

# CONFIDENCIALIDAD Y ARBITRAJE

JOSÉ F. MERINO MERCHÁN

Ltrdº Consejo de Estado (excte)

Titular Cátedra Derecho de Arbitraje IDP-URJC

Abogado

## I

### **La tradicional referencia a la confidencialidad como elemento motivador para acudir al arbitraje. La confidencialidad como rasgo inherente al arbitraje**

Reflexionar acerca de la motivación por la que dos o más personas buscan la resolución de un conflicto entre ellos, por un tercero árbitro, es empresa ciertamente complicada. Bien es verdad que la doctrina de hoy y de ayer han venido insistiendo en una serie de motivos como hipotéticas ventajas para acudir al arbitraje en sustitución de la jurisdicción del Estado, uno de las cuales ha sido la confidencialidad.

En efecto, se ha venido invocando como ventajas para acudir al arbitraje, además del de su *menor coste* el de la *mayor garantía en la decisión arbitral* sobre la resolución del juez del Estado, al considerarse que la elección del propio decisor del litigio por parte de los contendientes, constituye un presupuesto objetivo de una mayor garantía en la resolución final del pleito. También se ha insistido en la *mayor especialidad*, que ofrece el árbitro o la corte arbitral respecto de una concreta contienda en relación con la competencia indiscriminada y a veces poco especializada del juez del Estado. Asimismo, se ha invocado la exasperante *lentitud de los procedimientos civiles*, como motivo suficiente para huir del sistema judicial estatal. Lentitud y enredo a los que ya se referían nuestros clásicos de la Edad de Oro (Cervantes, Lope de Vega, Quevedo, por citar solo algunos); y a la que también se refirió en su *Clementia Saete*, el Papa Clemente V cuando combatía el rigor *solemnis ordo iudiciarius*, en el deseo de establecer un juicio sumario abreviado, idea que por cierto intentó poner en práctica nuestras *Leyes de Partidas*, que aunque reconocedoras del arbitraje no tuvieron tanto éxito en el empeño de simplificar los procesos judiciales.

Junto a esos elementos motivadores de la opción arbitral frente a la del proceso judicial estatal, hay que añadir el natural *deseo de las partes de no dar publicidad a sus divergencias* judiciales que las enfrenta, lo que no ocurre en los procesos estatales a los que tanto los medios de comunicación como el público en general tienen acceso.

Es evidente, y más aún ahora con los medios informáticos de que se dispone en una sociedad globalizada e interdependiente, que resulta prácticamente imposible mantener la privacidad en los pleitos y asuntos judiciales que se sustancian ante los jueces y tribunales del Estado. Por ello, se ha venido insistiendo que el arbitraje constituye un cauce de solución de conflictos en el que se soslaya y evita la publicidad inherente a los Tribunales oficiales: Cuestiones patrimoniales entre esposos y familiares, entre socios, la defensa de la propiedad industrial en todas sus manifestaciones, el know-how, materias financieras, contables y tributarias, etc, aconsejan indudablemente acudir al arbitraje en evitación de que esas materias, algunas muy sensibles al conocimiento externo de los propios litigantes, acaben siendo conocidas o reveladas ante la opinión pública o lo que es peor, ante la competencia.

Siendo lo anterior así, y recogido como tal por la práctica totalidad de la doctrina científica, no deja de sorprender que la legislación histórica en materia de arbitraje no haya recogido nunca la confidencialidad como elemento de la institución arbitral, quizá porque se trate de un rasgo insito en la propia naturaleza privada de esa institución. Por ello, más que una obligación convencional es un deber institucional para todas las personas involucradas en el arbitraje (partes, árbitros, testigos, peritos, etc.).

En efecto, ni el legislador nacional ni los tratados internacionales por lo general han reconocido expresamente el deber de confidencialidad en el arbitraje. Pero esto ha sido así justamente porque el fundamento de ese principio se encuentra en la misma naturaleza del arbitraje y en general en las soluciones extrajudiciales de conflictos (**ADRs**); ya que, históricamente, la mayoría de esas soluciones extrajudiciales han aflorado en el seno de una concepción nítidamente privatista en la que la privacidad ha ocupado un lugar central<sup>(1)</sup>.

Surge, por tanto, la inevitable pregunta si a la postre resulta o no necesario un reconocimiento legal explícito de la confidencialidad en el ámbito de las legislaciones internas y de los tratados bilaterales y

---

<sup>1</sup> **CHÁVEZ BARDIALES**, *Privacidad y Confidencialidad en el arbitraje comercial internacional*, Revista Iberoamericana de Arbitraje, [http:// www.servilex.com.p](http://www.servilex.com.p)). **PATRICK NEILL**, *Confidentiality in arbitration*, 1996.

multilaterales en materia de arbitraje. Sobre esta particular cuestión, Silvia Barona, considera que no resulta necesario tal reconocimiento por entender que la no difusión de las informaciones aportadas y vertidas a los largo del arbitraje es un deber ineludible de cuantos participan en él<sup>(2)</sup>. Lo que contrasta con la exigencia de publicidad indiscriminada de los procesos estatales, tal como proclama, p. ej., el artículo **120** de la **Constitución española**<sup>(3)</sup>.

La propia autora antes citada, considera que el reconocimiento legal de la confidencialidad en el arbitraje se estatuye como obligación que deben respetar los diversos sujetos que intervienen o pueden intervenir en el arbitraje, si bien señala que un reconocimiento absoluto y sin límites de esa confidencialidad está sufriendo cierta revisión en algunos países, principalmente del área anglosajona (EE.UU., Reino Unido y Australia)<sup>(4)</sup>, y más en el dominio del arbitraje comercial internacional que en el doméstico<sup>(5)</sup>.

En definitiva, pues, nos encontramos ante el hecho de que siendo la confidencialidad un elemento casi configurador de la institución arbitral, su reconocimiento legal y convencional no ha sido ni tan categórico ni universal como podría esperarse. Así, como ejemplo, basta recordar ahora que el Reglamento y la Ordenanza procesal de la CCI no contienen regla alguna sobre la confidencialidad, como tampoco la contiene la **Ley Modelo**; y, por el contrario, el **Reglamento de Arbitraje de la OMPI**, al que volveremos mas adelante, incorpora en sus artículos **73 y ss.** normas precisas sobre la confidencialidad, que afectan a un cuádruple ámbito de actuación: en cuanto a la existencia misma del arbitraje (artículo **73. a) y b)**; en cuanto a la confidencialidad de la información divulgada durante el arbitraje (artículo **74.a) y b)**; en cuanto a la divulgación del laudo (artículo **75**); y finalmente, en cuanto a la confidencialidad que debe mantener tanto el Centro y el árbitro (artículo **76**)<sup>(6)</sup>.

---

<sup>2</sup> **BARONA VILAR**, coord., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson-Cívitas, 2004, pág. 907.

<sup>3</sup> Ese precepto constitucional sienta los principios de publicidad de las actuaciones judiciales, oralidad en el procedimiento y audiencia pública en el pronunciamiento de las sentencias; vid también artículos 229 y ss. LOPJ.

<sup>4</sup> **BARONA VILAR**, ob. cit., pág. 907 y bibliografía citada a pie de esa página; vid también **PAULSSON y RAWDING**, *The trouble with confidentiality arbitration international*, 1995, Vol. II, pág. 316 y ss.

<sup>5</sup> **NAIMARK KEER**, *International private commercial arbitration –expectations and perceptions of attorneys and bussines people*, Mayo 2002, pp. 203 y ss.

<sup>6</sup> En todo caso, convendría distinguir entre confidencialidad *strictu sensu* y privacidad de las audiencias en sede arbitral, estas últimas vedadas al público en general, y que aparece recogida en los Reglamentos de algunos centros internacionales de arbitraje, como son CCI, CIADI y otras.

Es posible mantener que la modulación en el reconocimiento y aplicación de la confidencialidad se ajusta en función de la especialidad y de la materia objeto de arbitraje.

Al mismo tiempo, al tratarse la confidencialidad de un deber en sentido técnico más que de una obligación convencional, por mucho que haya empleado este último término el legislador del artículo **24.2 LA**, la ausencia del reconocimiento legal de la confidencialidad en las legislaciones internas y en los tratados no impide que ésta no esté presente, si bien con las matizaciones que más adelante se harán<sup>(7)</sup>.

En las páginas siguientes se analizará la confidencialidad en el arbitraje partiendo de la vigente **Ley española 60/2003**, para abordar a continuación los supuestos de responsabilidad por el quebrantamiento de la confidencialidad, terminando con los límites de la misma.

## II

### **La confidencialidad en la Ley 60/2003, de Arbitraje. Antecedentes legales y jurisprudenciales inmediatos**

El proyecto de la nueva **Ley de Arbitraje** no contenía ninguna referencia a la obligación de guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan los árbitros y las instituciones arbitrales. A través de la enmienda nº 87 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU) al artículo **24** se le añadió el siguiente texto: "*2. Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligados a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales*"<sup>(8)</sup>.

Lo primero que llama la atención de ese precepto es su extraña ubicación en la Ley, pues se reconoce la obligación de la confidencialidad dentro de un artículo (el **24**) que se rotula *Principios de Igualdad, Audiencia y Contradicción*, que nada o poco tienen que ver con la confidencialidad. Esto solo es explicable por la urgencia en que se tramitó el proyecto de Ley, que hizo que se ubicara la

---

<sup>7</sup> De hecho las legislaciones arbitrales internas de Francia, Italia, Reino Unido o Suecia, no contienen reconocimiento explícito de la confidencialidad; tampoco en Estados Unidos, donde ni la Ley Federal de Arbitraje ni la Uniform Arbitration Act contienen disposiciones sobre el deber de confidencialidad.

<sup>8</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, 6 de noviembre de 2003, nº 173-8, pág. 56.

confidencialidad sobre la marcha en cualquier precepto, sin sopesar el lugar donde debía regularse, cuando lo correcto en buena técnica legislativa hubiera sido crear un precepto independiente. En cualquier caso esa referencia a la confidencialidad en la **Ley 60/2003** es a todas luces insuficiente y está necesitada de algunas matizaciones de interés.

Como es conocido, la **Ley 36/1988**, como tampoco lo hacía la **Ley de Arbitraje de 1953**, no recogía ninguna referencia a lo que se denomina constitucionalmente "*habeas data*", entre otros extremos porque el artículo **18.4 CE** no había sido aún desarrollado por Ley alguna. El legislador español actuó ciertamente con retraso en desarrollar el citado artículo **18.4 CE**, lo que no se hizo hasta la **LO 5/92**, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (**LORTAD**). Bien es cierto que con anterioridad habían sido ratificados por España -27 de enero de 1984- el **Convenio 108 del Consejo de Europa** para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, y los **Acuerdos de Schengen** de 14 de junio de 1985.

Por tanto, estaba, hasta cierto punto justificado, que la **Ley 36/1988** no contuviera ninguna mención a la confidencialidad y protección de datos.

No obstante, se ha de advertir que con posterioridad a la Ley de Arbitraje de 1988, el ordenamiento español disponía ya de una sólida jurisprudencia constitucional perfectamente aplicable a la confidencialidad en el ámbito del arbitraje. Así, basta recordar, como botón de muestra, la jurisprudencia siguiente:

**-STC 2ª, 202/1999, de 8 de noviembre:** "*... la garantía de la confidencialidad e intimidad adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona; la llamada "libertad informática" es así derecho a controlar el uso de los mismos, datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (SSTC 254/1993, fundamento jurídico 7º; 11/1998, fundamento jurídico 4º y 94/1998, fundamento jurídico 4º)*".

**-STS 1ª, 22 de diciembre de 2000:** "... el concepto de confidencialidad e intimidad no puede enmarcarse en una definición que precise detalladamente su alcance, como ha advertido esta Sala de Casación Civil (**S de 13-3-1989**), pero necesariamente ha de tenerse en cuenta que conforma patrimonio personal que abarca lo que entra en el propio ámbito y hace necesario relacionar la cuestión con lo que constituye el espacio vital de cada uno, sometido a su exclusivo poder y que se proyecta sobre el concepto impreciso de lo que integra su círculo reservado e íntimo, compuesto por datos y actividades que conforman su vida y su patrimonio...".

**-STS 3ª (Sección 7ª), 29 de octubre de 2001:** "... el deber de confidencialidad y secreto impuesto por el artículo 7º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo... establece la prohibición de revelar los datos privados de una persona que hayan sido conocidos a través de la actividad profesional de quien los revela, y por el artículo 10, de la LO 5/1992, de 29 de octubre, sobre tratamiento informatizado de datos personales, en cuanto que los que se piden se hallan incorporados a bases de datos, y están por ello en principio afectados por la protección que concede esta Ley... el incumplimiento de ese deber, vendría a quebrantar la lealtad exigible...".

Bajo esos contornos jurisprudenciales la referencia que la **Ley 60/2003** hace a este problema en su mencionado artículo **24.2**, resulta insatisfactoria, teniendo en cuenta sobre todo que al haberse unificado el arbitraje interno e internacional, entra de lleno la aplicación del artículo **2** de la nueva **LO 15/1999**, de 13 de diciembre, de **Protección de Datos de Carácter Personal**; debiéndose tener en cuenta que constituyen datos de carácter personal: cualquier información concerniente a personas identificadas o identificables (artículo **3 LOPDP**).

Esta importante cuestión de la protección de la confidencialidad, incide sobre todo en las institucionales arbitrales que abren y mantienen ficheros de datos pertenecientes a las personas físicas o jurídicas intervinientes en el arbitraje, lo que les obliga a extremar la seguridad de los mismos (artículo **9 LOPDP**), y a guardar el deber de secreto en los términos exigidos en la **LO 15/1999** (artículo **10**), en evitación de que los interesados pudieran reclamar ante la Agencia de Protección de Datos por una indebida o escasa tutela del derecho fundamental a la protección de los mismos (artículo **18 LOPDP**).

Todo lo anterior avala –teniendo en cuenta el posible movimiento internacional de datos en el ámbito del arbitraje internacional-, la postura de que el artículo **24.2** debería haber contenido una referencia explícita a la mencionada **LO 15/1999** y en particular al artículo **26.1** de esta última, que exige que toda persona o entidad que proceda a la creación de ficheros de datos lo notificara previamente a la Agencia de Protección de Datos.

Especialmente relevante es la confidencialidad para las Instituciones Arbitrales Permanentes, al dictarse la **Sentencia del TJCE de 6 de noviembre de 2003**, sobre aplicación a todas las personas y entidades de la **Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo**, relativa a la protección de datos y libre circulación de los mismos, y en la que se declara que es obligatorio informar a los ciudadanos y entidades afectados sobre su recogida de datos, y con mayor motivo cuando se trate de personas o entidades que se han visto afectadas por un procedimiento en el que se ha facilitado información y documentos que pertenecen a ese ámbito de la confidencialidad; así también es de recordar, dentro del ordenamiento interno español pero sobre esa misma materia las **SSTC 254/93, de 20 de julio, 143/1994, de 9 de mayo, y 292/2000, de 30 de noviembre**, por todas.

### III

## **La responsabilidad del árbitro y de las instituciones arbitrales por quebrantamiento del deber de confidencialidad conforme la legislación española**

### 1º

#### ***Planteamiento general: tipología y ámbito de la responsabilidad***

#### **1. Tipología**

Entre las faltas disciplinarias muy graves tipificadas en el artículo **417.12 LOPJ**, para jueces y magistrados, se encuentra la revelación por éstos *“de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de éste, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona”*.

Por su parte, el artículo **417 CP** tipifica el delito de revelación de datos de los que se *“tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, que*

*cuando causare grave daño para terceros, la pena es de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años”.*

Difícil es encajar ese derecho sancionador sin más en la figura del árbitro o sobre la institución arbitral permanente, si no se hacen las correspondientes matizaciones, al no responder éstos al tipo disciplinario y penal descrito en los preceptos citados, lo que constituye una exigencia de legalidad ordinaria (artículos **1, 4.1 y 10 CP**) y constitucional (artículos **9.1 y 25.1 CE**).

Ahora bien, es obvio que el árbitro y las instituciones arbitrales manejan hechos, informaciones y datos personales que pueden afectar a derechos fundamentales, especialmente al honor e intimidad personal y familiar de las partes en el proceso arbitral o de terceros; y sobre los que el árbitro tiene un deber específico de protección. En otras ocasiones pueden suministrársele al árbitro datos confidenciales de orden profesional y/o empresarial, de difusión no autorizada o al menos restringida, que necesitan ser igualmente protegidos para no lesionar derechos e intereses legítimos.

Pues bien, tanto los datos de carácter personal que afectan a la intimidad de las personas, como los profesionales y/o empresariales que sean confidenciales y restringidos están dotados de una especial protección a la que queda vinculado el árbitro so pena de incurrir en responsabilidad si no mantuviese el nivel de protección requerida o no adoptase por negligencia o culpa *in vigilando* las medidas necesarias para ello.

Desde otra perspectiva puede ocurrir que la revelación de datos manejados y de los que se haya tenido conocimiento durante las actuaciones arbitrales, puede perjudicar no solo a las partes en el litigio sino también a terceros. En estos casos se abre la posibilidad de accionar contra el árbitro, y en su caso, contra la institución arbitral correspondiente.

En consecuencia, se abre un abanico de supuestos de imputación de responsabilidad derivados de la desprotección o indebida protección de los datos de las personas y entidades afectadas directa o indirectamente en un arbitraje, y a los que el ordenamiento jurídico debe dar una respuesta adecuada.

Esa respuesta no puede ser la misma para los distintos supuestos de imputación; pues diferentes son también los casos, la gravedad y el ámbito en el que tiene lugar el quebrantamiento del deber de confidencialidad. Por ello, en una exposición como esta conviene examinar la dispar tipología de



responsabilidad en la que puede incurrir el árbitro (árbitro *ad hoc*) y el árbitro y la institución arbitral (arbitraje administrado), por el quebrantamiento del deber de confidencialidad.

Concretando esos supuestos, pueden ser los siguientes: responsabilidad administrativa por el quebrantamiento del deber de confidencialidad; responsabilidad civil contractual y extracontractual por incumplimiento de ese mismo deber; responsabilidad penal; y, finalmente, responsabilidad disciplinaria y corporativa.

A cada uno de esos supuestos nos referiremos a continuación, no sin antes examinar el ámbito de esta tipología específica de responsabilidad arbitral.

## **2. Ámbito subjetivo y objetivo**

La lectura del artículo **24.2 LA**, nos sitúa en el ámbito subjetivo y objetivo de la responsabilidad por quebrantamiento del deber de confidencialidad en sede arbitral. El ámbito subjetivo sirve para identificar los sujetos afectados por esa responsabilidad; y que no son otros que, de un lado los **árbitros y el personal y asesores** adscritos a las instituciones arbitrales permanentes; que obtienen una información de las partes que no debe ser revelada; por otro, las **propias partes** del litigio respecto de los datos y documentos que obtienen de las alegaciones y pruebas obtenidas de contrario. Pero también existen otros sujetos concernidos con el deber de confidencialidad durante la tramitación de las actuaciones arbitrales; así, los **testigos** intervinientes en el proceso arbitral, a los que les será de aplicación la legislación general sobre la materia al no hacerse referencia a los mismos en el artículo **24.2 LA**; lo mismo puede decirse respecto de los **peritos** que hayan intervenido en el procedimiento arbitral; si bien en este trabajo centraremos nuestra atención exclusivamente en los árbitros.

En cuanto al ámbito objetivo, varias son las consideraciones que deben hacerse siquiera sea brevemente. En primer lugar, la confidencialidad no es como ya se ha dicho más atrás una obligación, ya que, no nace con el nombramiento y aceptación del árbitro sino que es previa a este acto: una vez que se acepta el arbitraje mediante convenio, las partes y principalmente el árbitro vienen obligados a respetar el deber de confidencialidad, aunque la ley, el reglamento de la corte o el tratado correspondiente guarde silencio al respecto. Por ello, incluso si se guardase silencio por las partes en el convenio sobre el deber de confidencialidad, ésta es exigible como elemento esencial de la institución, precisamente por la naturaleza privada del arbitraje al que se acude con expresa voluntad de

*apartamiento ex officio iudicis*; pues, como ha señalado el **ATC 259/1993, de 20 de julio**, el arbitraje "... *Es una actividad particular que ejerce una función pública, como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán del buque mercante, el párroco), y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo...*"<sup>(9)</sup>. Razón por la cual, cuando se accede al arbitraje como *equivalente jurisdiccional* (**ATC 326/1993, 26 de octubre**), es, en muchos casos, para establecer un plus de garantía protectora sobre la privacidad e incluso sobre la identidad de los litigantes y, también, sobre cuanta información se obtenga durante las actuaciones arbitrales incluido el propio laudo, de modo que la plasmación de la voluntad de las partes en el convenio arbitral supone aceptar implícitamente las condiciones y rasgos caracterizadores del arbitraje, entre los que se encuentra indudablemente la confidencialidad.

Otra consideración a tener en cuenta es la conveniencia -por no decir la necesidad- de que los reglamentos de las instituciones arbitrales establezcan por vía estatutaria y a través de los pertinentes códigos éticos y ordenanzas procesales el asumir la confidencialidad como deber y atenerse a las consecuencias de su quebrantamiento. Este es el caso, p. ej., de la **Cámara Arbitral de Milán**, que en su artículo **8** dice 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*<sup>(10)</sup>.

## 2º

### ***Responsabilidad administrativa derivada por el quebrantamiento de los datos de carácter personal, empresariales y/o profesionales***

Como se ha visto, tradicionalmente el arbitraje -mucho antes de que se promulgara en España la **Constitución de 1978** (artículo **18.4**) y las normas de protección de datos recogidas en la **LORTAD de 1992** ó la vigente **Ley Orgánica 15/1999 (LOPD y Ley 62/2003, de 30 de diciembre)**- ha estado asociado a la confidencialidad, constituyendo ésta, como se ha visto ya, una de las propiedades más significativas de la institución. Pero el desarrollo incesante del arbitraje, y en aras precisamente de salvaguardar ese rasgo de confidencialidad, ha hecho necesario que los hechos y datos de carácter personal y profesional que quedan reflejados en ficheros de los árbitros y de las instituciones arbitrales deban ser especialmente protegidos. De aquí que, a nuestro juicio, sea de

---

<sup>9</sup> Vid al respecto el estudio de **SAINZ MORENO**, *El ejercicio privado de funciones públicas*, RAP n°s 100-102, 1984.

<sup>10</sup> En el mismo sentido, los Reglamentos de la LCIA y de la OMPI.

plena aplicación la vigente **LOPD**<sup>(11)</sup> y el régimen de la responsabilidad administrativa que de la misma ante la Agencia de Protección de Datos, se deriva para aquellos, desde el momento en que la **LOPD** les hace directamente responsables de los archivos, ficheros y soportes físicos e informáticos en los que se recojan datos de carácter personal y profesional (artículo **3.d) LOPD**).

Los interesados, sean éstos personas físicas o jurídicas, a las que se soliciten datos personales deben ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

- a) De la existencia del fichero o tratamiento de los datos y de la finalidad y destino de la información (artículo **5.1.a) LOPD**).
- b) Del derecho de acceso, rectificación y cancelación de los datos (artículo **5.1.d) LOPD**).
- c) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento de los datos (artículo **5.1.e) LOPD**).
- d) E igualmente de cualquier uso de esos datos que siempre requerirán el consentimiento de la parte afectada (artículo **6.1 LOPD**).
- e) De la confidencialidad de los datos obtenidos y manejados.

Lo anterior no obsta para que las instituciones arbitrales permanentes puedan tomar medidas para el mayor aseguramiento en la creación de ficheros que contengan datos de las personas que hayan intervenido como interesados en actuaciones arbitrales, incluso la de sus propios árbitros, pero siempre que se respeten las garantías expuestas; y, especialmente será necesario a este fin, que se notifique a la Agencia de Protección de Datos, para su inscripción en el Registro General de Protección de Datos, como órgano integrado en la misma (artículo **25 y 26.4 LOPD**).

Todo esto hace recaer sobre las instituciones arbitrales un deber de seguridad estricto sobre los datos que manejen o sean destinatarias; para lo que deberán adoptarse las medidas de índole técnico y organizativas que

---

<sup>11</sup> La vigente **LOPD**, trae causa, entre otras, de la **Directiva 95/46 CE del Parlamento Europeo y del Consejo**, de 24 de octubre de 1995. al respecto, puede verse, **GARRIGUES DOMÍNGUEZ**, *La Protección de Datos Personales en el Derecho español*, 1999; **GRIMALT SERVERA**, *La Responsabilidad Civil en el Tratamiento Automatizado de Datos Personales*, Comares, 1999; **APARICIO SALOM**, *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Pamplona, 2000; y **GONZALO GALLO, COELLO DE PORTUGAL y OTROS**, *La Protección de Datos Personales: Soluciones en Entornos Microsoft*, Microsoft Ibérica, 2003. Vid también, de la forma que esto afecta al arbitraje, **MICHAEL PRYLES**, *Confidentiality*, 2004, pág. 415.

garanticen esa seguridad, en evitación de alteraciones, pérdidas, tratamiento o acceso no autorizado.

La ausencia o la pérdida de esas garantías puede dar lugar a la responsabilidad de las instituciones arbitrales; que asimismo están obligados también a guardar y mantener el secreto profesional, obligación que subsistirá aún después de finalizar sus relaciones con las partes afectadas. Este deber es independiente de la prescripción contenida en el artículo **38.3 LA**, según el cual *“transcurrido el plazo que las partes hayan señalado a este fin, o en su defecto, el de dos meses desde la terminación de las actuaciones, cesará la obligación de los árbitros de conservar la documentación del procedimiento”*. Es decir, la norma transcrita solo establece un plazo mínimo para la guarda y custodia de documentos, pero, ello es independiente al contenido material que esos documentos puedan tener, y que en definitiva, constituyen el núcleo de su obligación a no revelar los datos y hechos conocidos en las actuaciones procesales y a mantener el nivel de seguridad de esos datos conforme los preceptos antes citados de la **LOPD**.

En definitiva, pues, se puede establecer lo siguiente:

1º. Los árbitros *ad hoc* y los árbitros de los arbitrajes administrados, están obligados a guardar la confidencialidad de la información que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.

2º. Tienen el deber público y la obligación de que todos los datos de carácter personal sean notificados a la Agencia de Protección de Datos.

3º. Asimismo, han de guardar secreto sobre los datos de carácter personal que figuren en los expedientes y ficheros en los que hayan intervenido los árbitros y las instituciones permanentes de arbitraje.

4º. Estas últimas deben establecer un nivel mínimo de seguridad sobre los ficheros y datos de carácter personal y profesional que hayan recopilado en el ejercicio de sus funciones arbitrales.

5º. Las instituciones arbitrales permanentes han de asegurar que los datos que conozcan como consecuencia de las actuaciones arbitrales no sean cedidos o utilizados por terceros sin el consentimiento del afectado.

6º. Las instituciones arbitrales permanentes que creen o utilicen datos de carácter personal o profesional deben instar a la Agencia de

Protección de Datos, para que ésta los inscriba en el Registro General de Protección de Datos.

7º. Las instituciones arbitrales pueden verse sometidas a la inmovilización de sus ficheros por los supuestos constitutivos de infracción muy grave o por la utilización o cesión sin consentimiento de los datos que se hayan obtenido de las actuaciones arbitrales. Tal inmovilización puede ser acordada mediante el ejercicio de su potestad sancionadora por la Agencia de Protección de Datos.

La responsabilidad arbitral derivada de los puntos expuestos se articula a través del **Título VII** de la **LOPD**, según que el tipo de infracción sea leve (artículo **44.2.e**), grave (artículo **44.3.a), b), c), d), e), f), g), h), i), j), k)**, o muy grave (artículo **44.4**), con las sanciones previstas en su artículo **45**; preceptos a los cuales nos remitimos para evitar aquí innecesarias repeticiones. Conviene dejar consignado que el procedimiento sancionador tramitado ante la Agencia de Protección de Datos, tendrá como duración seis meses (artículos **18.3 y 48.3**); siendo la prescripción de las infracciones y sanciones cometidas por el árbitro o por la institución arbitral, las previstas en el artículo **47**, al que asimismo nos remitimos.

Es de recordar que la **LOPD** y su proyección en sede arbitral, no impide ni limita el derecho de los titulares de los datos a exigir –además de lo establecido en la **LOPD**- otras formas de administrar y custodiar sus datos, si así lo pactan.

La legislación arbitral interna española establece una regla especial en cuanto al plazo en el que deben los árbitros conservar la documentación del procedimiento. Ese plazo es según se ha indicado ya, el señalado en el artículo **38.3 LA 2003**, el de dos meses desde la terminación de las actuaciones, salvo que las partes hayan señalado otro mayor. Es decir, que se trata de un plazo legal mínimo susceptible de ser ampliado por voluntad de los litigantes.

Por otro lado, ese plazo legal mínimo de dos meses o en su caso el plazo convencional que se establezca, se computa como *dies a quo* desde la fecha de la notificación del laudo o de su corrección, aclaración y complemento si esto último ha sido pedido por las partes; asimismo, entendemos que ese plazo, sea el legal o el convencional acordado, juega también respecto a cualquiera de las formas de terminación del arbitraje a que se refiere el apartado dos del citado artículo **38 LA 2003**.

Por último, debe quedar indicado que las resoluciones sancionadoras que dicte la Agencia de Protección de Datos, agotará la vía administrativa, pudiéndose proceder contra las mismas a través del recurso contencioso-administrativo.

### 3º

#### ***Responsabilidad civil: negocial y extracontractual***

##### **1. Punto de partida. Alcance de la responsabilidad del artículo 21.1 LA.**

El punto de partida para la exigencia de esta responsabilidad por el quebrantamiento del deber de confidencialidad, se encuentra en el artículo **21.1 Ley 60/2003, de Arbitraje**: *“La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros”.*

Como ya hemos puesto de manifiesto en otro lugar<sup>(12)</sup>, tal planteamiento de la responsabilidad significa aparentemente que se ha restringido el ámbito de la responsabilidad directa de los árbitros y, por ende, el de las instituciones arbitrales. Si se hiciese una interpretación literalista del precepto transcrito, dejarían de ser aplicables –si las partes no conviniesen otra cosa– los artículos **1104 y 1902 CC**, correspondiendo la carga de la prueba de la concurrencia de la mala fe, temeridad y dolo, a la parte que quisiera exigir tal responsabilidad.

Ahora bien, es evidente que el árbitro ni como *sustitutivo jurisdiccional del juez del Estado* ni como profesional puede tener una responsabilidad menor respecto de aquel ni menor tampoco de la de esos últimos. Se trata, por consiguiente, de reformular la responsabilidad del árbitro, en el sentido de considerar al artículo **21.1 LA** como un mínimo legal sobre el que las partes pueden pactar un ámbito superior de imputación de responsabilidad.

Así, la responsabilidad legal del árbitro prevista en el artículo **21.1** de la **Ley 60/2003**, constituye el suelo mínimo necesario de la llamada

---

<sup>12</sup> **MERINO MERCHÁN**, *Estatuto y Responsabilidad del Árbitro*, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 125 y ss.

responsabilidad especial del árbitro. Lo que quiere decir, que en modo alguno ello obsta para que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, puedan establecer un sistema de responsabilidad arbitral más abierto que el previsto en la vigente **LA**. Entendiéndose aquí por abierto un sistema de responsabilidad más accesible y fácilmente manejable por las partes a la hora de ejercitar la acción de responsabilidad arbitral. Un sistema en definitiva, que no implique probar el juicio de intenciones o de voluntad del árbitro, sino que baste y quede reducido a la constatación de la concurrencia de la simple culpa, esto es, la omisión de aquella diligencia debida (artículo **1.104 CC**), que le es exigible al árbitro por la simple aceptación del encargo asumido ante las partes. En nuestro caso, en la diligencia debida en la protección de los datos e información que se obtengan de las actuaciones arbitrales, sin tener que asumir la dura carga procesal de probar que tal quebrantamiento se ha producido por mala fe, temeridad o dolo; que unida a la también pesada carga de acreditar el daño causado por la revelación, haría prácticamente imposible el ejercicio de esta responsabilidad.

La **responsabilidad negocial** del árbitro, incorporada como *lex privata* en el convenio arbitral o en los reglamentos procedimentales de las instituciones arbitrales permanentes, o bien incorporada al tiempo del nombramiento y aceptación del cargo arbitral, es una manifestación de la potestad que tienen las partes para dictarse la norma convencional por la que van a regirse las relaciones entre ellas y el árbitro de su contienda. Es, por tanto, un poder de gobierno expresado *inter-partes* que sirve para fiscalizar no tanto la conducta final del árbitro en sí, cuanto que los resultados dañosos puedan derivarse hacia las partes, por no cumplir aquél fielmente el encargo que tiene asumido; y ello, siempre y cuando que de esa desviación se produzcan perjuicios evaluables económicamente, relevándose a los interesados de asumir la carga de la prueba sobre juicios de intenciones, como ocurre con la mala fe, temeridad o dolo.

Por tanto, la responsabilidad arbitral interviniendo culpa o negligencia derivada por el quebrantamiento del deber de confidencialidad, puede ser modulada por las partes en el convenio arbitral, o en otro momento del arbitraje antes de la aceptación del árbitro, mediante las cláusulas pertinentes y cuyo contenido puede variar desde:

1º Imponer al árbitro la responsabilidad por culpa, incluso por culpa lata o levísima en el deber de guardar la confidencialidad.

2º Graduar la responsabilidad del árbitro según la gravedad del supuesto de responsabilidad en que incurra en el incumplimiento de ese deber y del daño que se produzca.

3º Exigir un seguro de responsabilidad al árbitro o tribunal arbitral por los posibles daños que causen a las partes o a terceros por ese quebrantamiento.

4º Establecer una suma indemnizatoria predeterminada por las partes que cubra a éstas de los incumplimientos de los deberes y obligaciones del árbitro (cláusula penal) por el incumplimiento de ese deber de confidencialidad.

La segunda vertiente de la responsabilidad civil del árbitro y de la institución arbitral permanente se corresponde con la **responsabilidad extracontractual** en la que se incurra por la ruptura de la confidencialidad o por la revelación de datos e información que afecte a terceros ajenos al proceso arbitral. Este tipo de responsabilidad no está prevista en el artículo **21.1 LA**, ni obviamente puede pactarse por las partes del proceso, sin embargo la existencia y la imputación de la responsabilidad extracontractual de los árbitros por el quebrantamiento del deber de confidencialidad aparece perfectamente configurada en el Código Civil español, en concreto en su artículo **1902**.

Más aún, examinando atentamente el citado artículo **21.1. LA**, se observa que en su segundo inciso el concepto genérico de perjudicado es fácilmente extensible a terceros que sin formar parte del convenio arbitral puedan considerarse dañados por las informaciones y datos emanados de unas concretas actuaciones arbitrales. Ahora bien, el precitado artículo **1902 CC** exige la concurrencia de tres requisitos para que la representación extracontractual por quebrantamiento del deber de confidencialidad pueda tener lugar. Estos requisitos son los siguientes:

1) Existencia de una conducta arbitral que puede ser lícita o ilícita. El primer caso ocurre cuando el árbitro no realiza acto antijurídico alguno, pero resulta dañado un tercero y/o ocasionalmente alguna de las partes, que no tienen por qué soportar el perjuicio sufrido sobre sus bienes, derechos o intereses al revelarse datos de una persona o de sus empresas. El segundo cuando la acción u omisión del árbitro causante del daño es antijurídica, al infringirse manifiestamente lo dispuesto en la Ley (p. ej. piénsese en la utilización indebida y consciente de datos personales de un tercero ajeno al arbitraje o la adopción de medidas cautelares que afecten a esos terceros).



2) Producción de un daño, que ha de recaer sobre bienes, derechos o intereses del perjudicado, y deben ser efectivos y reales (y por tanto no simples expectativas), evaluables económicamente y cuantificables en relación a un tipo de valor o moneda de curso legal y, por tanto, que pueda concretarse en numerario e individualizado con relación a una persona o grupos de personas (identificación del perjudicado). Siendo preciso manifestar que cabe la posibilidad de incluirse dentro del concepto genérico de daños, los daños morales (aquellos que recaen sobre la propia imagen o intimidad de la persona), con tal que éstos puedan ser también cuantificables o estén cuantificados<sup>(13)</sup>. La indemnización por los daños morales que puede irrogar el árbitro no es incompatible con la indemnización por perjuicios materiales, pero es lícito que los tribunales atiendan a la de mayor entidad (así, **SSTS de 9 de diciembre de 1949 y 7 de mayo de 1981**, por todas); de la misma forma ha procedido la doctrina del Consejo de Estado (**Dictamen de 6 de septiembre de 1989**).

3) Concurrencia de una relación de causalidad entre la conducta del árbitro y el daño causado. La conducta del árbitro ha de ser presupuesto habilitante inexcusable de la causación del daño inflingido al perjudicado. Este nexo de causalidad que ha de ser acreditado por quien reclama el daño sufrido, queda muchas veces al arbitrio judicial cuando procede valorar las condiciones en que se ha producido la concatenación de causa a efecto (por todas, **STS de 30 de diciembre de 1981**), pero siempre que la causa eficiente no sea de forma inequívoca originadora del evento dañoso (p. ej. **STS de 23 de septiembre de 1988**), en cuyo caso el arbitrio judicial debe quedar eliminado (**SSTS de 19 de junio de 1980 y 10 de marzo de 1987**).

Es conteste la doctrina y la jurisprudencia que en la responsabilidad extracontractual no basta con alegar por el presunto tercero afectado la realización de un acto en que intervenga o no culpa, sino que se exige la prueba cumplida de la realidad del perjuicio, a cargo precisamente del perjudicado, así como el alcance del daño ocasionado sea patrimonial o moral (vid **STS de 19 de septiembre de 1986**); esto quiere decir que el tercero afectado por datos o informaciones que le afecten personal o patrimonialmente

---

<sup>13</sup> Ya antes de que se promulgara la LO de 5 de mayo de 1982, sobre **protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen** (artículo 9, aptdo 3º), la jurisprudencia civil española había sido sumamente progresista al aceptarse la responsabilidad aquiliana y objetiva extrapatrimonial, por violación o lesión de bienes y derechos de la persona; así, **SSTS de 17 de febrero de 1956, 21 de enero de 1957, 26 de enero de 1972 y 8 de abril de 1980**, por todas.

(piénsese, p. ej., en derechos de propiedad industrial, competencia), tiene que asumir el *onus probandi* de que realmente ha sufrido un perjuicio y que el mismo además de estar individualizado tiene *per se* un contenido económico o moral gravoso para su persona, patrimonio o para sus derechos de la personalidad.

#### 4º

### **Responsabilidad penal y subsiguiente responsabilidad civil**

Además de la responsabilidad civil negocial o extracontractual que subyace en las actuaciones arbitrales por los daños o perjuicios que se hubiesen podido causar a las partes o a terceros por la revelación de datos, el árbitro puede también incurrir en responsabilidad penal derivada de difundir o dar publicidad de aquellas informaciones que se han conocido a través de las actuaciones arbitrales.

A este respecto, se ha de recordar una vez más, que el artículo **18.1 CE** consagra como derecho fundamental la intimidad, de esta forma se convierte la confidencialidad en un bien jurídico protegible al que el Derecho penal debe otorgarle la eficacia suficiente al tratarse de un derecho fundamental.

Y es así que, en efecto, el **Título X** del vigente **Código Penal**, que se rotula *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, y cuyo **capítulo primero** se denomina *Del descubrimiento y revelación de secretos*, resulta aplicable al árbitro y en su caso, a las instituciones arbitrales en alguno de sus preceptos.

Creo que no existe inconveniente en admitir que sea de aplicación al arbitraje el tipo genérico del artículo **197 CP**<sup>(14)</sup>. No así,

---

<sup>14</sup> 1. *El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.*

2. *Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.*

consideramos de aplicación el artículo **198 CP** porque está referido a autoridad o funcionario público, cuando es el caso de que el árbitro no reúne tal condición; condición que por otra parte aparece definida a efectos penales en el artículo **24 CP**.

Sin embargo, como tipo penal específico a la divulgación de secretos por parte de profesionales, sí entendemos de aplicación el artículo **199.2 CP**, cuando dice que *el profesional que con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.*

Como también puede ser de invocación como ilícito penal por revelación de datos e informaciones obtenidas durante las actuaciones arbitrales, el artículo **200 CP**, cuando tipifica que *lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos personales de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes.*

Conforme el artículo **201 CP**, para proceder por los delitos previstos en este Capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal; salvo que el descubrimiento y revelación de datos afecte a intereses generales o a una pluralidad de personas, pues en tal caso también cabe la denuncia por parte del Ministerio Fiscal.

---

*3. Se impondrá la pena de prisión de dos años a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.*

*Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.*

*4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.*

*5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.*

*6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo en su mitad superior. Su además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.*

Las consecuencias de la condena al árbitro por la comisión de un delito de revelación de datos según los tipos más atrás reflejados, comportan su **responsabilidad civil** tal como se desprende del artículo **116 CP**. En el bien entendido de que la responsabilidad civil derivada del delito incluye todos los quebrantos económicos sufridos por el perjudicado, que derivan de la revelación de datos o de la información que haya sido sancionada como ilícito de forma firme por el juez. Esta responsabilidad puede ventilarse en un proceso civil independiente, una vez obtenida sentencia penal condenatoria o bien en el propio proceso penal.

En caso de que se trate de un Colegio arbitral, la responsabilidad civil derivada del delito es **solidaria**, excluyéndose la responsabilidad de aquel árbitro que haya hecho constar su voto particular, manifestado su desacuerdo con la conducta delictiva en cuestión o que haya denunciado la misma. Por su parte, la institución arbitral responde solidariamente, conforme lo establecido en el artículo **21.1 LA**.

Debe aclararse que no cabe, a nuestro juicio, la responsabilidad civil subsidiaria de la institución arbitral, porque al amparo del artículo **120.4 CP**, el árbitro no es dependiente o empleado de la misma, y ésta no se dedica a comercio alguno.

## 5º

### **Responsabilidad disciplinaria y corporativa**

Mediante la responsabilidad disciplinaria del árbitro, éste puede resultar sancionado por la institución arbitral a la que se encuentre afecto como tal o bajo cuyo amparo haya realizado el arbitraje. Es una responsabilidad interna, que se da *ad intra* entre institución arbitral y el árbitro o árbitros. En este sentido, el artículo **14.2 LA** dispone que *las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos*.

Ahora bien, para que tenga lugar la responsabilidad disciplinaria del árbitro es necesario que ésta esté expresamente establecida en los reglamentos y/o estatutos arbitrales. Además de ello, deben concurrir una serie de requisitos.

El primero de ellos es que esos estatutos o reglamentos de la asociación o corporación arbitral tipifiquen como infracción la

revelación de datos y el quebrantamiento de la confidencialidad. Asimismo, debe estar nítidamente tipificada la sanción correspondiente, bien como muy grave, grave o leve. Debe existir también una proporcionalidad entre la infracción cometida y la sanción a imponer.

Como segundo requisito, se ha de señalar que los estatutos y/o reglamentos de la asociación o corporación deben prever un procedimiento específico para sancionar al árbitro con pleno respeto a los principios de audiencia y defensa del mismo, separando la fase instructora de la decisora. El órgano estatutario decisor deberá dictar la resolución de forma motivada, que será susceptible del correspondiente control jurisdiccional.

En tercer lugar, cabe la posibilidad de que se imponga al árbitro por la revelación de datos que impliquen quebrantamiento de la confidencialidad, una sanción penal y una sanción disciplinaria. Esto último no es contrario al principio axilar del derecho sancionatorio *non bis in idem*, ya que las dos normas, la penal y la estatutaria, tutelan intereses o bienes jurídicos diferentes: en los juzgados penales le impondrían una pena porque su conducta es reprimible desde el punto de vista de la sociedad, mientras que la asociación reflejaría esa falta de idoneidad del árbitro para formar parte de su lista de árbitros. Es una responsabilidad interna, que incluso no tiene por qué tener publicidad más allá de los límites de la asociación.

Por último, dentro de la responsabilidad disciplinaria por quebrantamiento de la responsabilidad del árbitro, cabe plantearse la posibilidad de una segunda vía: la **responsabilidad corporativa**. Me refiero a la responsabilidad disciplinaria que le viene exigida a todo profesional colegiado en virtud del Colegio Profesional al que se encuentra adscrito, siempre que tal conducta esté tipificada como sancionable en los Estatutos del Colegio correspondiente y/o en sus códigos deontológicos ; así, p. ej., en el Estatuto General de la Abogacía española, se recoge la confidencialidad como un deber de los colegiados y en el Código Deontológico de la Abogacía española, se establece como principio fundamental de las normas éticas de conducta el mantenimiento del secreto profesional (**2.1**).

#### **IV**

#### **Límites de la confidencialidad en el arbitraje: Divulgación del laudo y transparencia del interés público**

Por mucho que la confidencialidad sea uno de los pilares de la institución arbitral y un elemento para su fomento, debe admitirse que en la práctica la confidencialidad en el arbitraje tiene sus propios límites. Por un lado, se tendría la divulgación del laudo como factor desencadenante del conocimiento de las actuaciones arbitrales y de los datos e informaciones aportadas por las partes en las actuaciones; además de poner en conocimiento la controversia y las alegaciones formuladas por los litigantes, amén del contenido resolutorio de la controversia<sup>15</sup>).

Se suele sentar como principio general el que las partes respetaran la confidencialidad del laudo y que éste solo podrá divulgarse a terceros cuando las partes en el procedimiento lo autoricen. Ahora bien, en el dominio del arbitraje doméstico es frecuente impugnar el laudo con fundamento en alguno de los motivos tasados por las legislaciones internas; también, con alguna frecuencia, las partes o al menos una de ellas, suelen solicitar la protocolización del laudo, por mucho que este requisito formal haya sido levantado en la práctica totalidad de las leyes internas de arbitraje; es evidente que la protocolización al recogerse en documento público facilita la ejecución del fallo del laudo y convierte a este en un instrumento formal oponible *erga homines*.

Ciertamente que en legislaciones como la española el notario autorizante de la protocolización del laudo en instrumento público viene obligado a formular la advertencia de que la escritura a la que se incorpora el laudo y los datos recabados para la redacción de esa escritura, forman parte de los ficheros existentes en la notaría y que los datos así obtenidos serán tratados y protegidos según la **Legislación Notarial y la Ley Orgánica 15/1999**, de 13 de diciembre, de **Protección de Datos**, pudiendo el titular de dichos datos ejercer sobre los mismos los derechos de información, rectificación y cancelación según esa Ley.

Sin embargo lo cual, una vez que el laudo es impugnado ante los órganos jurisdiccionales competentes, háyase o no protocolizado el laudo, éste puede devenir en público conocimiento dado que se sitúa en una esfera que está más allá de la propia privacidad con la que se inició y terminó el arbitraje. Pues, una vez que el laudo es objeto de impugnación –en el ordenamiento español ante la

---

<sup>15</sup> La CCI de París suele publicar una Guía de laudos arbitrales para el conocimiento y manejo de abogados y árbitros.

Audiencia Provincial y por alguno de los motivos a que se refiere el artículo **41 LA 2003**- se ve sometido al correspondiente proceso estatal con audiencia pública incluida, lo cual hace que la confidencialidad, fuese ésta pactada o no, o legalmente exigida, entrará en irremediable crisis. Esto último es más notorio en aquellas legislaciones, como es el caso de la española, donde no cabe la previa renuncia convencionalmente acordada por las partes de la acción de anulación, por considerarse que tal pacto resulta contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a que se refiere el artículo **24.1 CE**.

Es cierto que el proceso judicial estatal de control jurisdiccional del laudo, se limita a examinar la regularidad formal de este último y no a datos y documentos adicionales que las partes hayan aportado durante las actuaciones arbitrales; pero en la medida en que éstos aparezcan reflejados en el laudo o incluso si no apareciesen reflejados en el laudo, la parte impugnante de éste lo propusiera como prueba ante el órgano judicial encargado de resolver la impugnación, la confidencialidad entraría también en este caso en franca crisis por la propia publicidad y oralidad que rigen los procesos estatales.

Algo parecido puede ocurrir con la ejecución forzosa del laudo ante los órganos jurisdiccionales competentes (artículos **517.3º LEC y 44 y 8.4 LA**). Sin embargo este caso puede paliarse por las partes si pactan en el convenio arbitral una cláusula penal disuasoria, en evitación de tener que acudir a los juzgados para ejecutar el laudo firme.

El segundo límite de la confidencialidad de las actuaciones arbitrales y del laudo resultante de la mismas, lo constituye el **interés público**. Aunque no exista un concepto universalmente admitido sobre lo que constituye la expresión "interés público", se puede convenir que por tal se entiende todo aquello que afecta a los ciudadanos como partes inherentes de una colectividad sobre la que planean intereses generales, y que, por tanto, éstos tienen derecho a conocer como sujetos libres de una sociedad democrática, salvo en el supuesto de que esos datos de interés público estén clasificados como secretos oficiales.

Pero fuera de ese estricto ámbito, los poderes públicos están obligados a informar de aquellas controversias y litigios que afecten al interés público. Fácilmente es colegible que este límite de la

confidencialidad se ha planteado más, por no decir casi en exclusiva, en los arbitrajes comerciales y de inversiones internacionales en los que es parte el propio Estado o un organismo público debido a que esos sujetos no pueden tener zonas de opacidad ni ser inmunes a la transparencia pública. Por el contrario, dado el escaso desarrollo del arbitraje administrativo en el ámbito del Derecho interno, en el que el Estado sigue ostentando la condición de *potentior personae*, la utilización del arbitraje es escasa o nula, el dilema de la confrontación entre confidencialidad e interés público apenas se presenta. Cuestión que sí se ha suscitado con alguna frecuencia en el arbitraje comercial internacional.

En consecuencia, centrándonos en el arbitraje comercial internacional, la defensa del interés público se ha levantado como límite insoslayable de la confidencialidad en los arbitrajes en los que interviene el Estado y sus organismos públicos. En este ámbito la confidencialidad en el proceso arbitral deja de ser un valor absoluto para relativizarse en función de la valoración que deba darse al interés público y de la especialidad del arbitraje de que se trate. Así, en el caso **ESSO AUSTRALIA RESOURCES c/ HONOURABLE SIDNEY JAMES PLOWMAN**, la conclusión del tribunal australiano fue que dado que en el arbitraje intervenía el Estado australiano, la confidencialidad no podía considerarse un atributo fundamental y que debía prevalecer *el interés legítimo del público en obtener información relativa a los asuntos de las autoridades públicas*<sup>(16)</sup>

A casi idéntica solución se llegó en los casos de **COCKATOO DOCKYARD**, en el que se planteó la incompatibilidad de exigir un "alto nivel de confidencialidad" con el "derecho a saber del público", dado el evidente interés público que encerraba el laudo recaído en ese arbitraje, realizado de acuerdo con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)<sup>(17)</sup>; y de **AMCO c/ REPÚBLICA DE INDONESIA**, aunque en este último arbitraje las reglas que se siguieron fueron las del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)<sup>(18)</sup>.

En el arbitraje internacional **LOEWEN and LOEWEN CORPORATION c/ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**, sustanciado

---

<sup>16</sup> **ESSO AUSTRALIA RESOURCES c/ HONOURABLE SIDNEY JAMES PLOWMAN** (1995) 183 CLR10. Fuente **REDFERN, HUNTER, BLACKABI, PARTASIDES**, *Law practice of international commercial arbitration*, 4ª ed., pág. 94.

<sup>17</sup> **ROGERS y MILLER**, *Non Confidential arbitration proceedings* (1996), *Arbitration international*, Vol. 12, no 3, pág. 343; y **CHÁVEZ BARDIALES**, ob. cit. pág. 6.

<sup>18</sup> **REDFERN, HUNTER, BLACKABI, PARTASIDES**, ob. cit., pág. 95.



con arreglo a las reglas TLCAN, el Gobierno estadounidense solicitó que todas las presentaciones, así como las actas de las actuaciones orales, se consideraran abiertas y disponibles al público, dado el interés público que subyacía en ese arbitraje<sup>19</sup>).

El control jurisdiccional de los laudos, de una parte y la revelación pública de los datos suministrados en los arbitrajes comerciales e internacionales en los que es parte el Estado o un organismo público dependiente del mismo, ha hecho que por vía de Internet y otros medios se haya dado una publicidad *urbis et orbe* a esos arbitrajes; creando una **crisis sin precedentes en la confidencialidad** de la institución arbitral. Por tal motivo y para preservar la confidencialidad como elemento configurador del arbitraje, algunos reglamentos arbitrales que guardaban silencio sobre la confidencialidad han sido modificados con el único propósito de imponer a las partes un deber de confidencialidad que garantice la privacidad de cuantos datos e información se alegue o se aporte en esos arbitrajes. Así, cabe citar el **Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA)**, en vigor desde el 1 de enero de 1998, en cuyo artículo **30** se recoge lo siguiente: “*30.1. Salvo acuerdo por escrito expreso en contrario de las partes, éstas, como principio general, se comprometen a mantener la confidencialidad de todos los laudos dictados en el curso del arbitraje, así como la de toda la documentación obrante en el procedimiento y la de cualesquiera otros documentos presentados por otra parte litigante que no sean de dominio público, salvo y en la medida en que su revelación sea consecuencia de la solicitud de una parte en ejercicio de su legítimo derecho para perseguir o proteger cualquier derecho o ejecutar o recurrir cualquier laudo de buena fe ante un juzgado competente o ante cualquier otra autoridad judicial. 30.2. Asimismo, las deliberaciones del Tribunal Arbitral son confidenciales entre sus miembros, salvo y en la medida en que, de conformidad con los artículos 10, 12 y 26 en este Reglamento, se requiera su revelación de los miembros del Tribunal Arbitral para justificar el rechazo de un árbitro a participar en el arbitraje. 30.3. La Corte de la LCIA no publica –ni total, ni parcialmente– ningún laudo sin el previo consentimiento de todas las partes y del Tribunal Arbitral”.*

De la misma forma, el **Reglamento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)**, recoge, como ya se dijo más atrás, en sus artículos **73 a 76** un triple ámbito de confidencialidad para los arbitrajes que se sustancian bajo esas

---

<sup>19</sup> Vid fuente indicada, **REDFERN y otros**, ob. cit., pp. 95 y 96..

reglas. En primer lugar, deber de las partes a mantener la *confidencialidad sobre la existencia misma del arbitraje*; en segundo lugar, se asume la *confidencialidad de la información divulgada durante el arbitraje*. Es decir, en ambos casos se trata de establecer una reserva del material o información que se haya aportado por las partes al proceso, incluidas las pruebas, consistan éstas en documentos o testigos, exigiendo a estos últimos el deber de mantener el mismo grado de confidencialidad que se exige a las partes, en otro caso se le exigirá la responsabilidad correspondiente. Y en tercer lugar, se establece entre las partes un deber de confidencialidad *respecto al laudo*; en cuya virtud solo podrá divulgarse éste a terceros cuando expresamente lo autoricen las partes o se trate de un asunto de dominio público o sirva la divulgación para proteger los derechos jurídicos de una parte.

Y, asimismo, y sin ánimo de hacer una cita extensa, el **Reglamento de Arbitraje Suizo**, en vigor desde el 1 de enero de 2004, contiene una disposición general sobre la confidencialidad en los laudos y resoluciones, así como del material presentado durante el proceso, a menos que exista un deber legal de revelar la información obtenida durante las actuaciones arbitrales<sup>(20)</sup>.

Por mucho que se insista en los reglamentos arbitrales, el blindaje absoluto de la confidencialidad no podrá levantarse como barrera infranqueable en los arbitrajes en los que el Estado sea parte y en los que subyazca un manifiesto interés público, pues si éste es legítimo y demostrable su existencia para la colectividad ha de tener relevancia suficiente como para limitar la confidencialidad.

---

<sup>20</sup> Casi en idéntico sentido, como ya ha quedado reflejado más atrás, se pronuncia la Cámara Arbitral de Milán.