

GACETA ARBITRAL

PROPIETARIO-EDITOR: RODRIGO BECERRA TORO, Cali, Colombia

NUMERO: 72

AÑO: VI

FECHA: 1 DE ABRIL DE 2019

ASUNTO: ¿ La confidencialidad es principio del arbitraje?

CARÁCTER: Los comentarios u opiniones del editor en este texto no obligan al lector porque la doctrina no es fuente formal del derecho colombiano.

La doctrina mayoritaria mundial se inclina a reconocer la confidencialidad en el arbitraje y con ello establece una diferencia protuberante con la naturaleza del proceso frente a los jueces ordinarios, pero si se mira el amplio espectro de las legislaciones de distintas latitudes sobre la materia, no existe identidad de criterio, porque, antes bien, lo que se observa es que un crecido número de ellas no se ocupa del asunto, otro la consagran como simple enunciado, y escasos regímenes se dedican a su regulación normativa. Ello obedece a que no existe en los distintos países uniformidad de criterio acerca de su contenido, alcance y aplicación, lo que proviene del hecho de que la Ley Modelo, adoptada por la UNCITRAL, tampoco mencionó la confidencialidad entre los principios de la institución arbitral [como tampoco aparece en la Convención de Nueva York, ni en la Convención de Ginebra, ni en la Convención de Panamá]. [Ver, EDUARDO SILVA ROMERO, Confidencialidad y Transparencia en el arbitraje internacional, Lima Arbitration, No. 5, pág 44, 2012-2013]. Ante semejante estado de cosas creemos que el punto de partida para estudiar este asunto implica examinar si el proceso arbitral es de naturaleza pública o privada, indagar la posición de las partes al abandonar la justicia del ente estatal, y considerar la conducta que debe ser observada por todos los actores y/o agentes que intervienen en el trámite arbitral, desde su inicio, diligenciamiento, y aún después de ello, para poder hacer más tangible la idea de la confidencialidad y su aplicabilidad en esta especie procesal.

Siguiendo el orden propuesto respecto a dichas inquietudes se contesta integralmente que son las partes las que en el arbitraje se acogen *convencionalmente* a la institución arbitral y designan sus propios jueces, con lo que sacan del procedimiento público que corresponde a la jurisdicción del ente estatal el conocimiento de su conflicto sustantivo de intereses, lo que hace que por definición (o por esencia) todos los que intervienen en el proceso arbitral estén obligados a mantener su privacidad, reserva o confidencialidad en el trámite.

La razón de ser de esta aseveración no requiere de consideraciones deontológicas sino que simplemente demanda el auxilio de la razón natural ya que a las partes, a los jueces (árbitros) y a quienes intervienen en el trámite del proceso (centros de arbitraje, testigos, peritos, etc.) no les gusta (o conviene) que sus conflictos, actuaciones o intervenciones desborden la privacidad en que se cumplen, evitando así que se conviertan en manjar de personas mal intencionadas, tendenciosas, proclives o chismosas ajenas a la causa. Ese es el meollo de la confidencialidad [como dice el refrán “los trapos sucios se lavan en casa”], lo que nos lleva a afirmar que la confidencialidad se convierte en un deber jurídico que conlleva la obligación de no difundir o divulgar lo secreto o reservado.

Resulta claro entonces que la simple prudencia, la discreción y la lógica elemental son razones suficientes que sirven de sustento para que quienes intervienen en el arbitraje, en cualquier carácter que sea, asuman el deber de confidencialidad. Lo más frecuente es que ese deber surja, como anotamos, de un acuerdo entre partes, como aplicación del principio de la buena fe y de la lealtad y confianza recíprocas, como lo anota el profesor THOMAS CLAY, cuando afirma que “se trata de una obligación contractual -e incluso precontractual- que entraña responsabilidad en caso de violación” [El Arbitraje, pág. 599, Ed. Deloz, Paris, 2001]. Por ello, es innegable que el origen de la confidencialidad estriba en la voluntad de las partes, pero su adopción también puede ser fruto de consagración legal o reglamentaria. En Colombia no existe el reconocimiento legal del principio de la confidencialidad en el estatuto arbitral (Ley 1563/2012), pero para el efecto del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, su reglamento sí consagra el principio (art. 2) y las situaciones exceptuadas (art. 4.11), de manera que, en nuestra opinión, todos los procesos que se ventilen en dicho Centro se rigen por la confidencialidad, en los términos que exponemos aquí.

En el trámite arbitral se destacan cuatro fases en que se evidencia la confidencialidad, como lo reconoce la doctrina, a saber: Sobre la existencia misma de la controversia sustantiva; el desarrollo o curso del proceso; la actividad probatoria; y la publicidad de las actuaciones y decisiones del tribunal, como consecuencia del trámite [Ver, FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA, La publicidad en el arbitraje, *Ius et Veritas*, No. 35, pág. 62]. La incorporación del enunciado de la confidencialidad, sea por vía convencional, legal o reglamentaria, implica que queda reconocido dicho principio para todas las etapas y actuaciones del trámite arbitral, según acabamos de indicar, desde su inicio hasta su terminación; el procedimiento y las ritualidades que corresponden a este tipo de proceso se vuelven eminentemente privadas, y las actuaciones de las partes, árbitros y agentes que intervienen en él, se caracterizan por la prohibición de difundir por fuera de juicio cualquier tipo de información que pertenezca a la causa, sin perjuicio de que en el proceso existan situaciones específicas en que la confidencialidad resulta inaplicable por estar revestidas de publicidad o porque su trámite debe cumplirse por fuera de la actuación de los árbitros.

Así las cosas, debe entenderse que en el arbitraje resulta confidencial, por simple vía enunciativa, toda información relativa al conflicto sustantivo, las formulaciones fácticas, pruebas y pretensiones de la demanda; lo concerniente a su contestación; el procedimiento que se lleva a cabo; las pruebas aportadas, decretadas y practicadas, y su contradicción; las excepciones de la demanda principal o de reconvencción (si la hubiere); lo relativo a impedimentos y recusaciones de los árbitros o del secretario; las censuras procesales (legales y morales) que se hagan a peritos y testigos; las imputaciones de una parte contra otra por deslealtad procesal o fraude; las omisiones o descuidos de las partes o de sus apoderados o representantes en desarrollo del proceso y en atención a su propio interés jurídico o económico; las alegaciones de las partes; la discusión, adopción y contenido del laudo (y sus aclaraciones, correcciones, adiciones o complementaciones); y, en general, cualquier otro motivo que cause o pueda causar daño a los intereses de las partes o de los restantes sujetos o actores en el proceso, o que perjudique el trámite de éste. En este enunciado queda comprendido igualmente lo relativo a las deliberaciones del tribunal arbitral para la decisión de cuestiones interlocutorias o para la elaboración del laudo, lo cual es así porque el árbitro, sea que salve o no su voto, debe mantenerse neutral e independiente de las partes en todo momento, con el fin de preservar la igualdad de éstas en el proceso y proteger su derecho de defensa (Ver, art. 18, Ley Modelo de UNCITRAL), y evitar de este modo lamentables indiscreciones o imprudencias que puedan

incidir en la posición de las partes del conflicto y el resultado del proceso. Por consiguiente, cualquiera información dolosa o culposa o descuidada, insidiosa, tendenciosa, o deliberadamente incompleta, calumniosa o injuriosa de los árbitros, las partes, litisconsortes, representantes, apoderados, testigos, peritos, curadores, suministradores de informes probatorios, centros de arbitraje, entre otros, por fuera de la esfera de la actuación procesal, que divulgue lo que está protegido por la confidencialidad, constituye un acto reprochable civil, penal, y disciplinariamente. La confidencialidad no es un cuento sino fuente de responsabilidad jurídica que puede llegar a expandirse a diversos escenarios, por cuanto implica que quienes están obligados a observarla no pueden violar la relación de íntima confianza que rodea al arbitraje, cualquiera sea la condición o carácter con que se obre en él, lo que justifica que debe responderse legalmente por la infracción.

Por eso debe tenerse presente que la confidencialidad abarca diferentes ámbitos del proceso: el personal (que mira a quienes se obligan a ella), el material (lo que es objeto de reserva), y el temporal (lo que dura el deber de privacidad). En el plano *personal* cabe decir que para las partes existe este deber desde que se acuerda la cláusula compromisoria o el compromiso y se prolonga aun después de haber concluido íntegramente el arbitraje; respecto de los árbitros desde que se hace su designación y durante el curso del proceso, la expedición del laudo, y con posterioridad a la definición del recurso de anulación (si fuere formulado); los testigos, peritos, informantes, etc., desde su intervención particular en el juicio y aún después de él; y para el Centro de Arbitraje que administra su trámite desde la formulación de la solicitud de arbitraje, el curso de la misma, y durante la conservación y archivo del expediente. En lo que atañe a la *materia* cobijada por el aludido principio puede decirse que sólo se excluyen los trámites o actuaciones que no deben realizarse al interior del proceso, sino ante autoridades o funcionarios públicos o jurisdiccionales, a tenor de la ley que regule el caso. Si, por último, se mira a la *duración* del deber de confidencialidad, hay que concluir que es *permanente*, porque como lo enseña la doctrina y lo registra muy bien el profesor ROQUE J. CAIVANO, de nada sirve una confidencialidad temporal, lo que impone que “el secreto no es eficaz si no es permanente”, y obliga “no solamente durante el proceso sino también antes y después” [El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo (Lima Arbitration, No. 4, pág. 125, 2010-2011)].

Para que pueda hablarse de la existencia de una infracción al deber de confidencialidad es necesario determinar las condiciones/requisitos que se exigen para tipificar la responsabilidad legal del infractor. Veamos: 1). Lo primero, es la existencia de un proceso arbitral en curso o terminado (pues, se sabe que la reserva es permanente); 2). Lo segundo es que el asunto o tema que comporta la supuesta violación de este deber corresponda a una materia que goce de secreto, reserva o privacidad; 3). Que la conducta sea realizada por uno de los sujetos que pudiendo intervenir por cualquier razón en el trámite del proceso, se encuentra ligado sin defecto al deber de confidencialidad, bien sea que obre por dolo o por culpa, imprudencia o falta de previsión; y 4). Que la revelación de lo reservado infrinja daño presente o futuro a una de las partes del proceso. De esta manera la violación a lo confidencial crea un vínculo jurídico entre el infractor y la parte perjudicada, lo que hace necesario precisar cuál de ellas tiene el carácter de deudor y de acreedor, y cuál es la fuente formal que establece dicha violación (convención, ley o reglamento). [En el caso particular de los árbitros hay regímenes jurídicos que consagran la inmunidad de éstos, como ocurre en los países anglosajones, y otros que establecen su responsabilidad, como sucede en las naciones de tradición romana]. Si se toma, por ejemplo, en consideración la situación de los árbitros habría que sostener que comprometen su responsabilidad ante las partes por violación al deber de confidencialidad desde el momento en que aceptan su

designación, lo que, a contrario sensu, confiere a aquellas el derecho al cumplimiento reservado y fiel de su deber. De ahí que si los árbitros dejan de observar la confidencialidad por dolo o culpa incurrir en responsabilidad jurídica de distinto tipo, y en la obligación de indemnizar el daño. Es que, lo que está propiamente en entredicho es el quebrantamiento del obligado a la confianza que campea en el trámite arbitral, la pérdida de la credibilidad en sus condiciones éticas y morales, y su ductilidad (debilidad de carácter) ante lo proclive.

Ahora bien, para el caso de cualquier reclamación por vulneración al deber de confidencialidad, el juzgador debe no sólo estudiar si la materia goza de reserva o privacidad, sino también si la actuación del infractor resulta típica, esto es, si configura una verdadera violación al citado deber, su gravedad, y su capacidad lesiva o generadora de daño personal, moral o patrimonial, porque sólo esta clase de actuaciones da derecho a reclamación, lo que en últimas significa que la definición del caso queda al criterio del juez, según las reglas de la persuasión racional y de la sana crítica. [En cierta forma lo que el juez debe llegar al plantearse el caso es determinar si la actuación del infractor del referido deber es antijurídica y grave, en sí misma, objetivamente, y en qué medida y magnitud la conducta contraria a derecho ha vulnerado los intereses personales, morales o patrimoniales de la víctima]. Ello es así porque sólo las conductas contrarias a derecho (en el campo contractual o extracontractual), en que se incurre sin eximente de responsabilidad, generan el derecho a la reparación, de manera que si el agresor incumple su deber de no hacer (divulgando lo confidencial) aparece la carga de indemnizar los perjuicios que causa. La víctima, por su parte, debe probar la existencia del daño y de los perjuicios, lo cual puede resultar complejo particularmente cuando se trata de actuaciones que causan daño moral o afectan la vida de relación.

© D.R.A.