

VII CONCURSO UNIVERSITARIO DE ENSAYOS EN METODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS -2014-

ORGANIZAN:

CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA Y CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN CÁMARA DE COMERCIO DE CALI

I. Datos personales	
1	Nombre completo Daniel Bermúdez Villamizar
2	Identificación C.C. 1019076478
3	Teléfonos 3124329265
4	Dirección Carrera 12 número 91-24
5	Correo electrónico dg.bermudez1225@uniandes.edu.co
II. Información académica	
1	Universidad Universidad de los Andes
2	Semestre Noveno
3	Idiomas Español, Inglés, Francés.
4	Otros
III. Información del ensayo	
1	Título La confidencialidad en el arbitraje y sus limitaciones
2	Tema Confidencialidad en el arbitraje
3	Breve descripción del ensayo (no exceda un párrafo de seis líneas) La confidencialidad ha sido reiteradamente caracterizada como una de las principales ventajas para recurrir al arbitraje. El artículo busca estudiar la visión con la que se aborda esta característica en el panorama internacional y nacional del arbitraje. Se analizan sus fuentes, sus implicaciones prácticas, y se hace especial énfasis en los límites a los que esta supuesta ventaja está sujeta.
4	Número de hojas 11 páginas

Al inscribirse en este concurso, el participante

1. Manifiesta conocer y aceptar en su totalidad las reglas del concurso.
2. Cede sus derechos de autor a la entidad organizadora, con fines académicos de publicación en medios gráficos y por internet, motivo por el cual dichas publicaciones no serán remuneradas a los participantes.
3. Autoriza al organizador a utilizar sus nombres para la publicación de sus ensayos.

FIRMA PARTICIPANTE.

Daniel Bermúdez
c.c. 1019076478

La confidencialidad en el arbitraje y sus limitaciones

-"Three may keep a secret, if two of them are dead."
Benjamin Franklin, *Poor Richards Almanack*.

La confidencialidad ha sido reiteradamente caracterizada como una de las principales ventajas para recurrir al arbitraje. En el ámbito comercial, existe una verdadera preocupación relativa a revelar, en instancias públicas ligadas a la jurisdicción ordinaria, las diferencias surgidas entorno a materias sensibles de índole financiera, tributaria o de propiedad industrial. El apego a la confidencialidad se articula no sólo frente a los documentos que puedan revelarse en el transcurso del trámite arbitral; la existencia misma del conflicto puede implicar consecuencias negativas para las partes involucradas, las cuales encuentran en el arbitraje una alternativa para solucionar sus diferencias sin caer en la palestra pública que implica acudir a la justicia estatal.

Si bien ha sido doctrinariamente reconocido, el valor de la confidencialidad del arbitraje es cuestionado en la actualidad. Una encuesta realizada por la Escuela de Arbitraje Internacional del Queen Mary's College dónde se indagó si las corporaciones seguirían recurriendo al arbitraje si este no ofreciera garantía de confidencialidad, sólo el 38% respondió negativamente. La misma encuesta demostró que 50% de las compañías creen que *"el arbitraje es confidencial aún cuando no exista cláusula específica para ese efecto ni las reglas de arbitraje adoptadas o en el pacto arbitral y 12% aseguran no saber si el arbitraje es confidencial bajo estas circunstancias"*.¹

No es claro que la confidencialidad siga siendo el máspreciado activo para recurrir al arbitraje. Estudiaremos, en primer lugar, las menciones que incorporan las convenciones internacionales y las legislaciones nacionales respecto a la confidencialidad. En una segunda instancia, haremos una exposición de los argumentos que creen firmemente en la confidencialidad como elemento esencial, implícito e inescindible del arbitraje para, enseguida, analizar las limitaciones a dicha posición y de esta manera demostrar que la confidencialidad no caracteriza la esencia del arbitraje, sin embargo es una de las ventajas valiosas de este método de resolución de conflictos.

¹ C. DE LOS SANTOS y M. SOTO MOYA, *"Confidencialidad bajo la ley de arbitraje francesa: ¿un paso adelante?"* en Revista Española de Arbitraje, Wolters Kluwer España 2011, Volumen 2011, p.89-90.

1. La confidencialidad frente a las convenciones Internacionales y las leyes nacionales.

La confidencialidad del arbitraje es escasamente reconocida por las convenciones internacionales y las leyes nacionales que rigen la materia. Las pocas menciones contenidas en los citados aparatos convencionales y normativos hacen referencia a la confidencialidad, según Keutgen², de manera indirecta y parcial: únicamente en lo concerniente al laudo arbitral. Ejemplo de estas menciones son el Código de Procedimiento Civil de Marruecos³, en su artículo 327, que prevé "*La publicación del laudo arbitral o de extractos de aquel sólo puede efectuarse con la autorización de las partes del arbitraje*", la Convención de Washington de 1965 relativa al ICSID⁴ que, en su artículo 48.5, dispone que la publicación de los laudos arbitrales solo procederá con la autorización de las partes, el Reglamento de Arbitraje Suizo, en vigor desde el primero de enero de 2004 y la ley de arbitraje española (ley 60 de 2003) la cual, a través de su artículo 24, señala el deber de los árbitros, partes e instituciones arbitrales de "*guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.*"⁵

En Colombia, la ley 1563 de 2012⁶, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, no establece disposición alguna respecto a la confidencialidad del arbitraje. Dicho elemento tampoco ha sido reconocido por la Ley Modelo de la UNCITRAL⁷ y tampoco encuentra mención alguna dentro del Reglamento y Ordenanza procesal de la Cámara de Comercio Internacional⁸. La confidencialidad no ha sido integrada explícitamente en los grandes sistemas de unificación del arbitraje impulsados en las últimas décadas por los organismos internacionales; el reconocimiento a esta característica no puede estar más alejado de la universalidad y, en consecuencia, de esta realidad se colige un importante contraargumento para la gran parte de la doctrina que caracteriza la confidencialidad como un elemento esencial e inescindible del arbitraje.

² G.KEUTGEN, "*La Confidentialité*", in *L'arbitrage en droit public*, 2010, RENDERS, DELVOLLÉ y TANQUEREL, Bruylant. (Traducción propia)

³ CODE DE PROCÉDURE CIVILE DU MAROC, consultado en http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=200316 el 24/04/14.

⁴ INCSID CONVENTION AND RULES, consultado en https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf el 24/04/14.

⁵ LEY DE ARBITRAJE ESPAÑOLA, 60 DE 2003, consultada en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l60-2003.html el 24/04/14.

⁶ LEY 1563 de 2012, consultada en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html el 24/04/14.

⁷ 1985 UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION AND AMENDMENTS AS ADOPTED IN 2006, consultado en http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html el 24/04/14.

⁸ REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA C.C.I. consultado en <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/icc/arbruls.asp> el 24/04/14.

2. Confidencialidad: elemento esencial del arbitraje.

Junto a la voluntad inequívoca de recurrir al arbitraje y de desligarse de la jurisdicción del Estado, gran parte de la doctrina ha situado a la confidencialidad dentro de la categoría de los elementos configuradores e inherentes al arbitraje. Lazareff, de forma contundente, ha afirmado que *“Es absurdo postular que la confidencialidad no es parte integral del arbitraje comercial. Es inconcebible que tal procedimiento, sea domestico o internacional, tenga que transcurrir bajo la observancia pública”*.⁹ Como método alternativo de solución de conflictos, el arbitraje responde a unas ciertas necesidades, entre ellas la confidencialidad, sin embargo, la problemática yace en establecer si los motivos por los cuales se recurre a este método deben caracterizarlo y definirlo en su esencia.

La intención primigenia de las partes al acudir a instancias arbitrales es la de resolver sus diferencias en un ámbito privado. El *know-how*, los secretos empresariales, la propiedad industrial y la reputación empresarial son activos muy valorados por las partes que usualmente acuden a este método de resolución de conflictos; la vulnerabilidad que implica someter sus diferencias a la publicidad de la justicia ordinaria respecto a estos preciados activos es una de las motivaciones, usualmente señaladas como de más peso, para que se suscriba un pacto arbitral. El profesor Locquin asegura que dicha necesidad se tradujo en una unanimidad materializada en una costumbre internacional, en sus palabras: *“Esta ventaja esperada del arbitraje trasciende todos los sistemas jurídicos y constituye muy ciertamente una costumbre del derecho internacional. La voluntad implícita de las partes es el fundamento de la obligación de confidencialidad que se le impone a las partes mediante el arbitraje, en los motivos y decisiones que reconocen el existencia del mismo, cualquiera que sean los sistemas jurídicos implicados”*¹⁰ (negrilla propia).

De acuerdo a esta interpretación, la sola suscripción del pacto arbitral -sea cláusula compromisoria o compromiso- implica ineludiblemente que se opta por la confidencialidad, se colige una voluntad implícita de las partes para ello, que no conoce fronteras o limitaciones relativas a los ordenamientos jurídicos que gobiernen estas situaciones. Clasificar como derecho consuetudinario internacional a la confidencialidad del arbitraje podría reñir, a primera vista, con su escaso reconocimiento legal o convencional. No obstante y sobre este tenor, el profesor Merino Merchán ha resaltado que la falta de reconocimiento *“ha sido así justamente porque el fundamento de este principio se encuentra en la misma naturaleza del arbitraje (...) ya que, históricamente, la mayoría de esas*

⁹ S.LAZAREFF, *“Confidentiality and Arbitration- Theoretical and Philosophical Reflections”*, in Confidentiality and Arbitration, 2009, special supplement, ICC Bulletin, p. 81. (Traducción propia)

¹⁰ E. LOCQUIN, *“Les obligations de confidentialité dans l’arbitrage”*. *Revue d’Arbitrage*, Volumen 2, Issue 2. p. 323.

soluciones extrajudiciales han aflorado en el seno de una concepción nitidamente privatista en la que la privacidad ha ocupado un lugar central.¹¹(negrilla propia).

Bajo este entendido, la confidencialidad rebasa el ámbito meramente contractual y se define como un elemento indisoluble del arbitraje, anclado tan profundamente en su esencia, que las menciones legales y convencionales que le hicieran referencia serían redundantes e inútiles: un arbitraje no confidencial no sería arbitraje. Así lo ha entendido la Corte de Apelaciones de París que ha definido el arbitraje como *“un procedimiento privado de carácter confidencial”*¹². El carácter fundamental de la confidencialidad se estructura entonces sobre dos pilares: i) la privacidad que supone este método de resolución de conflictos que implica, según Merino Merchán que *“si se guardase silencio por las partes en el convenio sobre el deber de confidencialidad, esta es exigible como elemento esencial de la institución, precisamente por la naturaleza privada del arbitraje”*¹³ y ii) sobre la unanimidad sobre la materia, traducida en que la confidencialidad es derecho consuetudinario internacional, y cuya fuente, en las palabras de Cavalieros *“no reside en ninguna ley en particular si no en la **lex mercatoria o, al menos, en una lex mercatoria processualis**”*.¹⁴

Así mismo, esta tendencia doctrinal ha soportado su argumento entendiendo la confidencialidad como un deber institucional más que como una obligación contractual. Haciendo remisión a la figura del *habeas data* y al creciente interés de las legislaciones nacionales y comunitarias por la protección de datos (ejemplo de ello en Colombia es la ley 1581 de 2012¹⁵ y en la Unión Europea la directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea¹⁶), se ha esbozado una teoría tendiente a garantizar la confidencialidad de los datos articulada a través de la responsabilidad penal, disciplinaria y contractual derivada del deber legal de cumplir con las disposiciones relativas al manejo y a la protección de los datos personales. Merino Merchán insiste sobre esta clasificación y asegura que la confidencialidad antecede al mismo pacto arbitral, en sus palabras, esta última *“no nace con el nombramiento y aceptación del árbitro sino que es previa a este acto: una vez que se acepta arbitraje como convenio, las partes y principalmente el árbitro vienen obligados a respetar el*

¹¹ J. MERINO MERCHÁN, *Confidencialidad y Arbitraje*, 2003, consultado en [http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/Confidencialidad_y_Arbitraje - Jose Fernando Merino.pdf](http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/Confidencialidad_y_Arbitraje_-_Jose_Fernando_Merino.pdf), el 14/04/14. p.2.

¹² *Cour d'Appel de Paris*, 17 de septiembre de 1999. *Revue d'Arbitrage*, 2003, p.189 con notas de F. FAGES.

¹³ J. MERINO MERCHÁN, *op.cit.*, p.9.

¹⁴ P. CAVALIEROS, *“La confidentialité dans l'arbitrage”*, *Cahiers de l'arbitrage*, Vol. III, 2006 p.56 (Traducción propia)

¹⁵ LEY 1581 DE 2012 consultada en http://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_1581_2012.htm el 14/05/14.

¹⁶ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea consultada en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:fr:HTML> el 14/05/14.

deber de confidencialidad, aunque la ley, el reglamento de la corte o el tratado correspondiente guarde silencio al respecto.¹⁷

Aunque el profesor Keutgen afirme que es poco el reconocimiento de la confidencialidad en los reglamentos de los centros de arbitraje, la materia *sub examine* nos sugiere cosa distinta, lo que, paradójicamente, vendría a apoyar la posición que el autor sostiene y que privilegia lo expuesto anteriormente. Entre muchos ejemplos, el Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (OMPI)¹⁸, incorpora en sus artículos 73 y siguientes, disposiciones precisas sobre la confidencialidad; el reglamento de la Cámara Arbitral de Milán, en su artículo 8 establece que “*La Cámara Arbitral, el Tribunal Arbitral y los asesores tienen el deber de mantener la confidencialidad de toda noticia o información relativa al procedimiento*”.¹⁹

Pero el avance más significativo en la materia lo registran la reglas CEPANI del 2013 (Centro Belga para el Arbitraje y la Mediación)²⁰. El profesor Tossens explica que la gran innovación que aportan estas reglas en relación con el ámbito de la confidencialidad consiste en que, si las partes adoptan este reglamento al recurrir al arbitraje, hacen una manifestación explícita de la asunción de reglas de confidencialidad relativas al procedimiento arbitral y al contenido del laudo (artículo 25), se someten a un estricto deber de confidencialidad correlativo a la imposición de sanciones (regla de buena conducta 9ª) y aceptan que, aunque opten por hacer público el laudo, este siempre deberá ser anónimo (artículo 25 y regla de buena conducta 10ª). Este reglamento ha optado por integrar explícitamente la cláusula de confidencialidad y su innovación es importante. Si bien los reglamentos colombianos no han llegado a este punto, incorporan cláusulas sobre este tenor que vale la pena examinar²¹.

En Colombia, los reglamentos de los centros de arbitraje de las Cámaras de Comercio de Bogotá (CCB)²² y Cali (CCC)²³ contienen reglas sobre la confidencialidad en sus artículos 35 y 54 respectivamente. En el reglamento del CAC de la CCB:

¹⁷ J.MERINO MERCHÁN, *op.cit.* p. 10.

¹⁸ Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (OMPI- WIPO) consultado en <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/rules/> el 14/05/14.

¹⁹ Reglamento de la Cámara de Arbitraje Nacional e Internacional de Milán consultado en <http://www.intracen.org/Camara-de-Arbitraje-Nacional-e-Internacional-de-Milan/> el 14/05/14.

²⁰ Reglamento del Centro Belga para el Arbitraje y la Mediación (CEPANI) 2013 consultado en <http://www.cepani.be/en/arbitrage/wat-arbitrage> el 14/05/14.

²¹ J.F. TOSSENS, “*The 2013 CEPANI rules: the case for an explicit duty of confidentiality*”, in Confidentiality and Arbitration, CEPANI/VIAC meeting, 17 January 2014. (Traducción propia).

²² Reglamento de Arbitraje y Mediación del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá consultado en <http://www.centroarbitrajeconciliacion.com/portal/default.aspx> el 15/05/14.

²³ Reglamento de Arbitraje y Mediación del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali consultado en <http://www.ccc.org.co/servicios/arbitraje> el 15/04/14

*“Los intervinientes en una actuación o trámite relacionado con alguna función prevista en este reglamento, **no deben en ningún momento ni bajo ninguna circunstancia utilizar información confidencial** adquirida durante la actuación para obtener alguna ventaja de cualquier tipo para sí o para otro, o para afectar el interés de alguien más.*

*Parágrafo 1º. Cuando un asunto deba ser conocido por un número plural de sujetos que integran un cuerpo colegiado, **ninguno de ellos deberá en ningún caso informar a nadie sobre las deliberaciones que se hayan surtido, ni sobre las discusiones sostenidas, ni sobre las opiniones que cualquiera de ellos haya expresado sobre cualquier materia relacionada con el proceso. Tampoco deberá hacer pública su opinión sobre un determinado asunto.** No se viola el deber de confidencialidad cuando es necesario presentar información sobre las deliberaciones o sobre las actuaciones para explicar el propio proceder o para defenderse de una imputación cualquiera en el marco de un proceso reglamentario sancionatorio, o disciplinario, o judicial de cualquier tipo que sea promovido en su contra.”* (negrilla propia).

En lo relativo a la CCC:

*“Los intervinientes en una actuación o trámite relacionado con alguna función prevista en este reglamento, **deberán respetar el principio de confidencialidad**, y no divulgar información alguna que haga relación a los casos asignados, sea para obtener ventaja de cualquier tipo para sí o para otro, o para afectar el interés de alguien más. **Este principio no tiene excepción alguna y bajo ninguna circunstancia podrán hacer uso de la información a la que hayan tenido acceso** (actuaciones, documentos y todo material contenido en el expediente), a menos que las partes de común acuerdo, por escrito y expresamente, autoricen el acceso a la información, o salvo que las respectivas actuaciones hayan culminado y se encuentren en firme*

*Parágrafo 1.- Cuando un asunto deba ser conocido por un número plural de sujetos que integren un cuerpo colegiado, **ninguno de ellos podrá en ningún caso informar a otras personas sobre las decisiones que se hayan tomado, ni sobre las discusiones sostenidas, ni sobre las opiniones que cualquiera de ellos haya expresado sobre cualquier materia relacionada con el proceso.** No se viola el deber de confidencialidad cuando es necesario presentar información del proceso para explicar el propio proceder o para defenderse de una imputación en el marco de un proceso disciplinario, sancionatorio o judicial en su contra.”* (negrilla propia).

Mientras que en la CCB se hace alusión a una prohibición general de divulgar informaciones confidenciales, la CCC va un paso más allá; la confidencialidad es definida como un principio orientador del trámite arbitral (artículo 2 del reglamento de la CCC) y se acoge la visión que la reconoce como un deber de todos los intervinientes en el arbitraje (artículo 62 del reglamento de la CCC).

Lo anterior constituye una muestra de que los reglamentos de los centros de arbitraje reconocen la confidencialidad como parte importante del trámite arbitral, lo que responde al llamado formulado por Merino Merchán de acuerdo al cual la materialización de la confidencialidad se debe complementar a través de ***“la necesidad de que los reglamentos de las instituciones arbitrales establezcan por vía estatutaria y a través de pertinentes códigos éticos y ordenanzas procesales el asumir la confidencialidad como deber y atenerse a las circunstancias de su quebrantamiento”***²⁴ (negrilla propia).

3. Limitaciones a la confidencialidad

La carencia de un elemento esencial en un contrato resulta en su inexistencia o en la configuración de un tipo contractual distinto. Admitir que la confidencialidad es un elemento esencial del arbitraje supone afirmar que no hay lugar para excepciones respecto a este tenor. Si se acoge la versión que califica como inescindible la relación ente confidencialidad y arbitraje, implicaría que cualquier limitación atinente a este elemento desfiguraría este método alternativo de solución de conflictos, lo que a todas luces no es el caso.

Tossens hace referencia a la atomización que en la actualidad sufre la noción de confidencialidad respecto al arbitraje²⁵. Más allá de los límites ampliamente reconocidos de la confidencialidad, hay un número creciente de factores que contradicen el postulado que hace de la confidencialidad un elemento categórico, implícito e indispensable para el arbitraje.

El límite de la confidencialidad es, por excelencia, el interés público. Keutgen precisa que la confidencialidad *“sirve para proteger intereses privados legítimos. Debe ceder el paso frente a intereses superiores atinentes al orden público”*²⁶. En Colombia el interés público se ha visto entremezclado con el arbitraje de forma constante; las controversias relativas a la contratación estatal han sido usualmente sometidas al trámite arbitral. El artículo 69 de la ley 80 de 1993²⁷ prohíbe expresamente que, en materia de contratación pública, se restrinja el acceso a mecanismos alternativos de solución de conflictos; la preferencia por el

²⁴ J.MERINO MERCHÁN, *op.cit.* p. 10.

²⁵ J.F. TOSENS, *op.cit.* p.11.

²⁶ G. KEUTGEN, *op. cit.* p 318

²⁷ LEY 80 DE 1993 consultada en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304> el 13/05/14.

arbitraje refleja la necesidad de que las diferencias originadas en este tipo de contratos encuentren una solución certera, especializada y sobretodo rápida, contraria a los tiempos de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. En este caso, si bien se prefiere un mecanismo privado para la resolución de conflictos, los asuntos sometidos a instancias arbitrales son de vital relevancia para el interés público y no pueden condicionarse al aislamiento que presupone la confidencialidad. El manejo de recursos públicos implicado en este tipo de transacciones implica el control de la Contraloría General de la República (Constitución Política de Colombia, artículo 267²⁸) por lo tanto, lo relativo a la solución de conflictos que recaigan sobre dichos recursos implica inexorablemente la injerencia de un órgano estatal cuya función pública, orientada por el principio de transparencia, limita el alcance de la confidencialidad.

En casos ampliamente citados como el ESSO AUSTRALIA RESOURCES v. HONOURABLE SIDNEY JAMES PLOWMAN, AMCO v. REPUBLIC OF INDONESIA y LOEWEN AND LOWEN v. UNITED STATES OF AMERICA²⁹, los tribunales arbitrales han sopesado la exigencia por absoluta confidencialidad frente al derecho de conocimiento del público. En todos los casos a primado este último.

De igual forma, la primacía del interés público también ha sido reiterada por las cortes nacionales. Ejemplo de ello es el caso ESSO/BHP v. PLOWMAN³⁰, en el que la Alta Corte Australiana refutó el argumento de que "*la confidencialidad es una característica esencial del arbitraje privado*". En el mismo sentido falló la Suprema Corte Sueca en el caso BULBANK.³¹

En materia de legislación comunitaria europea, la multiplicación de textos de materia de derecho financiero y de valores han impuesto el requisito según el cual es imperativa la publicación inmediata de "*todo hecho susceptible de tener una incidencia sensible en el curso de la bolsa de valores*"³². Estas disposiciones están dirigidas a salvaguardar el interés público involucrado en estos asuntos y, aunque se genere una importante tensión respecto al manejo de estos datos,

²⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, consultada en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> el 13/05/14 y Misión de la Contraloría General de la República, consultada en <http://www.contraloriagen.gov.co/web/guest/que-es-la-cgr> el 13/05/14.

²⁹ REDFERN, HUNTER, BLACKABI, PARTASIDES, *Law practice of international commercial arbitration*, 4 ed. P. 94, 95 y 96.

³⁰ ESSO/BHP v. PLOWMAN (1995), 11 *Arbitration International*, p. 235-246, citado por J.F. TOSENS, *op. cit.* P. 9.

³¹ 27 oct. 200, (2002:2), *Stockholm Arbitration Report* 144, *Revue d'Arbitrage* 2001, p. 821, con observaciones de S. JARVIN y G. REID, citado por J.F. TOSENS, *op. cit.*, p. 9.

³² G. KEUTGEN, *op.cit.*, p.312.

como bien lo asegura el profesor Fages, “*si la confidencialidad se ve parcialmente violada, se debe velar entonces por preservar la transparencia*”³³.

Otra gran limitación a la confidencialidad se materializa con el recurso de anulación. En Colombia las sentencias, por regla general, son públicas. Al interponer el recurso de anulación se someten los asuntos tratados en el trámite arbitral al examen de la jurisdicción estatal. Aunque la legislación colombiana limite las causales de anulación a aspectos no relacionados con el fondo del laudo, subsiste el riesgo de que ciertos elementos se filtren a la luz pública, contrariando la necesidad empresarial de confidencialidad. Esta limitación a encontrado correspondencia en lo dicho por el Tribunal federal suizo que ha expresado que “***La confidencialidad no puede justificar una excepción al principio de publicidad de la administración de la justicia y particularmente excluir la consultación pública y la publicación de la decisión del Tribunal federal rendida en ocasión del recurso contra una sentencia arbitral***”³⁴ (negrilla propia).

4. Conclusiones

Las grandes limitaciones que restringen la confidencialidad dejan sin soporte todas aquellas posiciones que la erigen como un elemento caracterizador, implícito y esencial para el arbitraje, inscrito en su naturaleza y sin el cual, este método alternativo de resolución de conflictos, carecería de interés para sus usuarios. La primacía del interés público reafirmado por los tribunales arbitrales internacionales y las cortes nacionales, la mínima referencia legal y convencional a la materia, junto con la imposibilidad de preservar la secrecía si se interpone el recurso de anulación, nos permiten afirmar que la confidencialidad no es un elemento esencial del pacto arbitrañ. Caracterizarlo como una costumbre del derecho internacional implica una unanimidad sobre su contenido y su aplicación; cosa que, como se ha demostrado, no sólo no se percibe si no que, por el contrario, en la práctica nos enfrentamos frente una atomización respecto a las visiones avocadas a estudiar el alcance de la materia.

Keutgen propone modelos de cláusulas compromisorias que incorporen obligaciones de confidencialidad. Lo anterior, sumado a la multiplicidad de reglamentos de arbitraje que integran disposiciones sobre el asunto, lejos de suponer el carácter universal de la confidencialidad, nos llevan a reafirmar su carácter contractual. Su fuente no proviene de la *lex mercatoria processualis* a la que hace alusión Cavalieros³⁵, si no del compromiso y de la voluntad de las

³³ *Revue d'Arbitrage*, 2003, p. 25, núm. 32.

³⁴ *Revue d'Arbitrage*, 2007, p. 869 con nota de observación de P.Y. TCHANZ e I.F. GAZZINI, citada por G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 309.

³⁵ P.CAVALIEROS, *op.cit.* p.56.

partes, sea esta última consignada por vía directa – en el pacto arbitral- o por vía indirecta, haciendo referencia a las reglas del centro de arbitraje. Como lo afirma Tossens “*El sustento de este principio es la voluntad de las partes. Las obligaciones derivadas para las partes son, por lo tanto, de naturaleza contractual*”³⁶ (negrilla propia).

Resta decir que, si bien no es indispensable, la confidencialidad es una ventaja y un elemento importante para el arbitraje. Ligada a la lealtad, a la privacidad y al respeto por el debido proceso³⁷, la confidencialidad es una ventaja importante y, para aquellos que la valoran, el arbitraje es un método adecuado para la solución de sus controversias, siempre y cuando se hagan las especificaciones pertinentes al suscribir el pacto arbitral. Los Centros de Arbitraje colombianos tienen un papel fundamental en la materia; son ellos los que proponen los modelos de cláusulas compromisorias a las que más se hace recurso, definen el alcance de la confidencialidad en sus reglamentos y, sobretodo, tramitan el proceso arbitral. Importante es el desafío de esclarecer si la confidencialidad, en el plano colombiano, es un elemento determinante y una ventaja valorada para recurrir al arbitraje entre las compañías. La última palabra es de los usuarios.

BIBLIOGRAFÍA

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, consultada en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> el 13/05/14 y Misión de la Contraloría General de la República, consultada en <http://www.contraloriagen.gov.co/web/guest/que-es-la-cgr> el 13/05/14.
- C. DE LOS SANTOS y M. SOTO MOYA, “*Confidencialidad bajo la ley de arbitraje francesa: ¿un paso adelante?*” en Revista Española de Arbitraje, Wolters Kluwer España 2011, Volumen 2011.
- *Cour d’Appel de Paris*, 17 de septiembre de 1999. *Revue d’Arbitrage*, 2003, p.189 con notas de F. FAGES
- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea consultada en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:fr:HTML> el 14/05/14.
- E. LOCQUIN, “*Les obligations de confidentialité dans l’arbitrage*”. *Revue d’Arbitrage*, Volumen 2, Issue 2.
- ESSO/BHP v. PLOWMAN (1995), 11 *Arbitration International*
- INCSID CONVENTION AND RULES, consultado en https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf el 24/04/14.
- J.F. TOSENS, “*The 2013 CEPANI rules: the case for an explicit duty of confidentiality*”, in Confidentiality and Arbitration, CEPANI/VIAC meeting, 17 January 2014.
- J. MERINO MERCHÁN, *Confidencialidad y Arbitraje*, 2003, consultado en <http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02 TEXTOS ARBITRAGEM/01 Doutrina ScholarsTexts/confidentiality/Confidencialidad y Arbitraje - Jose Fernando Merino.pdf>, el 14/04/14.

³⁶ TOSENS, *op.cit.*, p.12

³⁷ TOSENS, *op. cit.*, p.12.

- LEY DE ARBITRAJE ESPAÑOLA, 60 DE 2003, consultada en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l60-2003.html
- LEY 80 DE 1993 consultada en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304> el 13/05/14.
- LEY 1563 de 2012, consultada en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html el 24/04/14.
- LEY 1581 DE 2012 consultada en http://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/ley_1581_2012.htm el 14/05/14.
- P. CAVALIEROS, "La confidentialité dans l'arbitrage", *Cahiers de l'arbitrage*, Vol. III, 2006.
- REDFERN, HUNTER, BLACKABI, PARTASIDES, *Law practice of international commercial arbitration*, 4 ed.
- REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA C.C.I. consultado en <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/icc/arbruls.asp> el 24/04/14
- Reglamento de Arbitraje y Mediación del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá consultado en <http://www.centroarbitrajeconciliacion.com/portal/default.aspx>
- Reglamento de Arbitraje y Mediación del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali consultado en <http://www.ccc.org.co/servicios/arbitraje>
- Reglamento del Centro Belga para el Arbitraje y la Mediación (CEPANI) 2013 consultado en <http://www.cepani.be/en/arbitrage/wat-arbitrage> el 14/05/14
- Reglamento de la Cámara de Arbitraje Nacional e Internacional de Milán consultado en <http://www.intracen.org/Camara-de-Arbitraje-Nacional-e-Internacional-de-Milan/> el 14/05/14.
- Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (OMPI- WIPO) consultado en <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/rules/> el 14/05/14.
- *Revue d'Arbitrage*, 2003, p. 25, núm. 32.
- *Revue d'Arbitrage*, 2007, p. 869 con nota de observación de P.Y. TCHANZ e I.F. GAZZINI, citada por G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 309.
- Stockholm Arbitration Report 144, *Revue d'Arbitrage* 2001, p. 821, con observaciones de S. JARVIN y G. REID
- S.LAZAREFF, "Confidentiality and Arbitration- Theoretical and Philosophical Reflections", in *Confidentiality and Arbitration*, 2009, special supplement, ICC Bulletin
- 1985 UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION AND AMENDMENTS AS ADOPTED IN 2006, consultado en http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html el 24/04/14.