

## Confidencialidad y arbitraje ¿Cómo se protege en Chile?

Pablo Cornejo Aguilera

En prácticamente todo texto destinado a explicar las ventajas que tiene para las partes el recurrir al arbitraje para la resolución de sus conflictos, en lugar de iniciar un juicio ante la jurisdicción ordinaria, ocupa un lugar especialmente destacado la confidencialidad de las actuaciones que tendrán lugar frente al árbitro. Acorde con ello, se suele afirmar que las partes evitarían de esta forma que su controversia sea conocida públicamente, o que se revele información que, debido a su importancia comercial, deba contar con cierto resguardo.

Sin embargo, más allá del reconocimiento general de la confidencialidad como un principio propio del arbitraje en cuanto institución, contrasta la importancia que se le asigna con el severo déficit regulatorio que presenta nuestra legislación. En efecto, basta con revisar someramente las disposiciones contenidas en el Código Orgánico de Tribunales, en el Código de Procedimiento Civil o incluso, en la más reciente Ley N°19.971, para advertir que la materia no ha sido en lo absoluto abordada por nuestra legislación. Llevado a su extremo, frente a esta ausencia regulatoria nace naturalmente la pregunta, de hasta qué punto las partes pueden tener una expectativa de confidencialidad cuando deciden recurrir a un juez árbitro. Sin embargo, pese a lo desalentador que puede resultar desde una primera mirada esta materia, consideramos que existen en nuestro derecho elementos que permiten desarrollar este deber de confidencialidad. Lo importante, es poder identificar respecto de quienes.

Dentro de este esquema de análisis, el primer posible destinatario de un deber de confidencialidad es el árbitro, tercero independiente llamado a resolver el conflicto que existe entre las partes. Respecto de ellos, existen cuerpos normativos de carácter no legal, pero igualmente vinculantes, que les imponen un deber de confidencialidad respecto de las actuaciones efectuadas en el proceso. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el Estatuto del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, que en su artículo 18 impone a todos los miembros del cuerpo arbitral del Centro, la obligación de garantizar la debida confidencialidad a las partes que intervienen en los procesos; deber que se ve refrendado, si consideramos que el artículo 15 de los Estatutos permiten la remoción de una persona integrante del cuerpo arbitral del Centro, si ella ha incurrido en una sanción por falta a la ética profesional, cuestión que permitiría integrar los deberes de confidencialidad que reconoce el Código de Ética del Abogado.

En esta materia, no debe dejar de considerarse que entre las partes y el árbitro existe no sólo una relación procesal determinada por el hecho que este último desarrolla funciones jurisdiccionales desde la instalación del tribunal -con la aceptación y el compromiso-, sino que además existe una segunda relación de carácter propiamente civil, en virtud de la cual el árbitro se compromete a prestar un servicio a las partes -el desempeñar el encargo en el menor tiempo posible- a cambio de una remuneración, todo ello en el contexto del contrato de compromisario. Pues bien, en el contexto de dicha prestación, como ha señalado Caivano<sup>1</sup> resulta razonable asumir que al menos implícitamente se incorpora el deber de

---

<sup>1</sup> Caivano, Roque J. "El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo", *Lima Arbitration*, N°4, 2010/2011, p. 125.

confidencialidad, solución que se encuentra en línea con lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, conforme con el cual los contratos no sólo obligan a lo que en ellos se expresa, sino también a todas aquellas cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

De esta manera, pareciera existir base suficiente para poder afirmar que en nuestro ordenamiento, el árbitro siempre estará sometido a un deber de confidencialidad, aun cuando ello no conste explícitamente en el contrato con las partes o en los estatutos que le resulten aplicables, pues se trata de una obligación implícita, cuyo necesario reconocimiento forma parte de las condiciones básicas para que opere el instituto arbitral y que por lo mismo, se integrará en la relación a menos que las partes la excluyan expresamente.

Un tema más complejo -y que no puede ser abordado en esta columna, debido a sus propias limitaciones-, son las consecuencias jurídicas que se siguen del incumplimiento en que pueda incurrir un árbitro frente a este deber de confidencialidad. En principio, pareciera que por su fuente no puede ser simplemente encuadrado dentro de aquellos deberes cuya infracción motiva las sanciones disciplinarias a imponer por parte de las Cortes de Apelaciones; lo que se vería confirmado, si consideramos que una de las vías para hacer efectiva dicha responsabilidad disciplinaria -el recurso de queja-, exige que dicha falta o abuso grave sea producido al momento de dictarse una resolución de carácter jurisdiccional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales. Por esas razones, pareciera que además de las vías que contemple el Centro que designó al árbitro o de aquellas de supervigilancia ética que puedan operar, el principal mecanismo con que contará la parte afectada será civil.

El segundo posible destinatario de este deber, son las propias partes del proceso arbitral. Respecto de ellas, resulta muchísimo más discutible que estén obligadas a guardar reserva de los antecedentes expuestos en un proceso arbitral, a menos que hayan asumido dicha obligación, por medio de un acuerdo. Como bien señalan Gonzalo y Barriga, es necesario hacer la distinción entre la confidencialidad como un principio dentro del arbitraje, que conforma una de sus principales y características, y el acuerdo de confidencialidad que las partes puedan haber suscrito<sup>2</sup>.

Por lo mismo, para poder afirmar la existencia de una obligación de confidencialidad aplicable a las partes, creemos necesario que éstas lleguen a un acuerdo y la establezcan en las bases de procedimiento -idealmente, precisando las consecuencias de su infracción y precisando quien deberá conocer de ellas-; o que la existencia de dicha obligación esté impuesta previamente en el contrato, caso en el cual debe entenderse que la misma se mantiene vigente y rige durante todo el proceso arbitral, tanto por las características de esta clase de obligaciones -que pueden llegar a tener reconocimiento y aplicación incluso en la etapa post contractual-, como por el hecho que no puede sino entenderse que la voluntad de las partes en orden a sustraer el conocimiento de la controversia de la justicia ordinaria y entregarla a un juez árbitro, da cuenta de su intención de mantener la reserva respecto de la información confidencial que en el mismo se expondrá.

---

<sup>2</sup> Gonzalo, Marta y Barriga, Karen "El acuerdo de confidencialidad en el arbitraje", En: Sánchez García, Arnulfo y López Peláez, Patricia, *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos*, p. 115.

Sobre este punto deben considerarse que en principio la infracción a los deberes de confidencialidad en que incurran las partes, normalmente tendrá consecuencias civiles, debiendo ser tratada como un nuevo incumplimiento contractual. Esta es una cuestión compleja desde una perspectiva práctica, pues puede implicar la iniciación de nuevos procesos. Por lo mismo, un tema que debiese evaluarse es la procedencia de entregar al propio árbitro que está conociendo del conflicto, la determinación de las consecuencias que se puedan seguir de la infracción de estas obligaciones; cuestión que implicaría llevarlas desde el plano contractual, hacia lo procesal, pudiendo incluso las mismas ser consideradas desde una perspectiva de buena fe en la litigación.

Finalmente, existe una última cuestión compleja en este escenario ¿De qué manera se concilian las jurisdicciones arbitrales y ordinarias al momento de tratar la confidencialidad? Sobre este punto, es menester reconocer que existe una profunda diferencia entre los principios que guían el actuar de los jueces árbitro, donde la confidencialidad ocupa un lugar preponderante, y las bases sobre las cuales se estructura el funcionamiento de la jurisdicción ordinaria, donde se reconoce por regla general la publicidad de las actuaciones, salvo reserva legal (art. 9 Código Orgánico de Tribunales). En la interacción práctica de ambos sistemas, es fácil advertir que todos los resguardos adoptados en sede arbitral con miras a evitar la divulgación pública de información confidencial, pueden perderse una vez que el proceso con todos sus antecedentes sean remitidos hacia los tribunales ordinarios, vg. porque se interpuso un recuso en contra de la sentencia dictada por un juez árbitro. Frente a esa situación y más allá de la posibilidad de pedir reserva a los tribunales ordinarios respecto de ciertos antecedentes, creemos que la solución debe pasar por las propias partes, quienes tienen la opción de quedarse con el pronunciamiento dictado por el árbitro, o buscar su impugnación, a riesgo en este último caso de que ciertos antecedentes considerados reservados puedan llegar a ser expuestos.