)²³. El Faro de Transparencia, como se ve a continuación, fue mucho más allá.

En primer lugar, el Faro de Transparencia presenta un resumen de los casos en los que ha participado el árbitro. Indica cuántos se encuentran en trámite, cuántos han sido laudados, cuántos han concluido sin laudo y cuántos fueron llevados a anulación. Esto permite que el usuario sepa si el árbitro tiene disponibilidad de tiempo para dar la debida atención a su caso o si sus decisiones cumplen con los estándares necesarios para no ser llevadas regularmente a un proceso de anulación.

En segundo lugar, también permite que el usuario vea el número de recusaciones presentadas contra el árbitro, tanto fundadas, como infundadas. A esto se suma la información sobre designaciones compartidas y frecuentes. El Faro de

Transparencia muestra los nombres de otros árbitros que hayan compartido tribunal con el árbitro objeto de la búsqueda en más de tres oportunidades en los últimos tres años.

A esto se suma que la plataforma permite conocer qué abogados y qué firmas asesoran a las partes que han designado al árbitro. En base a eso, también muestra quiénes son los que lo han designado más de tres veces en los últimos tres años. Toda esta información permite que los usuarios sepan si el árbitro que van a designar corre el riesgo de ser recusado o si el árbitro designado por la contraparte ha revelado toda la información pertinente al momento de aceptar integrar el tribunal.

Por último, el Faro de Transparencia permite que los usuarios conozcan la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje y la fecha del laudo en todos los casos en que ha participado el árbitro. Además, muestra el tiempo promedio en que este tarda en emitir un laudo final. En base a esta data, el usuario puede tomar una decisión informada sobre el árbitro que designará y si será eficiente en la conducción del arbitraje. [ver cuadro “F”]

Esta plataforma de la CCL representa un inmenso avance a favor de la mayor transparencia en el mercado arbitral porque, al igual que *Arbitrator Intelli-*

²² “Faro de Transparencia – Tipo de consultas,” Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, <https://www.arbitrajeccl.com.pe/tipo-de-consultas> (consultado el 15 de noviembre de 2020)

²³ “ICC Arbitral Tribunals,” International Chamber of Commerce, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/icc-arbitral-tribunals/> (consultado el 15 de noviembre de 2020)

gence, provee indicadores objetivos sobre la calidad de los árbitros. Con el Faro de Transparencia, es posible saber si un árbitro acepta recurrentemente designaciones, o si ha sido objeto de recusaciones fundadas, o si realmente tendrá tiempo para analizar el caso con detalle como corresponde.

Sin embargo, la importancia del Faro de Transparencia trasciende y va más allá del objetivo de difundir información útil sobre la calidad de los árbitros. El Faro de Transparencia es una herramienta que también contribuye a combatir uno de los problemas más graves que ha afectado la institución arbitral en nuestros países latinoamericanos. Nos referimos a la corrupción camuflada que muchas veces ocurre a través de las designaciones repetitivas de árbitros. Decimos que se trata, en ocasiones, de corrupción camuflada, pues si un árbitro es designado repetidas veces por la misma empresa, o recomendado para su designación por el mismo estudio de abogados, al punto que, por el número de designaciones repetidas, el árbitro pierde toda posibilidad de ser independiente, el honorario que se le paga a ese árbitro por su trabajo deja de ser tal, y es un pago que en estricto esconde un acto de corrupción para obtener una decisión favorable.

En ese sentido, al difundir cuáles son las firmas y los abogados que han designado

a un árbitro en el pasado, así como los árbitros con los que más se ha compartido tribunal, las partes cuentan con una herramienta importante para identificar conflictos de interés de forma temprana.

Esta mayor transparencia, sin embargo, no afecta la confidencialidad de las actuaciones arbitrales. Tampoco se afectan los secretos comerciales o la propiedad intelectual de las partes. El resultado final es que la información que se brinda favorece a transparencia, y con ello colabora en la tarea fundamental de brindar a las partes información necesaria para escoger mejor a los árbitros. Todo lo anterior, a su vez, reduce el riesgo de que las partes y sus abogados caigan en el juego de las designaciones repetitivas y de eventuales actos de corrupción.

C. *Difusión de laudos*

Por último, otra iniciativa que vale la pena resaltar es la publicación de laudos. Esta es una medida exigida, por ejemplo, por la ley de arbitraje peruana cuando intervienen entidades públicas²⁴. También es aplicada en cierto grado por la CCI, que publica boletines con extractos de laudos previo consentimiento de las partes involucradas y después de haber

²⁴ Decreto Legislativo No. 1071..., artículo 51, numeral 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.")

seguido un proceso para garantizar su anonimato²⁵.

La publicación de laudos es una medida positiva porque, al menos en principio, genera predictibilidad en el arbitraje (y, en general, en la aplicación de la ley). Además, permite que los usuarios identifiquen a los mejores árbitros del mercado, juzgando a partir de sus decisiones previas.

El laudo es el producto final del tribunal arbitral. Es el resultado que las partes esperan y es lo que más valoran. Por eso, el que el público pueda conocer las decisiones de los árbitros permite comparar y juzgar la calidad de su trabajo. El estar expuesto al escrutinio de terceros es un incentivo para que los árbitros se empeñen en hacer el mejor trabajo posible.

Esta reacción frente al riesgo de ser objeto de críticas ha sido observada por distintos autores. Por ejemplo, la profesora Catherine Rogers²⁶:

La nueva generación de árbitros no tiene la “nobleza profesional” o estatura para invocar “grandes principios del derecho” o nociones vagas sobre equidad con el mismo sentimiento innato de legitimidad en que se apoyaba la generación anterior.

En cambio, ellos han adoptado una aproximación más tecnocrática a la toma de decisiones en el arbitraje. Este enfoque tecnocrático es atractivo a las partes modernas, quienes están redactando contratos crecientemente complejos y detallados que quieren que se cumplan con precisión legal. Como resultado de estas tendencias, los viejos y opacos resultados “orientados al equilibrio” han sido largamente desplazados por laudos meticulosamente razonados que están basados expresamente en la ley elegida por las partes. Esta marcha hacia una toma de decisiones más formal y transparente puede ser medida en los más largos y detallados laudos que produce.

Además, con la publicación de los laudos se permite el desarrollo de una jurisprudencia arbitral. La posibilidad de acceder a laudos previos permite que las empresas y sus abogados identifiquen cuáles son las prácticas y estándares que vienen siendo aplicados y respaldados por los tribunales arbitrales de determinada jurisdicción. Como señalan Poorooye y Feehily, a propósito del difi-

²⁵ Kumar y Singh, “Transparency...”, 479-480

²⁶ Catherine Rogers, “Transparency in International Commercial Arbitration,” *University of Kansas Law Review* 54 (2006): 1317. Traducción libre (“The new generation of arbitrators does not have the professional nobility or stature to invoke “grand principles of law” or vague notions of equity with the same innate sense of legitimacy on which the earlier generation relied. Instead, they have adopted a more technocratic approach to arbitral decision making. This technocratic approach appeals to modern parties, who are drafting increasingly complex and detailed contracts that they want enforced with legal precision. As a result of these overlapping trends, the opaque compromise-oriented outcomes of the past have been largely displaced with more meticulously reasoned awards that are expressly based on the law selected by the parties. This march toward more formalized and transparent decision making can be measured in the longer and more detailed awards it produces.”)

cil acceso a laudos emitidos en arbitrajes internacionales²⁷:

La confidencialidad absoluta en el arbitraje comercial internacional obstaculiza el desarrollo de la jurisprudencia arbitral. Las decisiones arbitrales que pasan desapercibidas frecuentemente poseen contenido jurídico valioso y permitir que esas reflexiones doctrinales tan importantes queden archivadas es un desperdicio del esfuerzo intelectual puesto por los árbitros al escribir sus laudos. Dejar esos laudos razonados fuera del alcance de potenciales partes las priva de valiosas fuentes intelectuales, sino que también quita un razonamiento importante a la jurisprudencia arbitral.

La importancia de la jurisprudencia arbitral es evidenciada con claridad en el caso de los arbitrajes de inversiones. Es gracias a la publicidad de los laudos que se han podido aterrizar y dotar de contenido a conceptos abstractos e indeterminados previstos en los tratados bilaterales de inversiones, como el “trato justo y equitativo” que los Estados se comprometen a otorgar a los inversio-

nistas extranjeros. La aplicación de la ley en la práctica, incluso cuando los precedentes no sean vinculantes, es un factor importante para guiar la resolución de casos futuros²⁸.

V. Propuestas para seguir mejorando

Si bien las medidas que hemos descrito en la sección anterior son positivas, creemos que aún hay mucho camino por recorrer y aspectos en los que se puede mejorar. En esta última sección presentaremos algunas medidas para seguir mejorando lo que se ha avanzado en los últimos años.

A. *Difundir y mejorar el Faro de Transparencia*

Consideramos que es necesario difundir iniciativas como el Faro de Transparencia de la CCL hacia otras instituciones arbitrales. Se trata de una iniciativa innovadora que puede ayudar tanto a que los usuarios del arbitraje tengan información más completa sobre la calidad del árbitro como para identificar aquellos

²⁷ Poorooye y Feehily, “Confidentiality and Transparency...”, 303. Traducción libre (“Absolute confidentiality in international commercial arbitration hinders the development of arbitral jurisprudence. Arbitral decisions that go unreported frequently possess valuable juridical content and permitting such important doctrinal reflections to be archived is a waste of intellectual effort put in by arbitrators in writing their awards. Keeping such reasoned awards out of the reach of potential disputants not only deprives them of valuable intellectual resources but also omits important reasoning from arbitral jurisprudence.”)

²⁸ Paul Comrie-Thomson, “A Statement of Arbitral Jurisprudence: The Case for a National Law Obligation to Publish International Commercial Arbitral Awards,” *Journal of International Arbitration* 34, no. 2 (2017): 282. (“El potencial precedente de los laudos arbitrales constituye un bien público. Incluso cuando los laudos no están sujetos a un sistema formal de *stare decisis*, las decisiones de los tribunales arbitrales pueden proveer una sustancial e importante contribución a la jurisprudencia comercial, guiando a futuros tribunales y cortes nacionales cuando controversias similares llegan a ellos.”). Traducción libre (“The precedent potential of arbitral awards constitutes a public good. Even though awards are not subject to a formal system of *stare decisis*, the decisions of arbitral tribunals may provide a substantial and important contribution to commercial jurisprudence, guiding future tribunals and national courts when similar disputes come before them.”)

árbitros con posibles conflictos de interés.

Sin perjuicio de ello, creemos que la plataforma ofrecida por la CCL podría ampliar la información que se muestra a los usuarios. Específicamente, consideramos que no basta con identificar cuáles son los abogados y firmas que representan a las partes que designan a determinado árbitro. También debería difundirse los nombres de las partes que los designan. Después de todo, lo importante es evitar que un árbitro se vuelva un defensor más de una de las partes por el hecho de haber sido designado por ella repetidas veces.

Revelar la identidad de las partes que han designado al árbitro en sus casos, evidentemente, implica revelar la existencia del arbitraje. Sin embargo, no es usual que la existencia misma de la controversia se considere cubierta por la confidencialidad. Después de todo, ya existen obligaciones legales que implican revelar la existencia de la controversia a terceros y, además, eso ya ocurre cuando las partes acuden a las cortes estatales para pedir la anulación de un laudo o su ejecución²⁹:

La medida en que el deber de confidencialidad cubre la existencia del

procedimiento arbitral rara vez ha sido cuestionada en las cortes nacionales. Como la mayoría de leyes nacionales requieren que las controversias legales, entre otros eventos importantes que afectan la actividad corporativa, sean reportados a los terceros interesados (como los bancos, compañías de seguros, contadores y muchas veces accionistas y miembros del grupo empresarial), mantener una confidencialidad absoluta sobre la mera existencia de un arbitraje es difícil de justificar, sino extraño. Muchas veces, son las propias partes quienes inician procesos ante las cortes para cuestionar la composición del tribunal arbitral o su jurisdicción, para anular el laudo y, finalmente, en la fase de ejecución.

Transparentar quién designa a los árbitros es fundamental para combatir el problema de las designaciones repetitivas. Permite que salgan a la luz los conflictos de interés e incentiva a que los árbitros tengan ese factor en cuenta antes de aceptar designaciones que puedan poner en duda su integridad.

B. Innovar en las plataformas de publicación de laudos

En lo que respecta la publicación de laudos, creemos que se debe innovar y potenciar las plataformas utilizadas para su difusión. Es importante que los laudos

²⁹ Smeureanu, *Confidentiality...*, 29, traducción libre (“The extent to which the duty of confidentiality covers the existence of arbitral proceedings has rarely been questioned in national courts. Whereas most national laws require that legal disputes, among other important events affecting corporate activity, be reported to interested third parties (such as banks, insurance companies, accountants and oftentimes shareholders and members of corporate groups), maintaining an absolute state of confidentiality over the mere fact of arbitration having commenced seems difficult if not bizarre to justify. Many times, the parties themselves initiate court actions to challenge the composition of arbitral tribunals or their jurisdictions, to promote actions for setting aside and ultimately in the enforcement phase.”)

dos no solo sean accesibles en principio, sino que se deben generar plataformas amigables, que permitan que los usuarios procesen la información con mayor facilidad de la que se enfrenta hoy en día. A modo de ejemplo, nos referiremos al caso de los laudos difundidos por el Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado (OSCE) de Perú.

Como hemos señalado, la ley de arbitraje peruana establece que los laudos de arbitrajes en los que participan entidades del Estado peruano son públicos. En cumplimiento de ese mandato legal, el OSCE ha habilitado el Banco de Laudos que mostramos en la figura “G”.

Aunque formalmente cumple con el mandato legal, pues permite acceder a los laudos que involucran entidades del Estado peruano, en realidad impone al usuario distintas barreras que le quitan cualquier posibilidad de hacer una búsqueda integral de jurisprudencia arbitral. Como se ve en la figura “G”, para acceder a un laudo el sistema exige que el usuario identifique el caso que busca con mínimo cinco criterios: la identidad de la entidad y el contratista involucrados, la fecha de emisión del laudo, la identidad de los árbitros, el monto de la controversia, entre otros.

Como es evidente, el usuario que solo desea ubicar cómo ha resuelto un árbitro sobre un tema determinado probablemente no tenga esos datos a la mano. Es

un sistema que solo facilita el acceso “formalmente”, pero que en la práctica impide una verdadera transparencia que sirva para evaluar el perfil de los árbitros o para identificar hacia donde se dirige el desarrollo de la jurisprudencia arbitral.

Transparencia no es compilar los laudos digitalizados en una sola dirección web. Esta es una lección que tanto el OSCE como cualquier institución vinculada al arbitraje debe tener en cuenta. Si se hace eso, el hecho de que los laudos sean públicos no generará ningún beneficio a los usuarios del arbitraje. Para la transparencia sea real y beneficiosa, se deben emplear plataformas que faciliten el acceso a la jurisprudencia en lugar de restringirlo.

Un buen modelo de cómo puede funcionar esto, una vez más, está en el campo de los arbitrajes de inversiones. Las instituciones arbitrales deberían apuntar a emular bases de datos especializadas como Investor State Law Guide, que permite al usuario buscar laudos no solo por el nombre de las partes o el código del expediente. También le permite hacer búsquedas por temas, normas aplicables, referencias cruzadas, etc.³⁰

Este proyecto, naturalmente, tendrá que contar con las salvaguardas necesarias para cautelar el legítimo interés por mantener confidencial la información que pueda afectar el secreto comercial, la propiedad intelectual y la reputación

³⁰ “Product,” Investor State Law Guide, <https://www.investorstatelawguide.com/product> (consultado el 28 de noviembre de 2020)

de los involucrados en cada controversia. Es parte del equilibrio que debemos buscar. Por eso, antes de difundir los laudos en una plataforma de este tipo, la institución responsable deberá velar por anonimizar y ocultar la información que las partes pacten como sensible.

VI. Conclusiones

El arbitraje se encuentra en constante evolución. Por eso, sus características no son inmóviles. Son más bien dinámicas. Se adaptan según las necesidades que el arbitraje debe satisfacer en un momento dado. Y así como en ciertos momentos ha funcionado sin confidencialidad, con la finalidad de hacer efectivos los mecanismos extra-legales que facilitaron su supervivencia en jurisdicciones hostiles, hoy tenemos que relativizar la confidencialidad para enfrentar nuevos problemas y ofrecer un mejor servicio al usuario.

La confidencialidad es importante. Pero no es lo más importante. La confidencialidad no puede ser absoluta, menos al costo de afectar transparencia, y con ello afectar el derecho fundamental de las partes a conformar un Tribunal Arbitral independiente y adecuado para la tarea. Más claro: la confidencialidad no puede ir contra el Estado de Derecho. Y la transparencia, así como la necesidad de conformar un Tribunal independiente, es parte fundamental de ese Estado de Derecho que el arbitraje debe asegurar. El camino hacia una mayor transparencia es un camino que ya se ha emprendido y está dando frutos. Proyec-

tos exitosos como Arbitrator Intelligence, el Faro de Transparencia de la CCL, así como en las iniciativas para hacer públicos los laudos arbitrales, así lo confirman. Se viene reduciendo de forma efectiva la asimetría informativa que enfrentan los usuarios al designar árbitros, se enfrenta mejor la corrupción camuflada de designaciones repetitivas, y se comienza a construir una jurisprudencia arbitral.

Sin perjuicio de ello, hay medidas que aún se pueden tomar para optimizar las contribuciones de estos proyectos. En primer lugar, otras instituciones deberían tomar la iniciativa y seguir el camino ya trazado por la CCL con el Faro de Transparencia. Esto debe ir acompañado con la voluntad de revelar aún más información de la que se muestra en la plataforma de la CCL, como es la identidad de las partes que designan a los árbitros. Si bien esto implica revelar la existencia de las controversias, no tiene por qué afectar negativamente los secretos comerciales o la buena reputación de las partes.

Por último, si bien los esfuerzos por publicar laudos son interesantes, es necesario que se trabaje en plataformas que aseguren no solo que el acceso a ellos esté permitido, sino que sea práctico para el usuario. No basta con que el público pueda tener acceso a una “nube” de laudos digitalizados. Es necesario hacer un trabajo de sistematización que permita que el acceso se traduzca en

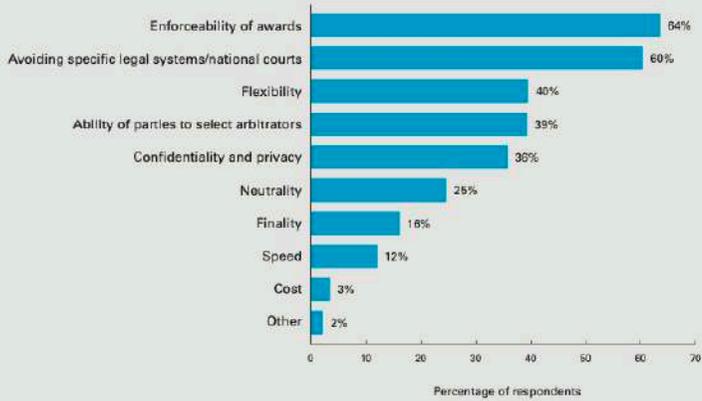
conocimiento que las personas puedan usar.

El arbitraje ha emprendido el camino hacia la transparencia para responder a nuevas necesidades de los usuarios. Para que ese proceso sea exitoso, debemos estar atentos a cómo evolucionan estas y pensar en cómo podemos servirlos mejor.

Cuadros y Figuras

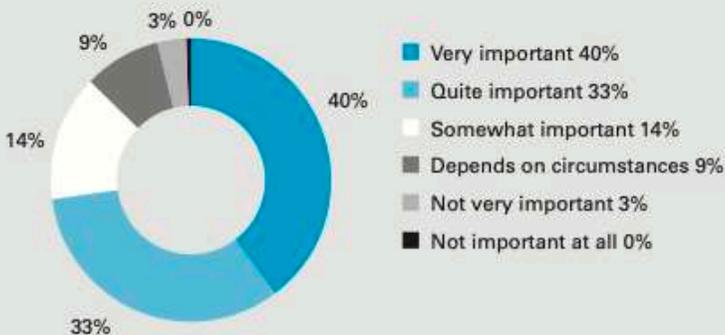
A

Chart 3: What are the three most valuable characteristics of international arbitration?

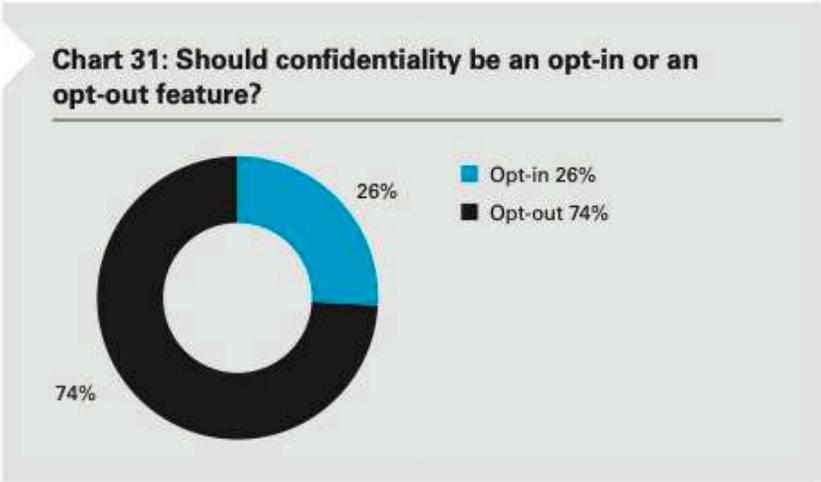


B

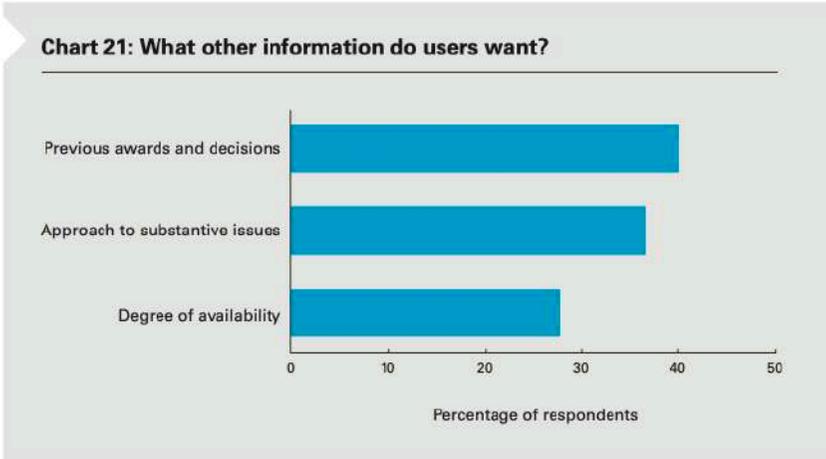
Chart 30: How important is confidentiality in international commercial arbitration?



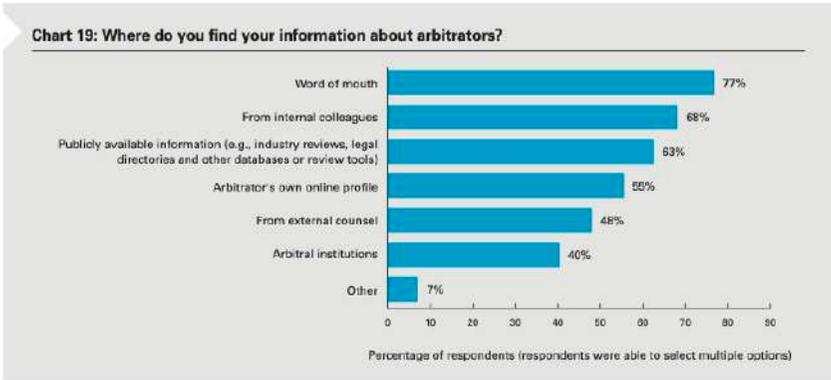
C



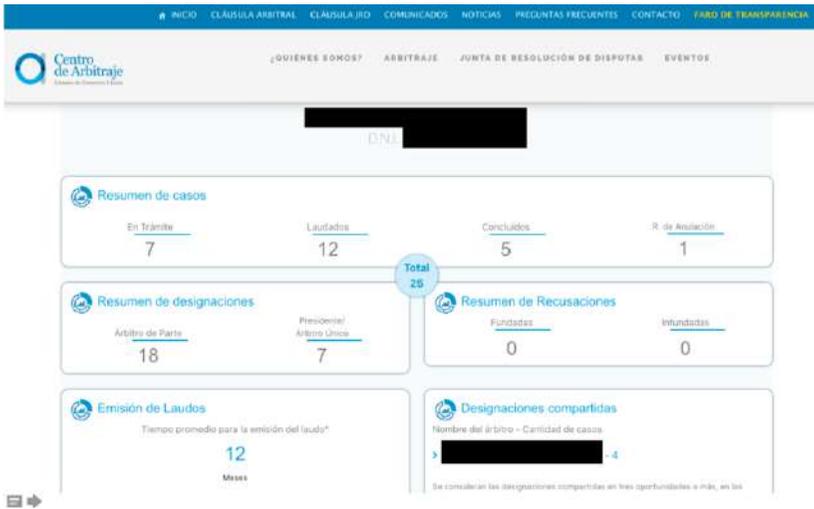
D



E



F



G

Banco de Laudos

Para realizar la búsqueda es necesario ingresar por lo menos cinco campos

Laudos

Ingresar al menos 5 parámetros de búsqueda, entre ellos los campos obligatorios (*).

DEMANDANTE(*): <input type="text" value="Ereñad"/>	ENTIDAD: <input type="text"/>	CONTRATISTA: <input type="text"/>
TIPO DE ARBITRAJE(*): <input type="text" value="Institucional"/>	INSTITUCIÓN ARBITRAL O SECRETARIO ARBITRAL AD HOC: <input type="text"/>	PROCESO DE SELECCIÓN: <input type="text"/>
NOMBRE ÁRBITRO ÚNICO / PRESIDENTE DE TRIBUNAL ARBITRAL: <input type="text"/>	NOMBRE ÁRBITRO DESIGNADO POR LA ENTIDAD: <input type="text"/>	NOMBRE ÁRBITRO DESIGNADO POR EL CONTRATISTA: <input type="text"/>
FECHA DE EMISIÓN DE LAUDO (INICIO DE BÚSQUEDA): <input type="text"/>	FECHA DE EMISIÓN DE LAUDO (FIN DE BÚSQUEDA): <input type="text"/>	MATERIAS CONTROVERTIDAS: <input type="text"/>
PLAZO DEL PROCESO (EN MESES) (INICIO DE BÚSQUEDA): <input type="text"/>	PLAZO DEL PROCESO (EN MESES) (FIN DE BÚSQUEDA): <input type="text"/>	
<input type="checkbox"/> S. <input type="checkbox"/> S CONDENA CUANTIFICABLE EN CONTRA DE LA ENTIDAD (INICIO DE BÚSQUEDA): <input type="text"/>	<input type="checkbox"/> S. <input type="checkbox"/> S CONDENA CUANTIFICABLE EN CONTRA DEL CONTRATISTA (INICIO DE BÚSQUEDA): <input type="text"/>	
<input type="checkbox"/> S. <input type="checkbox"/> S CONDENA CUANTIFICABLE EN CONTRA DE LA ENTIDAD (FIN DE BÚSQUEDA): <input type="text"/>	<input type="checkbox"/> S. <input type="checkbox"/> S CONDENA CUANTIFICABLE EN CONTRA DEL CONTRATISTA (FIN DE BÚSQUEDA): <input type="text"/>	