

GACETA ARBITRAL

PROPIETARIO-EDITOR: RODRIGO BECERRA TORO, Cali, Colombia

NUMERO: 73

AÑO: VI

FECHA: 1 DE MAYO DE 2019

ASUNTO: ¿De qué manera se cumple el principio de la publicidad en el 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.

En la entrega anterior de GACETA ARBITRAL (No. 72) nos ocupamos de la confidencialidad en el arbitraje, y ahora debemos hacerlo respecto a la *publicidad*. Sea lo primero manifestar que, aunque, con suma frecuencia se confunden estos dos principios se trata de dos conceptos completamente diferentes. La confidencialidad consiste, según se anotó, en el secreto o reserva que deben tener permanentemente los agentes que intervienen en el trámite arbitral, desde su inicio y terminación, y aún después de ésta, sobre los asuntos que son materia del conflicto sustancial y del proceso. La publicidad se refiere a la necesidad que el trámite arbitral se cumpla con la observancia propia de las reglas de este juicio y de que no haya acto de una de las partes que pueda cumplirse a espaldas de la otra o de los árbitros, ni actuación de los árbitros que deba ser hecha sin conocimiento oportuno de las partes. La publicidad entonces entraña la posibilidad de que los actos procesales de las partes o de los árbitros, o de intervinientes en el proceso (peritos, curadores, etc.), sean oportunamente conocidos por ellos para que puedan ejercer el derecho que corresponda según la materia de que se trate, o de oponerse o participar en su diligenciamiento, incluidos quienes por vía jurisdiccional deciden el recurso extraordinario de anulación del laudo. Ello significa que en el arbitraje no puede ni debe existir ningún acto de los árbitros o de las partes que resulte oculto, subrepticio o sorpresivo, porque eso niega la buena fe con que deben intervenir los agentes procesales, el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia, y la defensa, lo que busca la primacía y aplicación de la garantía del debido proceso. Nada hay más sano y conveniente para la jurisdicción común o especializada (el arbitraje) que la conducta de quienes participan en las distintas causas pueda ser conocida en su debida oportunidad, en la forma establecida en las normas procesales, con garantía de audiencia, y de que se concrete la posibilidad de ser fiscalizada en el momento debido.

El hecho de que el proceso arbitral sea privado y de que exista la regla de la confidencialidad por decisión de las partes, o de la ley, o de los reglamentos de los centros arbitrales, no le quita que deje de observarse el principio de publicidad de las actuaciones de los árbitros, partes e intervinientes, porque cada quien, desde su propia órbita, tiene derecho a gozar de la posibilidad de conocer el desarrollo auténtico del proceso y detectar y denunciar fraudes o anomalías cuando corresponda. Es, por eso, que la publicidad exige transparencia ética, moral y jurídica a quienes dirigen el proceso o intervienen él. En tal virtud la publicidad no es otra cosa que, dentro de la privacidad que reviste el arbitraje, la posibilidad de todos los que intervienen en su trámite, para gozar de la oportunidad real y concreta de participar en todas y cada una de las etapas que abarca su procedimiento, previo conocimiento de ellas (o en su debido momento), con el fin de conocer en el momento que corresponda, la actividad de los árbitros, las partes o demás intervinientes por distinto motivo, como

en el caso de los curadores, peritos, etc., como medida de control a su deber de lealtad y buena fe, y para que no se cometan actos abusivos, proclives o tramposos contra su interés sustancial-procesal. Vista así la publicidad de las actuaciones del proceso, puede sostenerse que su razón de ser radica en que los actos del tribunal arbitral deben garantizar la transparencia e imparcialidad de los árbitros, quienes están ciertamente controlados por la mirada expectante e inquisitiva de las partes, y que las providencias de aquellos cumplen implícitamente con dos intereses, el de las partes, y el de la sociedad misma (como quiera que está interesada en que el proceso alcance sanamente su finalidad).

Partiendo, pues, de que el proceso arbitral es privado, debe garantizarse que el procedimiento que se aplique al mismo, en los diferentes trámites y etapas que lo componen, se cumpla de manera abierta, con conocimiento oportuno de los sujetos procesales (demandante/demandado), evitando toda actuación subrepticia o clandestina, como garantía del ejercicio del derecho de acción y de defensa. De igual forma, los árbitros están obligados a poner en conocimiento de las partes sus peticiones o solicitudes, concediéndoles el término legal indispensable para que defiendan su interés jurídico y ejerciten sus derechos (sustanciales y procesales); del mismo modo deben cumplir su deber de decidir unas y otras mediante providencia que debe ser notificada a ellas, con advertencia de la posibilidad de ser recurridas. En estos términos, lo fundamental de los árbitros es que reconozcan la bilateralidad de audiencia, sea que la parte que pueda oponerse haga o no finalmente uso de su derecho, porque de lo contrario el fin del proceso sería funesto. Así las cosas, la publicidad en el proceso brinda a los árbitros, a las partes y restantes intervinientes en el trámite que se cumpla, de conocer en la debida oportunidad procesal las decisiones del tribunal y las actuaciones y, en general, solicitudes y peticiones que formule cada uno de ellos, lo que trae consigo una eficaz forma de control del desarrollo jurisdiccional y del litigio. Se insiste, no se busca que lo que acontece en el trámite arbitral trascienda la esfera de privacidad del mismo para que el conglomerado se entere de su evolución, sino que la actividad de los árbitros sea conocida por los participantes en el momento en que el procedimiento lo indique, bien para conformarse a ella o para impugnarla, y que cada parte tenga la oportunidad de enterarse a tiempo de la actividad de la otra, y se le garantice el derecho a controvertirla. Estas prerrogativas implican que los árbitros deben decidir en audiencia, que sus providencias son, por lo general, recurribles, y que las partes pueden participar en ellas, y disponer de la oportunidad para ejercer sus derechos procesales.

Teniendo en consideración la naturaleza del proceso, en el arbitraje se procede a “puerta cerrada”, bien por acuerdo entre las partes, o por imposición de la ley, o por norma contenida en los reglamentos de los centros arbitrales, ningún interviniente en el trámite (árbitros, demandante, demandado, curador, perito, testigo, etc.) puede publicar los actos y decisiones que se llevan a cabo al interior de la causa, ni contar los pormenores y detalles que se hayan verificado, sin incurrir en responsabilidad jurídica (disciplinaria, civil, y penal). [Así, la relación de confianza que supone la designación de un árbitro, y la expectativa sobre sus calidades morales, discreción y reserva, justifican que deba responder por la violación a la publicidad]. Es claro, ninguno de los que intervienen en el proceso arbitral en cualquier calidad, condición o circunstancia puede publicar los actos procesales, incluido el árbitro disidente en la toma de una decisión, y en todo caso el estudio de los expedientes, las piezas procesales, las solicitudes de las partes y, en general, cualquier materia de decisión, debe llevarse a cabo por los árbitros de manera privada, sin perjuicio de que el recurso de anulación del laudo deba definirse ante la jurisdicción estatal (civil o contenciosa administrativa, según el caso), porque en este último evento el proceso no se encuentra a su cuidado.

El principio de la publicidad de la actuación arbitral está consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, en la medida que éste consagra no sólo el derecho a la defensa sino también el derecho a un juicio justo, rituado bajo la plenitud de las formas propias del juicio, lo que trae como consecuencia que quienes se vinculan al arbitraje tienen derecho a promover oportunamente la acción (bajo pena de caducidad o prescripción extintiva), a ser notificados de los cargos o imputaciones que se les hace, a contestar el pliego demandatorio y formular excepciones de fondo, contrademandar, aportar y pedir pruebas, obtener su decreto u oponerse a ello, intervenir en su práctica, formular alegaciones, y usar de los recursos que la ley reconoce, de tal modo que ninguna de estas etapas y trámites se verifican a espaldas de las partes o de los árbitros, lo que da origen a que la relación procesal se lleva a cabo a la vista de todos los intervinientes. El artículo 209 *ibidem* igualmente reconoce la existencia y aplicación del principio de publicidad. Por consiguiente, nada puede estar más atado a la garantía del debido proceso que la publicidad de los actos de las partes y de los árbitros. Tal cosa acontece porque el debido proceso se erige como el conjunto de garantías previstas por el ordenamiento constitucional y legal, con el fin de buscar la protección de quien acude a la justicia (arbitral, en este caso), para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre una correcta aplicación de la justicia. Por eso, la Corte Constitucional ha dicho que una de las garantías del derecho fundamental al debido proceso es el principio de publicidad, en virtud del cual se impone a las autoridades (judiciales y administrativas), el deber de hacer conocer los actos que aquellas profieran en ejercicio de sus funciones y que conduzcan a crear, modificar o extinguir un derecho o a imponer una obligación. [Ver, Sentencia C-341 de 4 de junio de 2014, Exp. D-9945, M.P. Mauricio González Cuervo]. En efecto, la publicidad alude tanto a que las personas involucradas en el proceso tengan conocimiento de las actuaciones arbitrales, a través de los mecanismos de comunicación previstos por la ley, en su debida oportunidad, y a que se conozcan las actuaciones del tribunal arbitral mediante el ejercicio del recurso de anulación, como garantía de que han sido adoptadas de conformidad a la ley, de ahí que la actuación de los árbitros deba ser conocida por quien tiene derecho a oponerse a ellas, sin violarse ni restringirse el derecho de defensa (Art. 29 C.N.), lo que quiere decir que los actos jurisdiccionales sólo son oponibles al afectado, a partir de su real conocimiento, esto es, desde la diligencia de notificación personal o, en caso de no ser posible, desde la realización del hecho que hace suponer que tal conocimiento se produjo [Ver, Corte Constitucional, Sentencia C-096 de 31 de enero de 2001, Exp. D-3102, M.P. Álvaro Tafur Galvis]. En el caso particular de la solicitud, decreto y práctica de medidas cautelares en el proceso arbitral, debe tenerse presente que el derecho de publicidad existe, pero se produce una vez practicada la medida para garantizar la efectividad del derecho reclamado por el demandante, porque, de lo contrario, resultaría nugatorio el ejercicio de tal derecho contra el demandado, dado que es en ese momento que la parte afectada con la cautela tiene la posibilidad de discutir la legalidad de la petición respectiva, o su decreto o práctica, y aun proponer garantías para levantarlas o para obtener su reducción o sustitución (art. 32, Ley 1563 de 2012). [Ver, Corte Constitucional, Sentencia SU-447 de 29 de mayo de 2011, Expds T-2.089.121 y T-2.180.640, de 2011, acumulados, M.P. Mauricio González Cuervo].

En estas condiciones corresponde a los árbitros determinar, en cada caso, las medidas que deben ser aplicadas para garantizar la publicidad de los actos procesales, lo que sugiere obrar con cautela y prudente juicio, en particular, cuando el conflicto ventilado requiere salvaguardar los intereses sustanciales y procesales de las partes, para asegurar el curso correcto del proceso y la reducción al

máximo de la posibilidad de ocurrencia de todo tipo de fraude procesal (ventaja ilegal o ilícita), porque, aunque el litigio arbitral se caracteriza por una alta dosis de moralidad, hipotéticamente no se descarta que llegue el momento en que un interventor tenga acceso al expediente e incurra en comportamiento desleal hacia los árbitros o las partes, cometiendo irregularidades o delitos que violan el debido proceso, o que alteran el resultado del juicio, o de la prueba. No debe perderse de vista, en suma, que el principio de la publicidad, considerado como un instrumento para la realización del debido proceso, implica la exigencia adicional a los árbitros de proferir decisiones debidamente fundadas y motivadas en hechos y derecho, y el deber de ponerlas en conocimiento de los sujetos procesales en su debida oportunidad, y sin pretermitirla, para que pueda ser ejercido el derecho de defensa y de contradicción [Ver, Corte Constitucional, Sentencias C-836 de 9 de agosto de 2001, Exp. D-3374, y C-641 de 13 de agosto de 2002, Exp. D-3865, ambas M.P. Rodrigo Escobar Gil].

© D.A.R.