

Quando las palabras son mejores que el silencio: La necesidad de precisar el alcance de la confidencialidad en el arbitraje



CARLOS RIOS PIZARRO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor Adjunto en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la
Universidad del Pacífico,

DANIELA RIZO-PATRÓN PESCHIERA

Alumna de Sexto Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. ¿De dónde nace el deber de confidencialidad?
- III. Sobre la extensión y ámbito de aplicación del deber de confidencialidad.
- IV. ¿Caben limitaciones frente a la confidencialidad?
 1. Restricciones sobre los sujetos.
 2. Restricciones legales.
- V. Sobre la terminación de la confidencialidad y otros efectos jurídicos.
- VI. Sobre la regulación de la confidencialidad en el Perú.
- VII. Conclusión.

RESUMEN:

La confidencialidad es una de las razones por la que se decide resolver una controversia bajo el arbitraje. El presente artículo aborda temas como la fuente del deber de confidencialidad, su ámbito de aplicación y la importancia de la revisión del contenido de la ley y reglamentos aplicables a fin de corroborar la protección de los intereses de las partes. Resulta posible que las mismas puedan incrementar y extender el deber de confidencialidad. La ley no lo impide y, como afirma el título del presente trabajo, en ocasiones las palabras son mejores que el silencio.

Palabras clave: Arbitraje, confidencialidad, solución de controversias, deberes arbitrales y Ley de Arbitraje.

ABSTRACT:

Confidentiality is one of the main reasons why parties decide to settle their dispute under arbitration. This article introduces issues such as the source of the duty of confidentiality, its area of application and the importance of reviewing the content of the positive law in order to ensure the protection of the interests of the parties. As a matter of fact, it is possible for them to increase and extend the duty of confidentiality. The law does not prevent this and, as the title of this work describes, sometimes words are better than silence.

Keywords: Arbitration; confidentiality; dispute resolution; arbitration duties and Arbitration Act.

I. INTRODUCCIÓN

La confidencialidad es una de las razones por las cuales las partes deciden resolver sus controversias a través de un arbitraje.

Las ventajas de contar con un proceso confidencial son ya conocidas. Born, en opinión que compartimos, sostiene que algunos de los principales beneficios de guardar la confidencialidad de una controversia son los siguientes: (i) Reduce el riesgo de dañar acuerdos de confidencialidad o de hacer pública información comercial sensible; (ii) facilita la posibilidad de llegar a una transacción o arreglo; y, (iii) disminuye la presión que pudiera sentir un árbitro si se tratase de un proceso mediático, entre otros¹.

Tan cierto es ello que, en una encuesta realizada en el año 2010 a los principales operadores jurídicos de Londres, se obtuvo como resultado que

más del 60% de los encuestados consideraba a la confidencialidad como una razón fundamental para escoger al arbitraje como el mecanismo idóneo de resolución de conflictos².

Por ello, llama la atención que las principales regulaciones en materia de arbitraje, como la Convención de Nueva York, la Convención de Ginebra y la Convención de Panamá, guarden silencio respecto a la confidencialidad del proceso arbitral. Incluso, la Ley Modelo de la *United Nations Commission on International Trade Law* –en adelante “UNCITRAL”–, utilizada como base de buena parte de las legislaciones arbitrales de diversas naciones, no regula ni consagra este famoso principio del arbitraje³.

Sin embargo, y a pesar de algunas advertencias previas por parte de cierto sector de la doctrina en torno a esta situación, a la fecha no se ha tenido un avance significativo a efectos de delimitar el alcance de la confidencialidad y

1. Sobre el particular, confróntese BORN, Gary. *International Commerce Arbitration*, Second Edition, Vol. II, Wolters Kluwer, 2014, pp. 2781 y ss.
2. QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration* 5, 29 (2010) (62% de los encuestados señaló que la confidencialidad era muy importante para ellos en el arbitraje internacional).
3. Pese a esta evidente falta de regulación, lo cierto es que es unánimemente aceptado que la confidencialidad es un principio del arbitraje. Sobre el particular, véase CAIVANO, Roque. “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”. En: *Lima Arbitration*, N° 04, Lima: 2010, p.119.

determinar quiénes se ven vinculados a ella o qué información debe estar salvaguardada por este principio.

En nuestra opinión, es necesario clarificar el ámbito de aplicación de este deber, por lo que consideramos relevante dar algunas precisiones sobre las interrogantes anteriormente señaladas. Específicamente abordaremos algunos problemas tales como la fuente del deber de confidencialidad y su ámbito de aplicación. En este último caso veremos específicamente quienes y qué etapas del arbitraje están sujetos a este principio.

II. ¿DE DÓNDE NACE EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD?

La primera interrogante deviene en torno a la fuente de este deber; esto es, si requiere de pacto expreso de las partes o si, por el contrario, puede considerarse como implícitamente colocado cuando éstas suscriben un convenio arbitral.

Sobre el particular, la doctrina no expresa una posición unánime. Ilustrando sobre este punto, el profesor Silva Romero comenta que hay dos posturas respecto al principio de confidencialidad en el arbitraje internacional: (i) El arbitraje comercial internacional es implícitamente confidencial (posición de las cortes de Francia, Inglaterra y Singapur); y, (ii) La confidencialidad debe ser pactada expresamente para existir jurídicamente (posición de las cortes de Australia, Estados Unidos, Suecia y Suiza)⁴.

Born complementa lo señalado precisando que algunas jurisdicciones no admiten que las obli-

gaciones de confidencialidad sean implícitas. Para estas, el hecho de que los procedimientos arbitrales sean privados no significa necesariamente que deban ser confidenciales. Las partes son libres de acordar expresamente la confidencialidad de su arbitraje por lo que, si así lo quisieran, lo harían⁵.

Sin embargo, la posición mayoritaria reconoce que los convenios arbitrales generan obligaciones implícitas de confidencialidad. Por ejemplo, las cortes inglesas, en el caso *Hassneh Ins Co. Of Israel v. Mew*, sostuvieron que "el concepto de arbitraje privado deriva simplemente del hecho que las partes han acordado someter a arbitraje determinadas disputas que surjan entre ellas y solamente ellas". De esta manera, "está implícito que los terceros deban ser excluidos de las audiencias y del procedimiento arbitral"⁶.

No es objeto del presente trabajo pretender zanjar dicha discusión. Empero, si consideramos relevante que este deber de confidencialidad emane de alguna fuente, bien sea a través del pacto expreso de las partes en el convenio arbitral, a través de la ley aplicable escogida por las partes, la ley propia del lugar de la sede, o inclusive del reglamento de arbitraje al que las partes buscaron someterse.

Creemos además que es saludable que la ley se pronuncie sobre el particular, pues en determinados casos resulta especialmente complejo determinar cuál es el alcance de esta presunta obligación. Por ello, aquellas jurisdicciones que admiten que el deber de confidencialidad se encuentra implícito deberían recoger el contenido, los alcances y límites de este principio en sus respectivos textos legales. Si las partes desearan

4. Sobre el particular, confróntese: SILVA ROMERO, Eduardo. "Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional". En: *Lima Arbitration*, N° 5. Lima: 2011-2012, p. 42. También puede verse: CAVANO, Roque. "Una mirada comparativa sobre la confidencialidad en el arbitraje comercial". En: *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 244. Lima: 2010, pp. 609 y ss.
5. Sobre el particular, confróntese: BORN, Gary. "Chapter 10: Confidentiality and Transparency in International Arbitration". En: *International Arbitration: Law and Practice*. Segunda Edición. Kluwer Law International, 2015. Traducción libre.
6. *Loc. Cit.* Traducción libre.

que ello no les fuera de aplicación, bastaría que pacten en contrario.

III. SOBRE LA EXTENSIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD

Tampoco existe unanimidad en la doctrina o en el tratamiento legislativo con relación a qué elementos del arbitraje pueden ser revelados o mantenidos en secreto.

El ejemplo más claro de ello es el deber de no revelar la existencia de un arbitraje, donde uno puede encontrar discusión en la doctrina. Lohmann, por ejemplo, considera que el deber de confidencialidad no alcanza a la existencia del arbitraje, al sostener que *"la restricción es al contenido de las actuaciones, es decir, no a la existencia del litigio, sino a los detalles y fundamentos de la controversia"*⁷.

No obstante, otro sector de la doctrina considera por el contrario que la confidencialidad abarca también a la existencia del litigio, al sostenerse que *"cuando el deber de confidencialidad respecto a la existencia del proceso arbitral recae en las partes, éstas están prohibidas de revelar la existencia del arbitraje, el nombre de sus oponentes o el tema en disputa"*⁸.

Por lo general, los centros de arbitraje alrededor del mundo adoptan esta última postura. Incluso la Cámara de Comercio Internacional –en adelante "CCI"–, cuyo Reglamento de Arbitraje no contiene ninguna provisión que establezca

expresamente dicho deber, respeta este principio en tanto su Estatuto indica que su trabajo tiene naturaleza confidencial⁹. Es por ello que los casos administrados por la CCI no se encuentran identificados por el nombre de las partes sino mediante una determinada enumeración seguida por las iniciales del consejo de la Corte cuyo equipo administra el caso¹⁰.

Se discute también si el deber de confidencialidad abarca a todas las actuaciones arbitrales. En general, los centros de arbitraje alrededor del mundo muestran una posición favorable al mantenimiento de confidencialidad sobre los materiales admitidos y creados durante los procedimientos arbitrales. Sin embargo, cabe recalcar que no todas las provisiones que regulan dichos deberes de confidencialidad son obligatorias, por lo que las partes pueden omitirlas o adaptarlas conforme a sus intereses.

Por ejemplo, la profesora Smeureanu comenta que algunos reglamentos, como el de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres o las Reglas Suizas, buscan proteger toda la información presentada en el arbitraje. En comentario a estos, se indica que *"la obligación de confidencialidad, entonces, se extiende a toda correspondencia entre las partes, el tribunal y las instituciones arbitrales, las peticiones de arbitraje y sus respectivas contestaciones, documentos adicionales presentados, solicitudes, testimonios de testigos y reportes de expertos, y los medios probatorios presentados para probar los argumentos planteados. Los informes orales o testimonios orales emitidos durante las audiencias y grabados en formato de*

7. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. "Comentario al artículo 51 de la Ley General de Arbitraje". En: SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZALEZ, Alfredo (Coordinadores). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 586.

8. *Chapter 3: The Scope of the Duty to Maintain Confidentiality*. En: SMEUREANU, Ileana. "Confidentiality in International Commercial Arbitration". En: *International Arbitration Law Library*, Vol. XXII. Kluwer Law International, 2011, p. 74. Traducción libre.

9. Sobre el particular, debe tomarse en consideración el artículo 6 del Estatuto de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, el cual dicta lo siguiente: "Artículo 6 / Confidencialidad / La actividad de la Corte es de carácter confidencial el cual debe ser respetado por todos los que participen en ella, a cualquier título. La Corte definirá las condiciones bajo las cuales las personas ajenas a la misma pueden asistir a sus reuniones y a sus Comités y tener acceso a los documentos presentados a la Corte y a su Secretario".

10. *Ibid*, p. 74.

video, audio o estenografía, también deberían ser incorporados a esta amplia fórmula”.

Advertimos además que ciertas regulaciones específicas de los reglamentos arbitrales, como las referidas a pruebas o testigos, incluyen un acápite específico dirigido a resguardar la confidencialidad en la actuación o presentación de tales medios probatorios, por lo que a nuestro entender este punto suele ser el más abordado por los operadores jurídicos y su discusión suele ser de menor envergadura¹¹.

En la misma línea, parece ser generalmente aceptado que las deliberaciones de los árbitros y los laudos son confidenciales en lo que a arbitraje comercial respecta, salvo que las partes acuerden lo contrario.

Por ejemplo, el artículo 34.5 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL establece lo siguiente: *“Podrá hacerse público el laudo con el consentimiento de las partes o cuando una parte tenga la obligación jurídica de darlo a conocer para proteger o ejercer un derecho, y en la medida en que así sea, o con motivo de un procedimiento legal ante un tribunal u otra autoridad competente”*.

Resta entonces identificar a quiénes se extiende el deber de confidencialidad. La pregunta parece ociosa con relación a las partes. Sin embargo, tales no son los únicos que participan de

forma activa y hasta determinante en un litigio arbitral. Y es que los expertos legales y técnicos, los testigos o incluso los árbitros tienen un rol preponderante y por ello se discute si el deber de confidencialidad se extiende también a ellos.

Una primera posición es defendida por Lew, quien comenta que el deber de confidencialidad debe restringirse únicamente hacia aquellos que expresamente asumen tal obligación. De esta manera, *“cuando las partes acuerdan expresamente la confidencialidad, el ámbito de aplicación de las obligaciones de confidencialidad dependerá de aquello que las partes pactaron. En tal caso, la obligación de confidencialidad, generalmente, no puede vincular a terceros tales como testigos, expertos o árbitros”*¹².

Born ratifica lo expuesto, sosteniendo que los terceros están libres de revelar información y material de los procedimientos arbitrales que les haya sido provistos siempre que no cuenten con una prohibición expresa en un pacto separado¹³.

Por su parte, Caivano considera que los árbitros son quienes están más nitidamente alcanzados por el deber de confidencialidad, llegando incluso a afirmar que, por más que las partes no lo digan expresamente, *“debe presumirse también su intención de extender a los árbitros el deber de confidencialidad que implícitamente han creado para ellas mismas”*¹⁴. De esta manera, cuando

11. La nota 6 de las Notas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –en adelante “CNUDMI”– sobre Organización del Proceso Arbitral señala que los árbitros deberían recomendar a las partes establecer en su convenio arbitral lo siguiente: (i) Que los materiales o información tales como evidencia, argumentos escritos u orales, el hecho que el arbitraje se encuentra en curso, la identidad de los árbitros, el contenido del laudo, etc., deberán ser confidenciales; (ii) que las medidas que deberán adoptarse para mantener la confidencialidad de los elementos señalados en el punto anterior; (iii) si se deberían adoptar procedimientos especiales para mantener la confidencialidad de la información transmitida por medios electrónicos; y (iv) en cuáles circunstancias se permitirá que la información confidencial sea revelada parcial o totalmente –por ejemplo, podría ser cuando así lo solicite la ley o una autoridad–.
12. LEW, Julian D. M. *Chapter 7. The Arbitrator and Confidentiality*. En: DERAIS, Yves y LÉVY, Laurent. *Is Arbitration only As Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator*. En: *Dossiers del Instituto de la CCI de Derecho Empresarial Mundial*, Vol. VIII. Kluwer Law International, 2011, pp. 105-129. Traducción libre.
13. Sobre el particular, confróntese BORN, Gary. *International Commerce Arbitration*, Second Edition, Vol. II, Wolters Kluwer, 2014, pp. 2789 y ss.
14. CAIVANO, Roque. *“El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”*. En: *Lima Arbitration*, N° 04. Lima: 2010-2011, p. 124.

los árbitros aceptan su designación, aceptan también, como parte del cumplimiento de su relación contractual con las partes, conservar la confidencialidad del procedimiento arbitral.

Sin embargo, el citado jurista también precisa que *"mucho más discutido es el deber de confidencialidad de testigos y peritos, quienes no están ligados al arbitraje por un vínculo contractual (no hay relación jurídica convencional alguna con las partes, ni con los árbitros ni con la institución que administra el arbitraje)"*¹⁵. Es por esto último que Smit sostiene que, al ser verdaderos terceros, no se les puede oponer un deber de confidencialidad derivado de un acuerdo entre partes ajenas a ellos, salvo que exista pacto en contrario o una ley que les extienda dicho deber¹⁶.

Resta precisar que todos los puntos a los cuales hemos hecho referencia se encuentran también sujetos a la autonomía de la voluntad de las partes. Esto se encuentra reconocido en la Convención de Nueva York y en la mayoría de los regímenes arbitrales modernos.

IV. ¿CABEN LIMITACIONES FRENTE A LA CONFIDENCIALIDAD?

Las partes pueden decidir si el arbitraje será confidencial e, incluso, determinar qué elementos o ámbitos del proceso podrán ser conocidos o restringidos. No obstante, existen algunas limitaciones importantes que debemos remarcar.

1. Restricciones sobre los sujetos.

La primera restricción ha sido expuesta en el punto precedente, y se refiere a los sujetos a

quienes ata la obligación de confidencialidad. Así pues, la doctrina mayoritaria señala que las previsiones de confidencialidad solo vinculan a las partes y no a terceros, lo cual inclusive se extiende hacia los testigos.

Sin embargo, poco se ha dicho con relación a aquellos sujetos que tienen una participación indirecta pero relevante en el arbitraje, como en el caso de un *third party funder*.

¿En qué consiste este *"third party funding"*? Se trata de un mecanismo alternativo de financiamiento, donde un agente que no tiene ninguna conexión con un arbitraje paga una porción o la totalidad de los costos en los que incurra una de las partes, a cambio de un porcentaje de la cuantía que se determine en la condena, en caso dicha parte resulte vencedora¹⁷.

Dada la especial situación que este financiamiento genera, creemos que en la práctica será altamente probable que el financista reciba información confidencial del arbitraje, más aún cuando éste requiere conocer el contenido del laudo para hacer efectivo su derecho de crédito.

No es objeto del presente trabajo detallar la forma en la que esta figura jurídica podría ser aplicada en nuestro país. Sin embargo, si consideramos relevante indicar que las partes deberían tener la obligación de revelar si están siendo financiadas por un tercero para que¹⁸, de ese modo, su respectiva contraparte pueda delimitar la obligación de confidencialidad y extenderla a este particular tercero.

15. *Ibid.*, p. 125.

16. Sobre el particular, confróntese: SMIT, Hans. "Confidentiality in arbitration". En: *Arbitration International*, Vol. XI, Oxford, 1995, pp. 337 y ss. e *Ibid.*, p. 124.

17. TRIPP, Chapman y KALDERIMIS, Daniel. "Third party funding in international arbitration. Lessons from litigation?" En: *Kluwer Arbitration*, 2014. Sobre el particular, véase también: RUBIN, Paul. "Third-party financing of litigation". En: *Northern Kentucky Law Review*, Vol. 38:4, p. 674.

18. La última edición de las Reglas del International Bar Association-IBA sobre conflictos de intereses ya han abordado dicha materia y exigen a las partes revelar si están siendo financiadas por un *third party funder*, llegando incluso a considerarle como parte del arbitraje.

2. Restricciones legales.

Pueden darse circunstancias en las cuales un acuerdo de confidencialidad en el arbitraje no pueda ser ejecutado por políticas públicas o normas imperativas. Born detalla con claridad algunos ejemplos: la obligación de reportar obligaciones impuesta por una agencia de seguridad nacional o poderes otorgados a dichas agencias para conocer el detalle de un arbitraje; como también puede darse en el caso que dicho pacto viole una provisión de las leyes de competencia¹⁹.

En el caso peruano, nuestra ley de arbitraje si contempla algunas excepciones a la confidencialidad, señalando en su artículo 51 que el deber de confidencialidad alcanza a las partes *"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 un recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial"*.

Observamos que el texto legal contiene una disposición genérica, dotando así de flexibilidad al legislador para que, en su oportunidad, pueda determinarse si un laudo puede ser público.

V. SOBRE LA TERMINACIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD Y OTROS EFECTOS JURÍDICOS

A nuestro entender, el deber de confidencialidad es una obligación de no hacer que ambas partes asumen en el arbitraje a efectos de regular su conducta procesal.

Es claro que esta obligación es plenamente exigible durante el arbitraje. Sin embargo, cabe preguntarse si esta también tiene el mismo efecto una vez que el arbitraje ha concluido.

La respuesta a dicha interrogante tiene diversos matices. Una primera, lógicamente, está en

función al pacto de las partes, quienes pueden determinar la forma en la que esta obligación será ejecutada y su eventual terminación.

Sin embargo, a falta de pacto entre las partes, determinar si efectivamente el deber se mantiene una vez culminado el arbitraje es de especial relevancia. Somos de la opinión que el deber de confidencialidad persiste hasta que se inicie el correspondiente proceso de ejecución del laudo arbitral.

La razón de ello es simple. Los procesos judiciales son por esencia públicos y el propio acto de ejecución podría requerir de la publicidad necesaria para materializar una determinada situación jurídica –piénsese por ejemplo en la inscripción de un determinado derecho en los Registros Públicos–.

En el caso peruano, la ley incluso permite ello al indicar que puede revelarse el laudo *"para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial"*.

En la misma línea, no es sencillo determinar cuáles son las consecuencias jurídicas de incumplir el señalado deber de confidencialidad. Como bien indica Calvano, *"la determinación de las consecuencias de una violación al deber de confidencialidad depende de muchos factores, por lo que no es posible dar una respuesta única para todas las posibles situaciones. En esencia, la solución puede variar según cuál sea el sistema legal aplicable, la fuente que se atribuya a ese deber y la relación que exista entre el ofensor y el agraviado"*.

A nuestro entender, vulnerar el alcance del deber de confidencialidad es un acto de mala fe, que puede ser sancionado por el Tribunal Arbitral a través de la determinación de pago de los gastos del arbitraje. Ello sin perjuicio de las correspondientes acciones legales que inicie el afectado contra el sujeto que incumplió la obligación de confiden-

19. BORN, Gary. *International Commerce Arbitration*, Second Edition, Vol. II. Wolters Kluwer, 2014, p. 2789.

cialidad, que inclusive podría ser discutido en el arbitraje si este aún se encontrara en curso.

VI. SOBRE LA REGULACIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD EN EL PERÚ

El Perú es uno de los pocos países en el mundo que sí ha regulado de forma expresa el deber de confidencialidad en el arbitraje.

Específicamente, el artículo 51 del Decreto Legislativo 1071 dispone lo siguiente:

- a) 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.
- b) 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.
- c) 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.

La norma es clara en advertir que todos aquellos que participen en el arbitraje están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las actuaciones en el arbitraje y el laudo. Con ello, nuestra ley zanja cualquier discusión como las comentadas en líneas precedentes en torno a los sujetos que son alcanzados por el deber de confidencialidad.

Más aún, creemos que una interpretación finalista del artículo bajo comentario permite extender el deber de confidencialidad a todos los participantes, por lo que debiera también ser aplicado para los *third party funders* y otros terceros cuya participación es relevante.

Resta advertir que recientemente el Decreto Legislativo 1231 ha modificado la Ley de Arbitraje peruana –en adelante “la Ley”– estableciéndose, entre otras, la obligación a los árbitros de solicitar que se anote en la partida registral vinculada con la eventual ejecución del laudo, la existencia del proceso arbitral, en caso la demanda o reconvencción verse sobre actos o derechos inscribibles en Registros Públicos. Así, se agrega al artículo 39 de la Ley un quinto inciso, cuyo texto dispone:

“Cuando la demanda o la reconvencción verse sobre actos o derechos inscribibles en los Registros Públicos, el Tribunal Arbitral solicitará la anotación de la existencia del proceso arbitral en la partida registral vinculada con la eventual ejecución del laudo. La anotación se solicitará dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a la admisión de la demanda o la reconvencción y tiene los siguientes efectos:

- a) *No imposibilitará la extensión de asientos registrales en la partida registral*
- b) *Otorga prioridad y prevalencia respecto de cualquier asiento registral posterior con dicha anotación, cuyo contenido sea incompatible con el laudo inscrito”.*

Un análisis preliminar de esta modificación podría llevar a la conclusión que se está vulnerando el principio de confidencialidad, al revelarse la existencia de un arbitraje.

Sin embargo, el texto del artículo 51 de la Ley no indica de forma literal que la existencia del arbitraje esté comprendida también dentro del deber de confidencialidad. Más aún, como indicamos en líneas precedentes, en opinión de Lohmann *“la restricción es al contenido de las actuaciones, es decir, no a la existencia del litigio, sino a los detalles y fundamentos de la controversia”*²⁰.

20. *Ibid.*, p. 586.

En nuestra opinión, nada impide a las partes de un arbitraje pactar que la confidencialidad del proceso también se extenderá a no relevar la existencia del mismo; por lo que la mencionada modificación restringe la libertad de las partes para poder establecer ello si sus intereses así lo ameritaran; ya que a pesar de este pacto el Tribunal tendrá la obligación de realizar el trámite registral ya mencionado.

Por ello, tanto los árbitros como los Registros Públicos deben tener especial cuidado al momento de publicitar la existencia del arbitraje. Siendo que la modificatoria no establece qué elementos específicos deben ser revelados, nuestra impresión es que bastará que se anote la existencia de un arbitraje y las partes involucradas, sin ser necesario revelar más información sobre el arbitraje. Con ello se atiende al propósito de la modificatoria –permitir al propietario inscrito conocer si se pretende afectar su derecho sin su conocimiento– y, a su vez, se resguarda el espíritu de la propia ley de arbitraje.

VII. CONCLUSIÓN

No existe una posición unánime sobre la fuente y los alcances de la confidencialidad. Por ello,

será necesario atender a las particularidades de cada jurisdicción sobre el particular.

En consecuencia, las partes siempre deben revisar el contenido de la ley aplicable y –de ser el caso– del reglamento arbitral para corroborar si sus disposiciones protegen adecuadamente sus intereses.

En atención a ello, recomendamos que siempre que la confidencialidad sea de especial relevancia para un determinado caso, se pacte expresamente las reglas y limitaciones de este principio; detallando a quiénes alcanza, qué actuaciones y etapas arbitrales se encuentran comprendidas y la duración y consecuencias jurídicas de dicho deber.

Para el caso particular de la Ley peruana, las reglas contenidas en el artículo 51 debieran ser suficientes para resguardar de forma idónea la confidencialidad buscada por las partes, quienes además pueden pactar en contrario para reducir los alcances de este deber. También resulta posible que las partes puedan incrementar y extender el deber de confidencialidad. La ley no lo impide y, como reza el título del presente trabajo, en ocasiones las palabras son mejores que el silencio.

