

¿CUMPLE SU FINALIDAD EL NUEVO REGLAMENTO DE TRANSPARENCIA DE LA CNUDMI?

1. Introducción

El mundo del arbitraje ha sido testigo de la llegada del nuevo Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (la «CNUDMI») mediante Resolución de la Asamblea General del 16 de diciembre de 2013 (el «Reglamento»).

Al disponer que, de resultar aplicable, «las partes no podrán apartarse [de sus disposiciones], ni mediante acuerdo, ni de ningún otro modo, a menos que el tratado se lo permita»,¹ el Reglamento parecería sentenciar el comienzo de una nueva era: la de una inexorable transparencia en el arbitraje de inversión.

El Reglamento aplicará automáticamente a los arbitrajes de inversión «entablados, en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de conformidad con un tratado que establezca la protección de las inversiones o los inversionistas ("el tratado") celebrado el 1 de abril de 2014 o después de esa fecha, a menos que las partes en el tratado hayan acordado otra cosa».² El Reglamento también podrá aplicar, si las partes así lo acuerdan, a arbitrajes entre inversionistas y Estados, iniciados en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de conformidad con

un tratado celebrado antes del 1 de abril de 2014,³ así como a arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados de conformidad con otros reglamentos.⁴

El Reglamento tiene, por lo tanto, un innegable potencial de gozar de amplia aplicación en el arbitraje de inversión. La Unión Europea, responsable de casi la mitad de los flujos de salida de inversión extranjera directa global⁵ y que, según el artículo 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es competente para negociar tratados de inversión en nombre de los Estados miembros, ha anunciado su intención de incluir las disposiciones sobre transparencia del Reglamento en sus tratados de inversión futuros.⁶ Una posición similar ha sido adoptada por Canadá y los Estados Unidos, países con un flujo de inversión extranjera no menos importante, los cuales acudirán al Reglamento para atender su supuesta necesidad de transparencia.⁷

Así las cosas, vale la pena preguntarse qué implica la transparencia en el arbitraje de inversión según el Reglamento (2), para después indagar por la finalidad que persigue dicha transparencia y tratar de evaluar si aquella se consigue con sus disposiciones (3).

Finalmente, a propósito de la amable invitación del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad

* Maître de Conférences en Sciences Po; Profesor de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Bogotá); Socio y líder de la práctica de Arbitraje Internacional de Dechert LLP.

** Asociado del equipo de Arbitraje Internacional de Dechert LLP (Washington D.C.). Los autores agradecen la colaboración de la Dra. Catalina Echeverri, Asociada de Dechert LLP en Washington D.C., durante la elaboración de este artículo.

1. Reglamento, artículo 1.3.b (énfasis añadido).

2. Reglamento, artículo 1.

3. Reglamento, artículo 1.2.

4. Reglamento, Artículo 1.9

5. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD). Foreign Direct Investment (FDI) Statistics - OECD Data, Analysis and Forecast, FDI Outflows 1998-2013 (xls). Disponible en: <http://www.oecd.org/corporate/mne/statistics.htm>

6. Sitio web de la Comisión Europea, Archivo de noticias (11 de Febrero de 2013): EU backs new transparency standards for investor-state dispute settlement. Disponible en: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=868>

7. Comisión de Libre Comercio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11 del TLCAN (31 de Julio de 2001). Disponible en <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx>. Véase también: Tratado Modelo de Inversión de los Estados Unidos de 2012, artículo 29.

Católica del Perú para escribir en esta revista, hemos querido abordar brevemente un caso práctico de aplicación conjunta de las disposiciones del Reglamento y la ley peruana de arbitraje, que da lugar, incluso, a más interrogantes (4).

2. La búsqueda de la transparencia a través del Reglamento sobre la transparencia

En los considerandos de la Resolución mediante la cual se aprobó el Reglamento, la Asamblea General manifestó estar creando «un reglamento sobre la transparencia [...] que contribuiría considerablemente al establecimiento de un marco jurídico armonizado para [...] aumentar la transparencia». Lo anterior resulta, por decir lo menos, tautológico: ¿cómo se aumenta la transparencia con un Reglamento sobre la transparencia?

Las palabras «transparencia» y «transparente», que todo el mundo utiliza pero de las que pocos conocen el verdadero significado, son definidas por el Diccionario de Castellano de la Real Academia de la Lengua Española como sigue:

transparencia. f. Cualidad de transparente. 2. Lámina transparente que contiene dibujos o textos y a la que se pueden añadir datos durante su proyección. 3. Cinem. Proyección sobre una pantalla transparente de imágenes móviles filmadas con antelación, que sirve de fondo a una acción real.

transparente. (De lat. Trans-, a través, y parens, -entis, que aparece). adj Dicho de un cuerpo: A través del cual pueden verse los objetos claramente. 2. Dicho de un cuerpo: translúcido. 3. Que se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse. 4. Claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad. 5. m. tela o papel que, colocado a modo de cortina delante del hueco de ventanas o balcones, sirve para templar la luz, o ante una luz artificial, sirve para mitigarla o para hacer aparecer en él figuras o letreros. 6. Ventana de cristales que ilumina y adorna el fondo de un altar (...).⁸

De las definiciones transcritas resulta, antes que nada, que dichos términos han sido insertados en el lenguaje ordinario para calificar objetos del mundo tangible. Así, por ejemplo, las frases «el agua del riachuelo es transparente» o «la transparencia del vidrio es admirable» tienen

un sentido inequívoco para nosotros. Al haber sido transpuesta sin mayores explicaciones del lenguaje del mundo tangible al del mundo intangible, la palabra «transparente» en la frase «el arbitraje de inversiones debe ser transparente» no puede cumplir sino, a lo sumo, una función metafórica. ¿Qué quiere significar la metáfora de la «transparencia» en el mundo intangible y, en especial, en el contexto de un arbitraje internacional de inversiones?

Las disposiciones del Reglamento indicarían que la transparencia equivale a la ausencia limitada de confidencialidad e incluso de «privacidad». Gary Born señala la diferencia entre estos dos últimos conceptos de la siguiente manera:

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

In contrast, "confidentiality" is typically used to refer to the parties' asserted obligations not to disclose information concerning the arbitration to third parties. Obligations of confidentiality extend not only to prohibiting the disclosure to third parties attending the arbitral hearings, but also to prohibiting the disclosure to third parties of hearing transcripts, as well as written pleadings and submissions in the arbitration, evidence adduced in the arbitration, materials produced during disclosure and the arbitral award(s). [...] [T]he confidentiality of the arbitral proceedings serves to centralize the parties' dispute in a single forum and to facilitate an objective, efficient and commercially-sensible resolution of the dispute, while also protecting the parties' confidences from disclosure to strangers.⁹

El Reglamento determina, en efecto, como regla general, todas las actuaciones que se entenderían excluidas en virtud de la confidencialidad y

8. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed.

9. BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Volume II, Wolters Kluwer, 2009, pp. 2251 y 2252.

la privacidad del arbitraje. Así, el Reglamento impone la participación de terceros, quienes podrían presentar escritos relativos a las cuestiones que sean objeto de litigio¹⁰ y relativos a la interpretación del tratado.¹¹ El Reglamento también impone la publicidad de las audiencias.¹² Además, el Reglamento impone la publicación de prácticamente todos los documentos producidos en el curso del arbitraje.¹³

La transparencia bajo el Reglamento, aunque implícita, no es absoluta, sino limitada. Las limitaciones o excepciones a la transparencia están previstas en el artículo 7 y deberán decidirse caso por caso. Esta disposición del Reglamento prevé de forma amplia – y hasta cierto punto, tautológica – que un determinado tipo de información, por ser confidencial, constituye una excepción a la transparencia y no debe ser publicada.

La excepción más interesante es quizás aquella que establece que el Estado demandado no estará obligado a «poner a disposición del público información cuya divulgación considere contraria a sus intereses esenciales»¹⁴. ¿Quién determinará en última instancia si la publicación de la información es contraria a los intereses esenciales del Estado? ¿Podría el tribunal arbitral rechazar la determinación que en dicho sentido haga el Estado?

3. La finalidad de la transparencia en el Arbitraje de Inversión

La transparencia no ha sido introducida en el arbitraje internacional de inversiones para arreglar un problema de orden técnico-jurídico de dicho mecanismo de resolución de desavenencias. La transparencia no busca hacer que el arbitraje internacional de inversiones sea más eficaz o eficiente. La transparencia, por el contrario,

pretende, se dice, reducir un déficit democrático en el arbitraje de inversión¹⁵.

Por ejemplo, en los considerandos de la Resolución mediante la cual se aprobó el Reglamento de Transparencia, la Asamblea General declara creer que «un reglamento sobre la transparencia [...] contribuiría considerablemente al establecimiento de un marco jurídico armonizado para [...] aumentar la rendición de cuentas y promover la buena gobernanza». A continuación planteamos algunos interrogantes sobre el impacto que realmente podría tener la transparencia, como ésta se ha plasmado en el Reglamento, sobre la rendición de cuentas (3.1) y la buena gobernanza (3.2).

3.1. El aumento de la rendición de cuentas a través de la transparencia

¿Cómo puede la intervención de terceros y la publicación «sobre la marcha» de todas las actuaciones del arbitraje aumentar la rendición de cuentas? La respuesta a este interrogante no resulta evidente.

Según el deseo de quienes reclaman transparencia y la práctica reciente de tribunales arbitrales internacionales de inversión, la transparencia daría un derecho a terceros, ciudadanos o público en general, a conocer lo que está ocurriendo en un arbitraje internacional de inversiones en el que un Estado es demandado y que concierne el interés público.

Este derecho puede ser ejercido, nos parece, durante el arbitraje y después del mismo. Durante el arbitraje, el derecho de conocimiento concierne la existencia del arbitraje, la posibilidad de leer los documentos intercambiados durante la instancia arbitral y la posibilidad de asistir a las audiencias.

10. Reglamento, artículo 4.

11. Reglamento, artículo 5.

12. Reglamento, artículo 6.

13. Estos documentos incluyen: (i) al inicio del arbitraje «la información relativa al nombre de las partes litigantes, el sector económico afectado y el tratado en virtud del cual se formula la demanda» (Reglamento, artículo 2) y (ii) «la notificación del arbitraje; la respuesta a la notificación del arbitraje; el escrito de demanda, el escrito de contestación y toda otra declaración o comunicación escritas de cualquiera de las partes litigantes; una lista de todas las pruebas correspondientes a dichos documentos y a los informes de los peritos y las declaraciones de los testigos, si esa lista ha sido preparada para las actuaciones, pero no las pruebas en sí; todo escrito presentado por partes en el tratado que no son litigantes y por terceros; las transcripciones de las audiencias, cuando se disponga de ellas; y las órdenes procesales, decisiones y laudos del tribunal arbitral» (Reglamento, artículo 3).

14. Reglamento, artículo 7.5.

15. Véase, BLACKABY, Nigel. «Public Interest in Investment Treaty Arbitration». En: *International Commercial Arbitration: Contemporary Questions*, VAN DEN BERG, Albert Jan. (ed.) Volume 11, ICCA Congress Series, London, 2002; EGONU, Mabel I, «Investor-State Arbitration Under ICSID: A Case for Presumption Against Confidentiality?». En: *Journal Of International Arbitration*, IIA Volume 4(5), Kluwer Law International, 2007, pp. 479-489, 487 («Greater transparency in the arbitration process afford the opportunity, not only to be aware that there is a dispute, but also to question the action of their governments»); BUYS, Cindy. The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration, 14 ARIA, 2003, p. 121; ROGERS, Catherine *Transparency in International Commercial Arbitration*, Kansas Law Review, 2006; Bocconi Legal Studies Research Paper No. 06-10 («To the extent that public international arbitrations are made more transparent, democratic ideals are enhanced because the public has the opportunity to observe the process and hold the governments accountable for their action with respect to the arbitration and for the result»).

Después del arbitraje, daría un derecho a la publicación del laudo arbitral.

El ejercicio de este derecho durante el arbitraje, consideramos, no favorece la rendición de cuentas y, en cambio, como se verá más adelante, podría afectar negativamente la buena gobernanza.

La rendición de cuentas es una figura propia del contrato de mandato,¹⁶ que conlleva la obligación de quien ha realizado actos de administración o de gestión, por cuenta o en interés de un tercero, de suministrar un detalle documentado de su gestión. Es usual que la rendición de cuentas se realice una vez se ha concluido el objeto del mandato o que sea posible, por lo menos, establecer momentos específicos en que aquella se llevará cabo.¹⁷

Lo anterior resulta apenas lógico: difícilmente podrá evaluarse el desempeño de quien tiene a su cargo la obligación de rendir cuentas, si no se le ha permitido que ejecute el encargo. Esta lógica, aplicada al arbitraje de inversión, dictaría que no es posible, antes de que termine el arbitraje, evaluar la labor de defensa del Estado.

En lo que respecta al ejercicio de los derechos que daría la transparencia después del arbitraje, sí podría concederse que, en ciertos casos, favorecería la rendición de cuentas el conocimiento que pueda tenerse de la actuación de los representantes del Estado durante el arbitraje, la cual podría reflejarse en el contenido del laudo.¹⁸

Si bien, como lo disponen algunas constituciones contemporáneas, la soberanía reside en el pueblo, también es cierto que en ocasiones dicha soberanía se debe ejercer a través de sus representantes.¹⁹ Podría decirse que, en el caso del arbitraje de inversión, la defensa del Estado le ha sido encargada a los órganos públicos correspondientes, que representan al pueblo en esta causa. Dichos representantes tendrán la

obligación de rendir cuentas por los resultados de su gestión final en el arbitraje, independiente de la confidencialidad o transparencia del mismo.

3.2. La promoción de la buena gobernanza a través de la transparencia

Puede afirmarse que una buena gobernanza, aplicada al manejo del arbitraje, se traduciría en el planteamiento de una buena estrategia por parte de Estado que le permitiera, en lo posible, librarse de responsabilidad o, por lo menos, ahorrar la mayor cantidad de costos que se pagarían con fondos públicos.

Para nosotros, el control de los ciudadanos y del público en general durante el arbitraje que resulta de la transparencia puede convertirse en un obstáculo importante en el desarrollo de la estrategia que un Estado adopte en un arbitraje internacional de inversiones. Tres ejemplos pueden ilustrar esta crítica:

- a) el acceso a lo que ocurre en el arbitraje podría permitir a la oposición política del Estado demandado criticar (la mayoría de las veces con motivaciones partisanas) la estrategia adoptada por éste en el arbitraje; dichas críticas, realizadas en foros públicos o a través de los medios de comunicación, por lo general generan, en nuestra sociedad del espectáculo, reacciones de quienes regentan el poder; si tales reacciones, que son declaraciones públicas, no son coordinadas con el equipo de defensa del Estado demandado en el arbitraje, pueden causar perjuicios irreparables en cuanto a la estrategia adoptada en éste;
- b) la publicación de memoriales y posiciones del Estado puede causar el retorno de la protección diplomática; el Estado del inversionista, en efecto, podría querer intervenir ante ciertas afirmaciones que el Estado demandado – receptor de la inversión– haga; y

16. Véase: Código Civil Peruano, artículo 1793 («El mandatario está obligado: 3.- A rendir cuentas de su actuación en la oportunidad fijada o cuando lo exija el mandante»); Código Civil Argentino, artículo 1909 («El mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y entregar al mandante cuando haya recibido en virtud del mandato, aunque lo recibido no se debiese al mandante»); Código de Civil Colombiano, artículo 2181 («<RENDICION DE CUENTAS DEL MANDATARIO>. El mandatario es obligado a dar cuenta de su administración. Las partidas importantes de su cuenta serán documentadas si el mandante no le hubiere relevado de esta obligación. La relevación de rendir cuentas no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante».)

17. Por ejemplo, bajo el artículo 443 del Código de Comercio colombiano, para el caso de sociedad anónima «*El gerente deberá rendir cuentas comprobadas de su gestión, cuando se lo exija la asamblea general o la junta directiva, al final de cada año y cuando se retire de su cargo.*»

18. Vale la pena mencionar dos sofismas que son utilizados con alguna frecuencia para insistir en las bondades de la publicación de los laudos arbitrajes proferidos en arbitrajes internacionales de inversión. Por una parte, la publicidad de los laudos, se dice, contribuiría a la formación de una jurisprudencia arbitral. Todos sabemos, sin embargo, que la expresión jurisprudencia arbitral es un abuso de lenguaje. Por otra parte, se insiste, en el escenario de casos relacionados, en la necesidad de evitar el dictado de decisiones contradictorias. Este problema, sin embargo, no parece poder ser evitado mediante la publicación de los laudos sino a través de figuras procesales como la acumulación de procedimientos.

19. Constitución política de Colombia, artículo 3. «*La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.*»

c) la publicidad del arbitraje de inversiones puede acarrear problemas en materia probatoria; testigos potenciales pueden, en efecto, sentirse intimidados, y funcionarios públicos pueden ser más reacios al ser solicitados para compartir información y entregar documentos.

En un esfuerzo liderado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo («UNCTAD», por sus siglas en inglés), se ha venido promoviendo la implementación de mecanismos para la alerta temprana de controversias en materia de inversión, que faciliten una solución negociada a los conflictos, antes de acudir al arbitraje.²⁰ En este contexto, el Perú ha sido reconocido como un ejemplo de «buenas prácticas» por la creación del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión – SICRECI.²¹

En nuestra opinión, la alternativa de una salida negociada, junto con los beneficios que ésta reporta, no queda descartada una vez ha iniciado el arbitraje. El principal beneficio que se le ha atribuido a la implementación de las prácticas descritas en el párrafo anterior es la disminución de costos. En el marco de una salida negociada, el Estado podría (i) hacer concesiones que no impliquen erogación alguna de dineros públicos, en contraposición al pago de perjuicios que conlleva el arbitraje, y (ii) evitar el quebrantamiento de la relación con el inversionista, la cual en algunos casos, a pesar de la disputa, aún puede resultar provechosa para el Estado.

Sin embargo, la publicación de la información relativa al arbitraje podría exacerbar la disputa, dificultando una salida negociada y, en términos generales, obstaculizando la buena gobernanza. Al respecto, se ha señalado que:

From the perspective of the host State, when a foreign investor submits a legal claim to investor-State arbitration, that very action entails [...] very

sensitive political implications. First, there is an open challenge against a measure which may be pursuing legitimate public policy objectives. This may lead to the outcry of several sectors that not only may want to defend the measure, but also may oppose in the first place having any foreign investor second guessing domestic legislation in foreign tribunals [...]

Second, an investor-State claim also entails the openly public allegation by the investor that the host State is violating its international obligations. To some degree, such allegation entails a "harassment" effect over the accused sovereign state, leading to defensive attitudes of government officials who find it difficult to recognize any such breach –even assuming that the violation was actually happening and they privately knew it.²²

En efecto, en el caso *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzania*, al considerar una orden procesal destinada a mantener el status quo y evitar que la desavenencia se agrave, el Tribunal reconoció expresamente los efectos de los medios de comunicación sobre un litigio:

It is self-evident that the prosecution of a dispute in the media or in other public fora, or the uneven reporting and disclosure of documents or other parts of the record in parallel with a pending arbitration, may aggravate or exacerbate the dispute and may impact upon the integrity of the procedure. This is all the more so in very public cases, such as this one, where issues of wider interest are raised, and where there is already substantial media coverage, some of which already being the subject of complaint by the parties.²³

Resulta curioso que, aunque la misma CNUDMI haya reconocido que «la confidencialidad, al menos durante el procedimiento arbitral, puede verse como un factor que contribuye a la despolitización de las controversias sobre

20. Naciones Unidas, UNCTAD. *Controversias entre Inversores y Estados: Prevención y Alternativas al Arbitraje* (2010). Disponible en: http://unctad.org/es/docs/diaeia200911_sp.pdf.
United States Agency for International Development (USAID). *Investor-State Dispute Prevention Strategies: Selected Case Studies* (2013). Disponible en: http://www.apec.org/Groups/Committee-on-Trade-and-Investment/-/media/Files/Groups/IEG/20130625_IEG-DisputePrevention.pdf.
ECHANDI, Roberto. *Towards a New Approach to Address Investor-State Conflict: Developing a Conceptual Framework for Dispute Prevention*. Working Paper No 2011/46, 2011. Disponible en: http://www.wti.org/fileadmin/user_upload/nccr-trade.ch/wp2/publications/wp%202011%2046_Echandi.pdf

21. Ley N° 28933 del 15 de diciembre de 2006 (Perú). Naciones Unidas, UNCTAD. «*Best Practices in Investment for Development, Case Studies in FDI, How to Prevent and Manage Investor-State Disputes: Lessons from Peru*». En: *Investment Advisory Series*, Series B, number 10, 2011. Disponible en: http://unctad.org/en/Docs/webdiaepcb2011d9_en.pdf

22. ECHANDI, Roberto. *Towards a New Approach to Address Investor-State Conflict: Developing a Conceptual Framework for Dispute Prevention*. Working Paper No 2011/46, 2011, p. 25. Disponible en: http://www.wti.org/fileadmin/user_upload/nccr-trade.ch/wp2/publications/wp%202011%2046_Echandi.pdf

23. *Biwater Gauff (Tanzania) c. República de Tanzania*, Orden Procesal No. 3 del 29 de Septiembre de 2006, párr. 136. Disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0089.pdf>

inversiones»,²⁴ haya adoptado estas extremas medidas en pro de la «transparencia», las cuales no hacen sino facilitar precisamente la politización de las controversias sobre inversiones.

4. Un caso de aplicación práctica

Aprovechando la amable invitación del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú para escribir en esta revista, hemos reflexionado sobre la inexorable colisión de intereses que el Reglamento podría tener con la ley peruana de arbitraje.

¿Cómo procedería un tribunal arbitral actuando bajo el Reglamento y que deba aplicar al arbitraje la ley peruana, ante una solicitud del Estado de mantener la confidencialidad del arbitraje hasta tanto éste no termine?

Para responder a este interrogante es importante señalar que ninguno de los tratados internacionales en materia de arbitraje trata el tema de la confidencialidad del procedimiento. Ni la Convención de Nueva York, ni la Convención de Ginebra, ni la Convención de Panamá comprenden normas al respecto. Ahora, el artículo 51 de la Ley Peruana de Arbitraje dispone:

Artículo 51o.- Confidencialidad

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.

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 (énfasis añadido).²⁵

A primera vista, el artículo 51.3 parecería entrar en conflicto con las disposiciones del Reglamento que exigen la publicación de todas las actuaciones arbitrales. Si, ante esta situación, el Tribunal se remitiera al artículo 1.8 del Reglamento que determina el instrumento aplicable en caso de conflicto, encontraría que aquel le dicta que «cuando una norma de este Reglamento esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje de la que las partes no puedan apartarse, prevalecerá esa disposición».

Esta situación plantea varios interrogantes: ¿aplica a los arbitrajes en los que interviene el Estado la prerrogativa que concede artículo 51.1 de poder pactar en contrario de la confidencialidad? ¿Es acaso lo suficientemente exhortatorio el lenguaje del artículo 51.3 de la Ley Peruana de Arbitraje para considerar que las partes no pueden apartarse de él y, por lo tanto, debería prevalecer sobre el Reglamento?

El Tribunal podría también remitirse al artículo 1.5 que le indica que, «ante cualquier conducta, medida u otra acción que tenga el efecto de menoscabar por completo los objetivos de transparencia del presente Reglamento, el tribunal arbitral se asegurará de que prevalezcan dichos objetivos». ¿Podría acaso considerarse que la mentada solicitud del Estado menoscabaría por completo los objetivos de transparencia del Reglamento?

Finalmente, para decidir esta cuestión, el Tribunal podría simplemente remitirse al artículo 1.4 del Reglamento, que dispone que:

4. Cuando el Reglamento sobre la Transparencia establezca que el tribunal arbitral tendrá facultades discrecionales, en el ejercicio de tales facultades el tribunal arbitral tendrá en cuenta:

- a) El interés público en la transparencia de los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados en el marco de un tratado y del procedimiento arbitral en particular; y
- b) El interés de las partes litigantes en que la

24. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) 53º período de sesiones. Viena, 4 a 8 de octubre de 2010, II (Arbitraje y Conciliación).

25. Decreto Legislativo No. 1071 del 1ro de septiembre de 2008.

controversia se resuelva de manera justa y eficiente.

¿Podría el Tribunal, por mandato del Reglamento, tomar su decisión balanceando los mentados intereses, sin agotar la interpretación de los preceptos de la ley aplicable? En nuestra opinión, a la par que propende por la transparencia y el aumento de la rendición de cuentas por parte del Estado, el Reglamento podría abrir la puerta a un mal del que han padecido algunos laudos de inversión y que sí atenta contra la institución del arbitraje en sí misma: el incremento de la discrecionalidad del tribunal arbitral o, en otras palabras, la disminución del deber de «rendir cuentas» del tribunal.

5. Conclusión

El origen etimológico de la palabra confidencialidad es el mismo que el de la palabra confianza. Al respecto, nos dice el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:

confidencialidad. 1. f. Cualidad de confidencial.

confidencial. (De confidencia). 1. adj. Que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas. Carta confidencial.²⁶

El Reglamento, siguiendo un deseo desenfrenado por la «transparencia», un concepto transpuesto sin mayores explicaciones del lenguaje del mundo tangible al del mundo intangible, ha impuesto la ausencia de confidencialidad en el arbitraje de inversión. Sería lamentable que al hacerlo, casi que como producto de una confusión etimológica, terminara eliminando, junto con la confidencialidad, la confianza en el arbitraje como método de resolución de desavenencias entre Estados e Inversionistas.

¿Qué se puede decir en conclusión? ¿Quizás que la transparencia del arbitraje internacional de inversiones proviene de una ideología ajena al interés de resolver litigios de forma justa y eficiente que ha puesto en riesgo las estrategias procesales de inversionistas y Estados? No nos resta, con todo, sino esperar que, ante mitos e ideologías (dogmatismos), el pragmatismo subyacente e inveterado del arbitraje internacional prevalezca.

26. Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed.