

REVISTA EL FORO



Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica

ARBITRAJE

CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN
CAM-CR

CENTRO IBEROAMERICANO
DE ARBITRAJE CIAR

EDICIÓN NÚMERO 17

Edición especial: Centro de Arbitraje y Mediación CAM-CR

Revista Semestral, Junio 2015

ISSN 1659 - 1496



REVISTA EL FORO

Edición No. 17
Revista del Colegio de
Abogados y Abogadas.

San José, Costa Rica
Junio, 2015



Director

M.Sc. Eduardo Rojas Sánchez.
Edición Especial CAM-CR.

Directora del Centro de Arbitraje
y Mediación CAM-CR
M.Sc. Laura Carmiol

Consejo Editorial

MSc. Eduardo Calderón Odio*
MSc. José Pablo Alvarado Cascante*
Dra. Ericka Hernández Sandoval*
Licda. Gabriela Badilla Zeledón*
MSc. Edgar Castrillo Brenes*
Licda. Vanessa Quesada Córdoba*

Asesoría Editorial

Departamento de Comunicación
del Colegio de Abogados y Abogadas
de Costa Rica

Impresión

Ofiprinte Comercial MB S.A

Colegio de Abogados y Abogadas
de Costa Rica

Teléfono 2202-3648

www.abogados.or.cr

De la Rotonda de las Garantías Sociales
200 metros al oeste y 100 metros al norte
Zapote, San José, Costa Rica

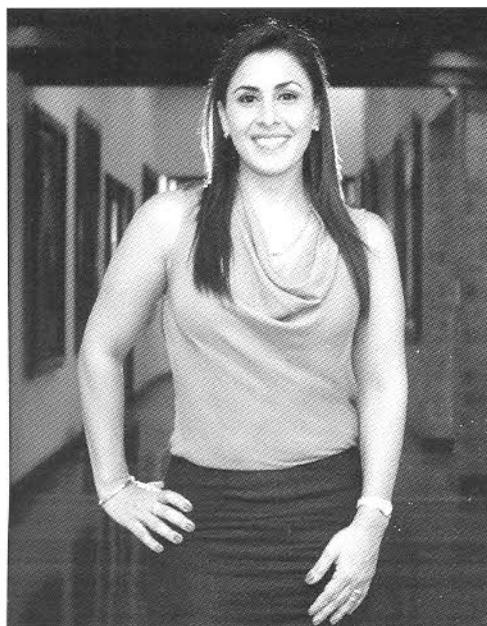
*Integrantes del Colegio
de Abogados y Abogadas de Costa Rica

SUMARIO

9. Arbitrajes más Efectivos y Eficientes
Alberto Pauly
19. Los Lineamientos de la Iba Sobre El
Comportamiento de los Abogados de
Parte en el Arbitraje Internacional.
Una Reseña para Costa Rica.
Andrea Hulbert
29. Los Comités de Disputas.
Su Aplicación en Costa Rica.
Msc. Christian Díaz Barcia
43. Procesos Constitucionales Y Procesos
Arbitrales ¿Agua Y Aceite?
Dr. Francisco González de Cossío
59. El Concepto de Arbitraje Comercial
Internacional
José Rafael Fernández Quesada
71. La Deseable Transición del “Reenvío” a la
“Remisión” en el Arbitraje Costarricense
M.Sc. Mauricio París
81. Arbitrio Pericial y Arbitraje Técnico
Dr. Roberto Yglesias Mora

Mensaje Editorial

Editorial



Desde el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, como ejercicio histórico se ha procurado ofrecer a la comunidad gremial una visión periódica del estudio jurídico desde la óptica de profesionales de reconocida trayectoria, es por ello, que en esta oportunidad mediante mi función de dirección dentro del Centro de Arbitraje y Mediación CAM-CR, nos sentimos orgullosos de presentar en esta oportunidad en la Revista el Foro; una pincelada de temas de actualidad sobre el Arbitraje.

Costa Rica trabaja con un sistema normativo dual en materia arbitral, donde La Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727, aprobada en 1997 rige la materia a nivel nacional y la Ley de Arbitraje Internacional, número 8937, basada en la Ley Modelo de UNCITRAL se aprobó en el año 2011.

En el campo del Arbitraje, su práctica supone una especialización inherente a la responsabilidad y ética de los abogados y abogadas que intervienen en el proceso, sea como abogados de parte o como árbitros ya que para la correcta aplicación de este mecanismo es necesario un estudio de la normativa vigente en temas de fondo así como arbitral.

El Centro de Arbitraje y Mediación CAM-CR del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, ofrece sus servicios desde el año 2011 donde nuestro principal objetivo es brindar servicios de calidad y eficientes, cobijados en la ética de las actuaciones. El Centro cuenta con mecanismos que son especializados para que los abogados puedan ofrecer a sus clientes una solución más ágil a los conflictos legales que los aquejan, elevando los niveles de satisfacción de sus clientes por la experiencia vivida, al ser procesos de corta duración y totalmente confidenciales. Es en este tipo de procedimientos, donde se le permite a las partes ser protagonista de primera fila de su propio proceso, devolviéndoles la responsabilidad de su solución y donde en un plazo razonable pueden estar seguras de que su situación jurídica encuentra respuesta.

Cabe mencionar que el Centro de Arbitraje y Mediación CAM-CR del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica está ubicado en la Sede Central del Colegio de Abogados y Abogadas en Zapote. Cuenta con cinco modernas salas de mediación y una de arbitraje, todas debidamente equipadas y con las condiciones óptimas y modernas para el desarrollo de los procesos, acorde al siglo XXI.

Es importante destacar que el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica es desde marzo 2015 la Sede de la Presidencia del Centro Iberoamericano de Arbitraje, CIAR, con el apoyo y coordinación del Centro de Arbitraje y Mediación CAM-CR.

Es así, como nuestra intención es poner a disposición de los lectores en esta edición siete artículos correspondientes a temas de arbitraje.

El primer artículo escrito por el Licenciado Francisco González de Cossío, único abogado extranjero en esta entrega, que nos expone sobre "Procesos Constitucionales y Procesos Arbitrales: ¿Agua y Aceite?", por este medio el autor nos plantea los grandes rasgos de diferencias entre estas dos y como no pueden mezclarse entre sí. En el segundo artículo José Rafael Fernández, nos muestra un panorama amplio y general del arbitraje el cual es titulado "La Noción del Arbitraje". El tercer autor, es el Licenciado Alberto Pauly, y en su artículo "Arbitrajes Más Efectivos y Eficientes", nos explica todas las grandes ventajas que poseen estos procesos en Costa Rica. El cuarto artículo está redactado por el Máster Mauricio Paris, que nos habla de un polémico tema el cual es titulado "La deseable transición del "reenvío" a la "remisión" en el arbitraje costarricense." En el quinto artículo, la Licenciada Andrea Hulbert nos deleita con su artículo denominado "Los lineamientos de la IBA sobre el comportamiento de los abogados de parte en el arbitraje internacional". El Máster Christian Díaz Barcia, en el sexto artículo de este ejemplar, nos habla de los "Los Comités de Disputas", además de su aplicación en Costa Rica.



En el sétimo y último artículo de la revista, el Doctor Roberto Yglesias Mora, nos presenta un estudio sobre las diferencias entre lo que constituye un árbitro pericial y el arbitraje técnico como proceso jurisdiccional, el cual es titulado "Árbitro Pericial y Arbitraje Técnico."

Esperamos que esta entrega sea de su agrado y permita abrir un debate en temas que en otras latitudes están ya resueltos, o en otros casos mostrar pautas deseables para la conducción de este mecanismo que sin duda, vino para quedarse.

Finalmente solo me resta agradecer a los autores dado que su aporte hace posible el crecimiento de nuestra ciencia social y por su puesto a los lectores.

M.Sc. Laura Carmiol

Directora, CAM-CR del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica

Coordinadora CIAR, Centro Iberoamericano de Arbitraje

direccionrac@abogados.or.cr



ARBITRAJES MÁS EFECTIVOS Y EFICIENTES

Alberto Pauly
Licenciado en Derecho
Socio en EXPERTIS GHP Abogados

Resumen

En el presente artículo se analiza el incremento de la duración y el costo que a través del tiempo ha venido sufriendo el arbitraje comercial internacional, se hace relación a las medidas propuestas por la ICC para tratar de contrarrestar esa tendencia y se hacen propuestas puntuales de medidas adicionales que el autor considera necesario implementar para lograr ese objetivo. Entre tales propuestas sobresale el uso intensivo de recursos tecnológicos que, bien administrados, sin duda conducirían a un ahorro de tiempo y dinero, en beneficio principalmente de las partes en conflicto, aunque también del arbitraje como institución. Dar una adecuada solución a estos aspectos (duración y costo) es importante para contrarrestar una cierta tendencia a rechazar el arbitraje como medio de solución de controversias.

Palabras Clave: Arbitraje – Costo – Duración - Eficiencia – Tecnología

Resume

This article analyzes the increase in duration and cost that, through time, has been affecting international commercial arbitration. It references the measures that the ICC proposed in order to address these tendencies and makes concrete proposals of additional measures that the author considers necessary to implement in order to accomplished that goal. Among the proposals, the intensive use of technological resources is highlighted. Such measures, if properly implemented, will certainly result in time and cost savings that would benefit not only the parties in conflict but arbitration

as a whole. It is important to find a proper solution to these two issues (duration and cost) in order to counteract a certain trend of rejecting arbitration as a way of solution of conflicts.

Key Words: Arbitration – Cost – Duration – Efficiency - Technology

Justificación

Durante las últimas décadas, el arbitraje se ha consolidado en una manera cada vez más utilizada de resolver conflictos de carácter comercial, tanto a nivel doméstico como internacional. El fenómeno de la globalización no ha sido ajeno a esa tendencia sino que, más bien, la ha estimulado, habida cuenta de la mayor internacionalización de los negocios, no solo relacionados con el intercambio de bienes y servicios, sino también con inversiones cuantiosas y de alto riesgo, que hacen que las partes involucradas busquen formas más efectivas y ágiles de solucionar los conflictos que surgen de tales relaciones.

Esa internacionalización de los negocios y de los medios de solución de conflictos, como el arbitraje, también ha ocasionado una mayor sofisticación de los procedimientos, tanto por las distintas corrientes jurídicas que procuran trasladar sus usos procesales al arbitraje internacional, como por el hecho de haberse generado alrededor de esa demanda una verdadera industria de servicios¹, generando a través

¹ En tal sentido, Lord Mustill, citado por A. López de Argumedo Piñero y J.C. González Arango en "El Nuevo Reglamento de Arbitraje

de los años un paulatino y constante aumento del tiempo que tardan los procesos y los costos a ellos aparejados, lo que ha sido visto con preocupación por los expertos y sectores interesados en el arbitraje.

Ambos problemas (duración y costo) están íntimamente ligados, en el tanto un procedimiento más complejo toma más tiempo en desarrollarse y ocasiona mayores erogaciones que deben ser sufragadas por las partes en conflicto.

Así las cosas, para simplificar los procedimientos y evitar incurrir en costos mayores de los necesarios, se requiere una participación colaborativa de todas las partes involucradas: instituciones que administran los procesos, árbitros, partes en conflicto, abogados, autoridades judiciales y administrativas competentes y hasta centros de enseñanza que forman a los abogados que actúan como árbitros o como consejeros de parte.

Trataremos de compilar en este ensayo la forma en que cada uno de esos actores puede contribuir a ese propósito.

Contexto

Instituciones que administran procesos

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha sido consciente del problema y proactiva en la búsqueda de soluciones al respecto. Estadísticas de la CCI con referencia a procesos cuyo laudo se dictó entre 2003 y 2004 muestran la siguiente distribución de costos en un arbitraje²:

Costos incurridos por las partes en presentar su caso (comprende honorarios y gastos de abogados, gastos relativos a pruebas testimoniales y periciales, otros costos incurridos a excepción de los que se indican a continuación)	82%
Honorarios Y gastos de los árbitros	16%
Gastos administrativos de la CCI	2%

No conozco un estudio similar en Costa Rica y dada la poca cantidad de arbitrajes comerciales internacionales celebrados en el país, seguramente la totalidad de ellos ad-hoc, no me parece posible tener por ahora información al respecto, aunque uno podría asumir que no habría mucha diferencia.

A mediados de la primera década de este siglo, la CCI conformó un grupo de trabajo liderado por Yves Derains y Christopher Newmark, cuya tarea consistió en sugerir técnicas que pudieran ser utilizadas para controlar el tiempo y los costos en el arbitraje, produciendo un informe que identifica distintas medidas que pueden ser adoptadas en cada etapa del proceso para lograr ese propósito³. El informe sirvió de base, a su vez, para el trabajo de una comisión de la ICC que a partir de 2008 se conformó con la tarea de: "a) estudiar todas las sugerencias recibidas de los Comités Nacionales, miembros de la CCI, usuarios del reglamento, miembros de la Corte de Arbitraje y miembros del Secretariado; b) determinar si una reforma del reglamento era útil y necesaria; y c) hacer todas las recomendaciones que considerara necesaria para la reforma del reglamento"⁴. Producto de esos esfuerzos, la CCI promulgó un nuevo Reglamento de Arbitraje que entró a regir el 1° de enero de 2012 y contiene sustanciales mejoras encaminadas a reducir el tiempo y los costos de los procesos.

de la CCI: Hacia un Arbitraje más Eficiente y Menos Costoso". SPAIN ARBITRATION REVIEW N° 13/2012, Pág. 23.

2 CCI, Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje, 2008. Pág 11.

3 Idem

4 A. López de Argumedo Piñeiro y J.C. González Arango en "El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI: Hacia un Arbitraje más Eficiente y Menos Costoso". SPAIN ARBITRATION REVIEW N° 13/2012, Pág. 23.



No voy a reproducir aquí, porque sería ocioso, todas las recomendaciones que contiene el informe denominado Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje, pero sí mencionaré algunas de ellas que considero de gran utilidad para tener en cuenta en los arbitrajes internacionales que se tramiten en cualquier otra institución que presta el servicio de administrarlos.

En Costa Rica, el arbitraje internacional ha sido muy escaso hasta ahora, posiblemente por la carencia de una legislación procesal apropiada que generara confianza para tenerlo en cuenta como sede. Sin embargo, a raíz de la aprobación de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional (la Ley)⁵ en abril de 2011, las condiciones empiezan a cambiar para que, si el Gobierno de la República y los centros de arbitraje establecidos asumen el reto que implica implementar una estrategia de atracción de arbitrajes –al menos– en la región centroamericana, el Caribe y parte de Sur América, Costa Rica pueda desarrollarse como una sede atractiva para arbitrajes comerciales internacionales⁶.

La Ley está basada en la Ley Modelo de UNCITRAL, de manera que el procedimiento que propone no es ajeno a las prácticas más conocidas en el mundo moderno. Aún así, la Ley no contiene muchas de las técnicas sugeridas por la CCI. Esto no necesariamente es un gran obstáculo, habida cuenta de que en la mayoría de los casos, las partes adoptan el Reglamento de Arbitraje de la institución que administra el proceso, de modo que es principalmente en estos cuerpos normativos, mucho más fáciles de modificar que la Ley, que se pueden implementar esas mejoras.

5 Ley N° 8937 de 27 de abril de 2011, publicada el 25 de mayo de 2011

6 Ya se ha hablado y escrito algo sobre el tema, pero se requiere más que eso. No basta la aprobación de la Ley, sino que deben mejorarse muchas otras cosas e involucrar a muchas instituciones, públicas y privadas, para lograr un resultado exitoso. La cuestión radica en saber quién tomara la iniciativa.

El único Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional que conozco hasta ahora en Costa Rica es el del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA), publicado en abril de 2012, de modo tal que será al único que me refiera en estos comentarios (el Reglamento).

El Reglamento del CCA se inspira también principalmente en la última revisión (2010) del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, así que tiene características similares a la Ley. Ya incorpora, directa o indirectamente, algunas de las técnicas sugeridas por la CCI, pero, en mi opinión, el Reglamento debe ser revisado para corregir las siguientes cuestiones:

1. Tecnología

Si bien en algunas normas atinentes a la recepción de prueba testimonial o pericial se menciona expresamente la posibilidad de utilizar medios no presenciales, como la videoconferencia⁷, en general, el tema de la tecnología está ausente en el Reglamento. Es claro que los arbitrajes internacionales, cuyos participantes (árbitros, partes, abogados) normalmente residen en ciudades y países diferentes, pueden beneficiarse mucho del uso de medios electrónicos y digitales para la comunicación de escritos, gestiones y resoluciones, aunque para ello se requiere que los centros de arbitraje tengan una plataforma tecnológica capaz de recibir, procesar, almacenar y trasladar los documentos. Esa plataforma tecnológica requiere principalmente de un software que de manera segura reciba, ordene y envíe las comunicaciones, ya que para su almacenamiento “en la nube” existen en el mundo múltiples opciones relativamente baratas y con alto grado de seguridad, mucho mayor que el que cualquier centro de arbitraje por sí solo podría pretender.

A estas alturas del desarrollo tecnológico, es innecesario un expediente físico, salvo tal vez para algunas diligencias menores. Tanto los escritos de

7 Vid Arts. 25(4) y 27(2)

las partes como las resoluciones del tribunal arbitral pueden ser elaborados y firmados digitalmente. Los documentos que aporten las partes como prueba serían escaneados y agregados al expediente digital y solo sería necesario cotejarlos cuando exista solicitud de una parte, que deberá correr con los costos que ello conlleve, a menos que del cotejo resulte falsedad total o parcial del documento digital y se trate de un documento que incida en el resultado del proceso, caso en el cual el tribunal arbitral deberá condenar a la parte que lo aportó el pago de las costas ocasionadas con el cotejo.

En caso de ejercer un recurso de nulidad o de apelar alguna de las resoluciones en cuya decisión deba intervenir la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, nada impide, en mi criterio, que el recurso como tal se sustancie en un expediente físico y que se otorgue acceso a los magistrados al expediente digital o bien se les entregue una copia digital.

Sin duda alguna, el uso preferente de recursos tecnológicos en el desarrollo del proceso arbitral reduciría sustancialmente los costos, haciendo innecesarias (salvo casos excepcionales) las audiencias con presencia física (costos de viaje, alojamiento y alimentación de árbitros, abogados, testigos y personal de apoyo), y reduciendo notablemente el costo de papel y otros materiales de impresión, así como el courier para envío de documentos al Centro, a los árbitros y a los abogados. Incluso los videos de las audiencias deben poder consultarse en el expediente digital, eliminando la necesidad de costosas transcripciones, salvo que una parte lo pida y corra con el gasto.

2. Uso de papel en exceso

El artículo 2(1) del reglamento del CCA obliga a presentar los escritos, los documentos y las copias de estos en papel y un soporte digital. Deben aportarse copias para cada parte, para cada árbitro y para el CCA.

Esta ha sido, hasta ahora, la constante en el arbitraje comercial internacional. Se habla de camiones completos con cajas de documentos que forman un expediente inmanejable, que obliga a las partes a incurrir en enormes gastos de fotocopiado, compaginación y traslado de la documentación. Debe ponerse fin a este despilfarro, no solo por el costo que ello implica para el arbitraje comercial internacional, sino también para la sociedad como un todo, porque ya sabemos el costo ambiental que tiene cada hoja de papel que imprimimos. Esto vale igualmente para los arbitrajes domésticos.

Este aspecto tiene que ver con el uso de tecnología a que me referí en el aparte anterior, pero lo menciono porque es una norma expresa del Reglamento que debe ser reformada, una vez que el CCA cuente con una plataforma capaz de administrar los expedientes digitales con seguridad y eficiencia.

3. Decisión sobre cuestiones de procedimiento

Al igual que el reglamento de UNCITRAL, el Reglamento de la CCA faculta al presidente del tribunal arbitral a decidir sobre cuestiones de procedimiento, pero –agrega–, “a reserva de una eventual revisión por el tribunal arbitral”. Esta reserva, que no está en la Ley, me parece innecesaria y conflictiva, en el tanto puede producir discusiones innecesarias entre los árbitros y puede inducir a las partes a ejercer presiones indebidas sobre los otros dos árbitros para que cuestionen las decisiones del árbitro presidente, causando demoras innecesarias en el proceso. Si se faculta al presidente del tribunal arbitral a decidir con respecto a cuestiones de procedimiento, se asume que se relacionan únicamente con aspectos de mero trámite que no inciden en temas de fondo y, por ello, no deben ser motivo de mayor controversia.

Opino, por eso, que debe eliminarse esa reserva.



4. Sanciones a las partes

Entre las técnicas recomendadas por la CCI para evitar demoras y gastos innecesarios, está la carga imperativa de las costas procesales y personales de las actuaciones de una parte que, a juicio del tribunal arbitral, sean meramente dilatorias, incluyendo el diligenciamiento de medios de prueba excesivos o que no tengan una importancia decisiva en el resultado del proceso.

“La distribución de la carga de los costos puede ser un medio útil para propiciar un comportamiento eficaz y desalentar una conducta procesal poco razonable. El tribunal arbitral es libre de asignar los costos de la manera que le parezca más apropiada. Puede ser útil precisar al inicio del procedimiento que el tribunal arbitral en el ejercicio de su libre apreciación en cuanto a la distribución de la carga de los costos tomará en cuenta las actitudes poco razonables de las partes”⁸.

Para que sean efectivas, estas sanciones deben estar expresamente previstas en el Reglamento, dando pautas a los árbitros para decidir con respecto a la distribución de las cargas del proceso. Por eso considero necesario incluirlas en el Reglamento del CCA.

5. Plazo para laudo. Sanciones a los árbitros

Conviene establecer en el Reglamento, sin perjuicio de lo convenido por las partes, un plazo razonable para laudo contado a partir de la finalización de la etapa instructiva del proceso, susceptible de ser ampliado en casos excepcionales debidamente justificados. El incumplimiento del plazo para laudo debe aparejar sanciones para el árbitro o árbitros responsables de la demora, tales como una reducción de sus honorarios proporcionalmente al tiempo en exceso que tomaron para emitir el laudo.

Árbitros

De los árbitros depende en gran medida el que un arbitraje tarde más tiempo y sea más costoso. La ponderación de la naturaleza del proceso, el estudio temprano del caso, la elaboración de un calendario realista y el compromiso de cumplirlo, así como el rigor en la aplicación de las técnicas que se sugieren para controlar el tiempo y los costos, son aspectos que dependen principalmente de la actitud y las decisiones de los árbitros. El Reglamento los faculta para dirigir el proceso con criterios amplios de discrecionalidad y en su artículo 14(1) dispone que “[e]n el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz de la controversia entre las partes”. Conviene que el Centro recuerde con frecuencia esta norma a los árbitros y puede que convenga verificar si es necesario reforzar esta conducta con la inclusión de otras normas reglamentarias.

También es un aspecto relevante, al momento de su nombramiento, la disponibilidad del árbitro para atender con prontitud las obligaciones de su cargo, como bien lo señala el Reglamento en su artículo 7(1).

Tanto el Centro como las partes deben esforzarse por nombrar árbitros competentes, comprometidos con su función y conocedores de la materia del conflicto y de las normas procesales que rigen el arbitraje comercial internacional. Y deben los árbitros ponderar su idoneidad con franqueza a la hora de decidir si aceptan el nombramiento.

PARTES EN CONFLICTO

Las partes deben preocuparse por contratar abogados experimentados en el manejo del procedimiento arbitral, para evitar que los costos del

⁸ CCI, Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje, 2008. Pág 44.

aprendizaje influyan en el costo del arbitraje. Para ello pueden acudir a las listas de los centros de arbitraje autorizados y pueden también recurrir a la copiosa información sobre los profesionales exitosos que normalmente está disponible en la Internet.

Es común en los abogados pensar que por el hecho de desempeñarse bien en los procesos judiciales están debidamente capacitados para atender un proceso arbitral. Esto frecuentemente termina en una judicialización del procedimiento arbitral y en demoras ocasionadas por la necesidad de que el tribunal arbitral atienda más gestiones de las necesarias, principalmente si ese mismo tribunal no toma medidas apropiadas para evitarlo.

Como no es posible para el Centro, ni para el tribunal arbitral, ni para la parte contraria cuestionar la escogencia de sus asesores legales por una de las partes, es conveniente que en la divulgación del servicio se insista en estos factores, motivando a la vez a los abogados litigantes a estudiar las técnicas del arbitraje comercial internacional antes de comprometerse a asumir la responsabilidad de representar a su cliente en un proceso de esta naturaleza.

De igual modo, cuando la parte tiene derecho a nombrar un árbitro o a participar en el nombramiento de un árbitro único, debe tener en cuenta las recomendaciones mencionadas en el apartado anterior, relativas a la competencia, sentido de responsabilidad, preparación profesional y disponibilidad del árbitro. Como es común que estos nombramientos sean hechos con la recomendación de su abogado, es aconsejable que la parte se asegure de que éste se ha basado en esos criterios a la hora de recomendar.

ABOGADOS DE PARTE

Es en los abogados de parte, quizás, sobre quienes recae principalmente la responsabilidad de que el desarrollo del proceso se lleve a cabo sin dilaciones y sin exceder los costos razonables. Para ese efecto, deben los abogados tener presentes los siguientes aspectos:

1. Buena preparación profesional

Como ya se mencionó en el apartado anterior, el abogado debe estar preparado profesionalmente para participar en un arbitraje comercial internacional, no siendo normalmente suficiente el haber obtenido su título profesional, ni aún en los casos en que hubiese cursado lecciones teóricas sobre la materia. El arbitraje comercial internacional es una disciplina en constante cambio y evolución, que exige del abogado estudio permanente y experiencia, la que se puede obtener apoyando el trabajo de otros abogados más experimentados, antes de hacerse cargo personalmente de un arbitraje. El abogado debe ser sincero con respecto a su propia idoneidad a la hora de asumir una tarea.

2. Discernir entre el arbitraje comercial y el proceso civil

El abogado debe comprender que no siempre puede aplicar en el arbitraje comercial las técnicas propias del proceso civil. Debe evitar la judicialización de los procesos mediante el uso (o abuso) de gestiones de impugnación, el sometimiento de peticiones innecesarias, el exceso de medios de prueba y otras prácticas comunes al proceso civil.

Debe ser conciso y directo en sus escritos, mencionando solo los hechos que tengan relevancia en la explicación de su caso, tanto a la hora de demandar como de responder.

Debe comprender que cada gestión de su parte obliga a una respuesta del tribunal arbitral y, usualmente, de la otra parte, por lo que debe procurar incluir en un solo memorial todas las gestiones útiles y necesarias que le corresponda hacer en defensa del interés de su cliente.

3. Cuestiones formales

El abogado debe ser minucioso en la forma de presentar sus escritos y documentos que los acompañan, identificándolos apropiadamente y en forma ordenada, ya que de esa forma hará más fácil la comprensión de sus argumentos y la relación de los hechos con los documentos aportados, por parte del tribunal arbitral y del abogado de la contraparte. Además de una cuestión de propia conveniencia es, por ello, una cuestión de cortesía.

Este aspecto cobra especial relevancia en el caso de expedientes digitales, en los que el abogado deberá ajustarse a las instrucciones y recomendaciones del Centro en relación con la forma de organizar la documentación, para acomodarla a las exigencias del sistema informático respectivo.

4. Familiaridad con el uso de la tecnología

Por las razones expresadas más arriba, el abogado debe familiarizarse con el uso correcto y provechoso de los medios tecnológicos que serán utilizados en el proceso. Esto facilitará la comunicación con su cliente, con el tribunal arbitral y con el abogado

de la contraparte, y evitará que cometa errores inconvenientes en sus comunicaciones de toda índole.

AUTORIDADES JUDICIALES COMPETENTES

Las autoridades judiciales competentes para conocer de ciertas cuestiones relativas al arbitraje comercial internacional (desde medidas cautelares hasta el recurso de nulidad), deben cooperar para que el arbitraje comercial internacional no pierda sus características de agilidad y eficiencia, resolviendo con prontitud y con base en los principios que lo rigen.

En el caso de Costa Rica, los magistrados de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia han sabido valorar esta necesidad y sus decisiones generalmente han propendido al favorecimiento del arbitraje y a la conservación del laudo.

Uno de los mecanismos que han utilizado para la conservación del laudo en los arbitrajes domésticos ha sido la figura del reenvío del laudo al tribunal arbitral, para que subsanen errores o vicios del laudo que podrían producir su nulidad, pero que no son de tal envergadura que amerite desperdiciar todo el tiempo y los recursos invertidos en el proceso.

Ha dicho la Sala:

... resulta explicable la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil, en cuanto normativa costarricense (Artículo 22). Dentro de este principio la Sala (sic) no deja de preocuparle el resultado del proceso arbitral cuando, por razones procesales, deba declararse la nulidad de un laudo. Esto es así porque en algunas de las causales si los vicios resultan evidentes, (sic) e insalvables se declaran por

la Sala, podrían las partes eventualmente recurrir a la vía ordinaria a dirimir sus diferencias porque el proceso arbitral fue inoperante o no cumplió el cometido previsto por las partes. En otros casos la nulidad decretada podría tener valor de cosa juzgada. Pero también puede ocurrir que el vicio detectado sea subsanable y en consecuencia en este caso debe evitarse el mayor perjuicio a las partes y al instituto mismo del arbitraje obligando al Tribunal Arbitral a corregir los vicios u omisiones para dictar un nuevo laudo ajustado a derecho. Esto significaría integrar la normativa procesal del arbitraje con la figura del reenvío prevista en el Código Procesal Civil (Artículo 610 inciso 1), de tal suerte que aún considerando procedente la nulidad por infracción de alguna de las causales previstas, la Sala lo declare así y ordene devolver el expediente al Tribunal Arbitral para que, verificadas las reposiciones del caso, proceda a subsanar los errores y dictar nuevamente el laudo ajustado a derecho. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 594-F00 de las 11:40 horas del 18 de agosto de 2000)

Considero que no existe impedimento para aplicar el procedimiento de reenvío al arbitraje comercial internacional, tanto en aplicación de las mismas normas mencionadas en la resolución citada, como con fundamento en lo que dispone el artículo 34 inciso 4) de la Ley, a saber: "El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine, a fin de dar al tribunal arbitral oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad".

AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS COMPETENTES

No es poco lo que debe hacer el Estado costarricense para promover al país como sede de arbitrajes internacionales. Cuanto mayor sea la seguridad jurídica de los participantes, mayor será la eficiencia y eficacia del proceso arbitral y ello redundará en la buena fama que pudiese llegar a tener el país ante la comunidad arbitral internacional.

El arbitraje comercial internacional requiere de reglas claras, así como de su aplicación transparente y ágil, en materias tales como la importación de documentos y otros medios de prueba; permisos migratorios para los abogados, partes, testigos, peritos y otros participantes; tarifas de impuestos y medios de pago; cuestiones todas en las cuales no siempre se tiene certeza o, cuando se tiene, no falta un funcionario que busque sobresalir por su incompetencia o deseo de aprovecharse de la ocasión.

El gobierno de la República debe decidir si ve en el arbitraje comercial internacional un "proyecto-país" y coordinar las acciones interinstitucionales que sean requeridas para despejar el camino y generar la necesaria confianza por parte de la comunidad internacional.

INSTITUCIONES DE ENSEÑANZA

Deben fortalecerse los programas y cursos que contemplan materias para el estudio del arbitraje como un todo y del arbitraje comercial internacional en particular. De la adecuada formación de los abogados depende que un país pueda contar con

buenos árbitros y procesos eficientes. Costa Rica está en un momento propicio para incorporar en los programas de estudio de las facultades de derecho las materias que contribuyan a formar abogados capaces de asumir esas funciones y también para especializar abogados en programas de maestría y doctorado, haciendo del arbitraje comercial una especialidad.

Estas son solo algunas de las medidas que han de tenerse en cuenta para lograr arbitrajes más eficientes y menos costosos. Es necesario insistir en su importancia y promover la generación de otras ideas que, sin afectar la eficacia del arbitraje comercial internacional, ayuden a eliminar los vicios que se han ido creando a su alrededor. De este modo, se irá formando con el tiempo una verdadera cultura arbitral que lleve implícita la idea de eficiencia y bajo costo como uno de sus principios primordiales.

San José, 4 de octubre de 2012

Bibliografía

López de Argumedo Piñeiro, A. y González Arango J.C. (2012). El Nuevo

Reglamento de Arbitraje de la CCI: Hacia un Arbitraje más Eficiente y Menos Costoso.

Spain Arbitration Review, 13, 21-35.

Cámara de Comercio Internacional (ICC) (2008). Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje. París, Francia: Autor.

LOS LINEAMIENTOS DE LA IBA SOBRE EL COMPORTAMIENTO DE LOS ABOGADOS DE PARTE EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL. UNA RESEÑA PARA COSTA RICA.

Andrea Hulbert

Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica (1994). Arbitro de Derecho. II Programa Latinoamericano de Capacitación y Acreditación en Arbitraje Empresarial. Universidad para la Cooperación Internacional y Centro Latinoamericano de Arbitraje Empresarial (2005). Especialista en Responsabilidad Civil Extracontractual. Curso de Postgrado. Universidad Castilla La Mancha (2010). Se ha desempeñado como: Juez Penal (1996), Letrada de la Sala Constitucional (1997-2002), Abogada Litigante (2002 a la fecha), Socia fundadora de la firma Hulbert Volio & Parajeles.

Resumen El artículo explica los lineamientos dictados por la Barra Internacional de Abogados sobre el comportamiento de los profesionales representantes de parte en el arbitraje internacional (2013), al mismo tiempo que los interrelaciona con otras normas y principios que han sido emitidos por esa misma entidad. Toda la regulación está dirigida a mejorar las prácticas de los abogados litigantes. Estos lineamientos contienen sanciones contra la violación de los principios éticos y prácticas, lo que sirve para promover el cambio no sólo en el arbitraje internacional, sino en el doméstico y en el litigio judicial. Hablamos de un cambio indispensable, que obedece a la necesidad social de fortalecer la confianza en los sistemas de justicia, tradicionales o alternativos. Para nadie es un secreto que estamos frente a una *crisis de confianza* que abarca todo el sistema de justicia. Existe una necesidad –real- de reforzar la legitimidad, transparencia y claridad de las reglas que se aplican a las partes y a sus representantes en los procesos de resolución de conflictos, en un mundo cada vez más integrado, con nuevos jugadores y una clara internacionalización de la profesión del derecho.

The article explains the guidelines issued by the International Bar Association on Party Representation in International Arbitration (2013), and connects those guidelines with other rules and principles issued by the IBA. The guidelines determine sanctions to those who act against the ethical principles and rules, which is good to promote a change not only in international arbitration, but also in domestic arbitration and judicial litigation. We talk about a necessarily change due to the lack of confidence in the dispute resolution systems, traditional or alternative. Is not a secret, we are facing a *crisis of confidence* in the justice systems around the world. There is a need to strengthen the legitimacy, transparency and clarity of the rules for the parties and their representatives in the processes of conflict resolution, in an increasingly integrated world, with new players and a clear internationalization the legal profession.

PLABARAS CLAVE: (las 5 primeras son las más relevantes)

- Arbitraje internacional
- Ética – prácticas desleales en litigio
- Principios del arbitraje
- Doble deontología profesional
- Practicas abusivas en arbitraje
- Abogado litigante – Obligaciones del abogado

Key Words:

International arbitration

Ethics in arbitration

Principles of arbitration

Party Representative

Soft law in arbitration

Double deontology

Abusive practices in arbitration

Los lineamientos sobre el comportamiento de los abogados en el arbitraje internacional (en adelante los Lineamientos), fueron emitidos por la Barra Internacional de Abogados, su nombre conocido e inglés *International Bar Association* (IBA), por resolución del 23 de mayo del año 2013. Se trata de un conjunto de directrices, sencillas y bien estructurados, que responden a la necesidad del mercado de fortalecer la confianza en el arbitraje internacional. Para nadie es un secreto que estamos frente a una crisis de confianza, que abarca todo el sistema de justicia; en Costa Rica, el arbitraje doméstico, el internacional y los procesos judiciales. Existe una necesidad –real- de reforzar la legitimidad, transparencia y claridad de las reglas que se aplican a las partes y a sus representantes en un proceso arbitral, en un mundo cada vez más integrado, con nuevos jugadores y una clara internacionalización de la profesión del derecho.

La IBA ha emitido diversas directrices con la finalidad de fortalecer la práctica del derecho introduciendo valores y principios éticos, entre ellos, el principio de la buena fe; así, tenemos las directrices de la IBA sobre los Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional (22 de mayo del 2004), la Guía para la Recepción de Evidencia en el Arbitraje Internacional

(29 de mayo del 2010), los Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica (28 de mayo del 2011), la Guía Anti-Corrupción para Colegios de Abogados (25 de mayo del 2013), y las reglas sobre el Comportamiento de los Abogados en el Arbitraje Internacional (23 de mayo del año 2013). Costa Rica participa en la IBA por medio de diversos abogados y firmas, pero sobre todo, y lo más importante, a través del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, quien es miembro de la Comisión de Barras de Abogados. Lo anterior, revela el compromiso directo de nuestro país con el mejoramiento del ejercicio del derecho en el ámbito internacional.

La IBA nos muestra un comportamiento racional y acorde con la realidad, al haber entendido que la única forma de fortalecer la justicia internacional, lo que aplica también para la nacional, es por medio de reglas claras que emerjan de los principios fundamentales de la buena fe. La razón demostró que los mecanismos que permiten el abuso del derecho, el engaño, las prácticas desleales, etc. no solucionan conflictos, no dan paz y no permiten las relaciones saludables entre las personas. Hoy día, la seguridad jurídica depende de que podamos romper ese viejo -pero aún usado- molde de malas prácticas para transportarnos a un proceso claro, íntegro y honesto. Desde el año 2011, con la emisión de los *Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica*, la IBA invitó a los jueces, legisladores, gobiernos y organizaciones internacionales a esforzarse, junto con abogados y colegios de abogados, en la defensa de los principios establecidos en los Principios Internacionales. Las directrices que ahora vamos a enumerar forman parte de ese esfuerzo, y el objetivo pretendido es impregnar a la comunidad jurídica nacional de los estudios que se han hecho en el extranjero y de la misión y la visión que se está dando al litigio internacional.



Antecedentes de los Lineamientos

El Comité de Arbitraje de la IBA estableció un Grupo de Trabajo sobre la Práctica del Abogado en el Arbitraje Internacional en el año 2008¹. El objetivo del Grupo era estudiar los problemas relativos a la conducta profesional del abogado y la representación de parte en el arbitraje internacional, debido a que existe gran incertidumbre en la comunidad internacional sobre cuáles son las normas de ética y de conducta que rigen para cada abogado, fundamentalmente, *por el conflicto que se da entre las diversas normas de conducta que regulan a los abogados en los diferentes países y culturas jurídicas*. Para dar inicio al estudio, que culminaría con la publicación de los Lineamientos, el Comité de Arbitraje se dio a la tarea de identificar: si la diversidad de estas prácticas y normas podrían perjudicar la equidad procesal y la integridad de los procesos de arbitraje internacional, y si se pueden aplicar a las partes, directrices internacionales acerca de su representación en un arbitraje internacional.

En el año 2010, el Comité hizo una encuesta para investigar estos temas, cuyos resultados evidenciaron varias situaciones: gran incertidumbre en cuanto a qué reglas rigen la representación de una parte en un arbitraje internacional, cuando hay abogados de distintos países (i), y el apoyo de los encuestados para que se desarrollen y apliquen directrices internacionales para regular la conducta de los representantes de las partes (ii)². Se confeccionó el borrador de los Lineamientos, y éste fue consultado con profesionales expertos en arbitraje internacional e instituciones arbitrales; además, dicho borrador fue sometido a la consideración de todos los miembros del Comité de Arbitraje de la IBA. Es así como en el 2013, tras una larga espera, se adoptan los Lineamientos bajo la premisa de que las diferencias

culturales y legales de cada país se pueden adaptar a los diferentes procesos multinacionales. Las Directrices “...están inspiradas en el principio de que los representantes de la parte deberían actuar con integridad y honestidad y no deberían involucrarse en actividades diseñadas para retrasar el procedimiento o generar gastos innecesarios, incluyendo tácticas encaminadas a obstaculizar los procedimientos arbitrales”.³

Análisis de los Lineamientos

Los Lineamientos están compuestos por 27 artículos divididos en secciones: Preámbulo, Definiciones, Aplicación de los Lineamientos (artículo 1-3), Representación de las Partes (artículo 4-6), Comunicación con los Árbitros (artículos 7-8), Manejo del Proceso Arbitral y Presentación de los Hechos y la Prueba (artículos 9-11), Intercambio y Revelación de Información (artículos 12-17), Testigos y Peritos (artículos 18-25) y Remedios contra las Prácticas Abusivas (artículos 26-27).

Aplicación de los Lineamientos (artículos 1 a 3): Las partes y los Tribunales Arbitrales pueden beneficiarse de los lineamientos en materia de representación de partes; se trata de normas flexibles, que se pueden adoptar total o parcialmente, y tienen una naturaleza contractual. Si el acuerdo se toma en la cláusula arbitral, o está incorporado en el reglamento de la institución que tramita el arbitraje, el Tribunal podrá aplicar los Lineamientos sin ningún reparo. En caso de que las partes no hayan acordado su aplicación, el Tribunal Arbitral deberá consultar a las partes y / o, determinar si tiene la autoridad para aplicarlas sin poner en peligro la legitimidad e integridad del proceso arbitral. Es importante aclarar que, en ausencia de acuerdo entre partes, los Lineamientos no excluyen -per se- la autoridad

1 http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx. Al respecto ver preámbulo del texto de las Directrices de la IBA sobre el comportamiento de los abogados de parte en el arbitraje internacional (2013), pág. 1.

2 Idem, pág.1.

3 http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx. Al respecto ver preámbulo al texto de las Directrices de la IBA sobre el comportamiento de los abogados de parte en el arbitraje internacional (2013), pág. 2..

que puede tener el Tribunal para aplicar las reglas, queda en manos de los árbitros la responsabilidad de hacer esa determinación mediante la interpretación e integración del ordenamiento jurídico que sea aplicable al caso concreto.

La *interpretación* de los Lineamientos se hará en concordancia con su espíritu general y de la manera más apropiada para el arbitraje en particular. El artículo 3 aclara que los Lineamientos no están hechos para reemplazar leyes obligatorias, normas sobre el ejercicio de la profesión o disciplinarias en materia de representación de las partes; ni tampoco, intentan derogar el acuerdo arbitral o debilitar el deber de lealtad que tiene el abogado litigante frente a su cliente y su obligación de presentar el caso.

La representación de las partes (artículos 4 a 6). Esta sección está dedicada a la transparencia de los representantes de las partes, a la necesidad de evitar conflictos de interés y salvaguardar la integridad y honestidad del proceso.

Los abogados de parte deben presentarse a la otra parte y al Tribunal Arbitral a la mayor brevedad, y tienen el deber de informar cualquier cambio en la representación durante la tramitación del proceso (artículo 4). *Para evitar el conflicto de interés*, se dispone que ningún abogado debe aceptar la representación de una parte si tiene relación con alguno de los miembros del Tribunal Arbitral. La regla se relaja, sin necesidad, y termina diciendo que se puede aceptar el cambio cuando ninguna de las partes lo objete después de haberse hecho la debida revelación de la situación (artículo 5). Sin embargo, esa "no objeción" podría ser producto de situaciones que al final terminen afectando a la parte.

Ante una violación al artículo 5 de los Lineamientos, el Tribunal debe tomar las medidas para proteger la integridad del proceso, y de conformidad con el artículo 6, podría decidir excluir al nuevo abogado de su participación, después de escuchar la posición de las partes. Los Lineamientos disponen que para

determinar la existencia del conflicto, el Tribunal Arbitral puede apoyarse en las Directrices de IBA acerca del Conflicto de Intereses en un Arbitraje Internacional.

Ésta Sección busca evitar prácticas desleales, como que el cambio de un representante una vez constituido el Tribunal Arbitral, nombrando como su representante a un abogado que tiene una relación creadora de conflicto de interés con alguno de los árbitros, situación que en un inicio habría impedido el nombramiento del árbitro. Aquí surgen varios temas, (i) la posibilidad de atrasos innecesarios, incluso por recusaciones por hechos sobrevenidos a la designación del árbitro; (ii) la pregunta sobre quién debe ser removido?. Si el arbitraje es de las partes, lo dejamos tener su nuevo abogado y quitamos al árbitro o viceversa? Cualquiera de las dos situaciones es muy compleja, pues la parte podría estar cambiando su representación no sólo para influir en algún árbitro y lastimar su imparcialidad, sino también para deshacerse de él, en caso de que la posición del árbitro no lo esté favoreciendo.

Comunicaciones con los Árbitros (artículos 7 y 8). Se establece que, salvo pacto en contrario, un representante de parte no deberá tener ninguna comunicación sobre el arbitraje en cuestión, con los árbitros o los potenciales árbitros, sin la presencia de la otra parte y de su representación. Volvemos a la transparencia. La misma sección, dedica el artículo 8 a las excepciones a la regla; puede haber comunicación con un árbitro: (i) cuando sea para determinar la experiencia, habilidad, disponibilidad y existencia de conflictos de interés; (ii) cuando el objeto sea comunicarse para tratar el tema de la elección del árbitro Presidente; (iii) para conocer la experiencia, habilidad, deseo de participar y posibles conflictos de interés del potencial Presidente del Tribunal; (iv) y muy importante, las comunicaciones sólo deben incluir una descripción general de la disputa, un representante de parte, jamás debe buscar el punto de vista del posible árbitro o de los árbitros designados sobre la disputa.

Manejo del proceso arbitral y presentación de los hechos y la prueba (artículos 9 a 11). Esta sección es la que ha creado mayor controversia en los foros y discusiones, porque los Lineamientos son extremadamente claros y directos al imponer a los abogados litigantes obligaciones como la de decir la verdad que, al menos en Latinoamérica, riñen con un concepto "socio cultural" del "abogado litigante", quien hace "lo necesario" para proteger los intereses de su cliente y ganarle el caso. No obstante, la sociedad tiene muchos años de estar esperando un litigio en el que priven la buena técnica, el argumento y el análisis jurídico con transparencia y honestidad.

Los Lineamientos prohíben al abogado presentar, intencionalmente, hechos falsos al Tribunal (artículo 9), y le se impone la obligación de corregir la situación cuando se entere con posterioridad, que ha presentado un hecho falso al Tribunal Arbitral (artículo 10). La anterior obligación, se mantiene cuando hay cambio de abogado, el nuevo queda con la obligación de "enmendar". En síntesis, *el abogado tiene prohibido introducir hechos o argumentos falsos al proceso*. En consonancia con lo dicho, tampoco puede el abogado de parte presentar testigos o peritos falsos o que se presenten a mentir (artículo 11); y de nuevo, si se descubre que el testigo o el perito mintió, el abogado deberá explicar y asesorar a su cliente sobre la necesidad de remediar esa situación y cuáles son las consecuencias de no hacerlo; dependiendo de las circunstancias y sujeto a las consideraciones de confidencialidad y privilegio que existan.

Las medidas correctivas pueden incluir lo siguiente: (i) asesorar al testigo y al perito en cuanto a que deben decir la verdad; (ii) tomar medidas razonables para evitar que el testigo o el perito o experto introduzca evidencia falsa; (iii) instar al testigo o perito para que corrija o retire la evidencia falsa; (iv) corregir o desistir de la evidencia falsa; (v) renunciar a la representación de la parte si las circunstancias lo justifican.

Esta sección es concordante con las Nuevas Reglas de la IBA para la Etapa Probatoria en un

Arbitraje Internacional, de 29 de mayo del 2010, en las que se introdujo como novedad en su preámbulo a "la buena fe durante la etapa probatoria" en el arbitraje internacional; entendida como el deber de no entregar -de una forma voluntaria o intencional- información o documentos que puedan desviar la atención del caso.⁴

Poco tiempo después, la IBA también publicó los Principios de Conducta que rigen al Profesional en Derecho, en cuya sección segunda se desarrolla un apartado denominado: "*Honestidad, Integridad y Justicia*"; aquí, se dispone que un abogado al representar a su cliente no debe, de forma intencional, realizar una declaración falsa sobre un hecho o una ley. El principio número 2 indica que: "*El abogado debe en todo momento mantener el más alto nivel de honestidad, integridad y justicia hacia los clientes, los tribunales, colegas y todos aquellos con quien el abogado entre en contacto profesional*".⁵

*La obligación de decir la verdad ha creado, dicen algunos, un gran conflicto, para ellos surge el debate que consiste en responder a quién se deben los abogados: ¿se deben a sus clientes o a la obtención de la verdad material del caso?*⁶. Los Lineamientos de la IBA se inclinan por la obtención de la verdad, o mejor dicho, interpreto, que se inclinan por decir que hay que ponderar las diferentes obligaciones de un

⁴ International Bar Association (2010). IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. Disponible en: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

⁵ International Bar Association (2011). Principios Internacional de Conducta para la Profesión Jurídica de la IBA. Disponible en: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (pág. 16).

⁶ De Alba Uribe, Mariano (2013). A Propósito de los recientes lineamientos de la IBA sobre los representantes de las partes en el arbitraje. Juris Novus. En: <http://jurisnovus.blogspot.com/2013/06/obligaciones-y-responsabilidades-de-los.html>

abogado, por un lado su deber para con el cliente y por otro su deber para con la Corte y los intereses de la justicia. El artículo 5 de los Principios dice “*El abogado deberá tratar los intereses de los clientes como primordiales, siempre y cuando no haya conflictos con los deberes del abogado frente a los tribunales y los intereses de la justicia, con el cumplimiento de la ley, y el mantenimiento de los estándares éticos*”⁷. Sobre este particular, haremos otro artículo, pero valga ahora decir que la IBA insta o conmina a los legisladores, gobiernos, jueces, colegios de abogados a adoptar los Principios Internacionales como un marco regulatorio básico, y llaman a los abogados a actuar conforme lo dicte su conciencia, manteniendo el sentido ético que inspira los principios.

La ponderación de las obligaciones del abogado frente a su cliente y frente al sistema de justicia, permite concluir que el abogado litigante no puede convertirse en cómplice de su cliente en actos ilegítimos e ilegales, como la mentira, la ocultación o destrucción de evidencia, en aras o so pretexto del “ejercicio de la defensa”, básicamente que el abogado no debe emplear, o asistir a su cliente con conductas dirigidas a engañar o a afectar negativamente los intereses de la justicia, o a violar voluntariamente a ley⁸.

Intercambio y revelación de información (disclosure) (artículos 12 a 17). Esta sección regula la conducta del abogado litigante en el ámbito de la producción de la prueba documental, destacándose el hecho de que se le impone la obligación de advertir a su cliente y procurar, en la medida de lo posible, la conservación de toda la evidencia; se plasma así, una regla internacional en contra del abuso procesal que se ha dado en todo el mundo a través de los abogados. Asimismo, los Lineamientos tratan de

evitar conflictos con las normas éticas nacionales al establecerse como estándares de conducta para el arbitraje internacional.

Cuando el proceso arbitral involucra la obtención de prueba documental o evidencia, el abogado debe informar al cliente, lo antes posible, de la necesidad de preservar toda la documentación, incluyendo la electrónica, que pudiere tener relación directa o indirecta con el arbitraje, independientemente de los plazos legales que la ley nacional disponga para la conservación de documentos (artículo 12).

El abogado no debe solicitar, entregar u objetar evidencia si el propósito es indebido, como acosar a la otra parte o causar un atraso innecesario del proceso arbitral (artículo 13). Hay que distinguir, entre la revelación de información cuyo acceso sea razonable y la revelación de información cuyo acceso no sea razonable.

El abogado deberá explicar a la parte a quien representa, la necesidad de revelar información y las consecuencias de no hacerlo (artículo 14); además, debe aconsejar y asistir a la parte a tomar pasos razonables para asegurar que se haga una búsqueda de la información que se debe revelar, contemplado que no sea privilegiada (artículo 15). Esta obligación, de preservar los documentos se extiende a la prueba que no está en manos de la parte, pero que ésta sepa de su existencia. El abogado no debe ocultar o destruir la evidencia que ha sido solicitada por la otra parte u ordenada por el Tribunal, o sugerirle que lo haga, (artículo 16). Si, durante el curso del arbitraje, el abogado se entera de la existencia de evidencia que tuvo que haberse presentado, debe pedir a su cliente que lo haga y advertirlos de las consecuencias de no hacerlo (artículo 17). Las normas antes citadas promueven la igualdad procesal en cuanto al acceso a la información, de lo contrario se estaría quebrantando la integridad y la rectitud del proceso arbitral, que como dijimos constituyen el pilar fundamental de los Lineamientos.

⁷ International Bar Association (2011). Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica de la IBA. Disponible en: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx, art. 5.1.

⁸ Idem. Comentarios. Pág. 25.



Si bien la práctica de la producción de evidencia es propia del common law, poco a poco, se ha introducido en el sistema civil y ahora, vemos frecuentes solicitudes de exhibición de documentos y otras, sustentadas en el principio de la disponibilidad de la prueba y la buena fe procesal.

Testigos y Peritos (artículos 18 a 25). Estas normas regulan la flexibilidad y la pureza que debe imperar en un arbitraje internacional. Se admite que los litigantes tengan contacto, asistir y conversar con los testigos y con los peritos o expertos, al mismo tiempo que se les impone la obligación de velar porque las declaraciones, reportes o informaciones que ellos proporcionen se ajusten en un todo a la verdad de los hechos que les constan o bien, en el caso de los expertos a los resultados de sus análisis. Si por alguna razón, la jurisdicción nacional es más rigurosa con éste tema se advierte, que la parte debe coordinar con la otra parte o con el Tribunal Arbitral.

Remedios contra las prácticas abusivas (artículos 26 a 27). Si el Tribunal Arbitral, después de notificar a las partes y darles una oportunidad razonable para ser escuchadas, encuentra que el abogado ha obstaculizado el proceso, podrá: (i) amonestar al abogado; (ii) realizar inferencias al evaluar la evidencia o argumentos legales presentados por los representantes de las partes; (iii) *considerar la obstaculización del proceso del abogado al distribuir los costos del arbitraje*; (iv) cualquier otra que considere conveniente para preservar la integridad del proceso arbitral (artículo 26).⁹

9 Código Civil (1997). C.R. Leyes y Decretos. 3ra. Edición. Editorial Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica. En su artículo 22 regula el abuso del derecho y expresamente dice: “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia

Por su parte, la Guía de la IBA para la recepción de prueba o evidencia en el arbitraje internacional también deja claro que los abusos en la exhibición de la prueba en la fase preliminar, en un arbitraje internacional, pueden llevar al Tribunal Arbitral a imponer sanciones económicas.¹⁰

Al abordar las cuestiones sobre prácticas abusivas del representante de la parte, el Tribunal Arbitral debe tomar en cuenta: (i) la necesidad de preservar la integridad del procedimiento y la ejecución del laudo; (ii) el impacto potencial que tendría la determinación de una práctica abusiva en los derechos de las partes; (iii) la naturaleza y la gravedad de la práctica abusiva y hasta dónde afectó el desenvolvimiento del proceso; (iv) la buena fe del representante de las partes involucrado en la práctica abusiva; (v) la confidencialidad de los asuntos; (vi) si la parte conocía y condenó la práctica abusiva de su representante; y antes de imponer cualquier medida, que debe ser proporcional a la falta, es importante que el Tribunal Arbitral escuche a las partes sobre el particular.

El incurrir en prácticas abusivas implica sanciones; ahora bien, la aplicabilidad de éstas al abogado, que por lo general no será signatario de la cláusula, tiene su reto, sobre el cual resulta deseable usar el siguiente razonamiento: cuando él litigante asume la responsabilidad del arbitraje por medio de la representación de su cliente y se somete, de manera voluntaria, a las reglas de la cláusula, del centro y demás aplicables. El abogado actúa en nombre de su cliente, y está obligado a acarrear las consecuencias de una conducta inadecuada durante el proceso.

en el abuso.”

10 International Bar Association (2010). IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. Disponible en: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

En conclusión, los Lineamientos estudiados tienen la capacidad para resolver el problema de legitimidad y confianza que enfrenta el arbitraje en general, incluso podrían y deberían trasladarse al sistema judicial y solucionar algunos de los graves problemas existentes. Por su naturaleza de directriz o lineamiento no obligatorio, de naturaleza contractual, estará en manos de las partes incluir los Lineamientos en la cláusula arbitral; en manos de las instituciones que administran los arbitrajes, quienes podrían incluirlas como normas dentro de sus reglamentos; en manos de los Colegios de Abogados que pueden adoptarlas en sus Códigos de Ética, etc. En fin, es una decisión particular, pero al mismo tiempo, es un tema social a debatir: son los procesos arbitrales y judiciales espacios donde se permiten prácticas abusivas, o son el medio para una práctica del litigio basado en la verdad y la buena fe para solucionar los conflictos sociales. La adopción de los lineamientos, sin duda alguna, implica la tramitación de un proceso íntegro y honesto.

Doble Deontología. En cuanto al conflicto que se da entre las diferentes normas éticas profesionales entre jurisdicciones, la IBA ha dicho que *“...todo abogado es requerido a cumplir las reglas aplicables de conducta profesional tanto en la jurisdicción de origen como de acogida (Doble Deontología) cuando se involucre en la práctica del derecho fuera de la jurisdicción en la cual se encuentra admitido para practicar...”* (...) *“...Aún no se ha desarrollado un marco universalmente aceptado para determinar las reglas de conducta aplicables en caso de conflictos o incompatibilidades de reglas, sin embargo algunas jurisdicciones han adoptado los principios de conflicto de leyes para determinar cuáles reglas de conducta profesional aplican a la práctica transfronteriza...”*¹¹

¹¹ International Bar Association (2011). Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica de la IBA. Disponible en:

http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx, art. 1. comentario 1.3 “Implicaciones internacionales”, pág. 13-14.

Nuestro Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho, contiene varias normas que son compatibles y comparten un espíritu similar al de los lineamientos estudiados, entre ellos tenemos los artículos 38, 47, 57, 71 y concordantes. Se insta al Colegio a considerar las recomendaciones de la IBA en la nueva redacción del Código de Ética, que entendemos, está en proceso.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil (1997). C.R. Leyes y Decretos. 3ra. Edición. Editorial Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica.

Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del Profesional en Derecho (2004). Aprobado en sesión de Junta Directiva N° 50-2004 del 25 de noviembre del 2004 y ratificado en sesión N° 52-2004 del 2 de diciembre del 2004. Publicado en La Gaceta N° 242 del 10 de diciembre del 2004. Disponible en: http://www.abogados.or.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=59&Itemid=69

De Alba Uribe, Mariano (2013). *A Propósito de los recientes lineamientos de la IBA sobre los representantes de las partes en el arbitraje*. Juris Novus. Disponible en:

<http://jurisnovus.blogspot.com/2013/06/obligaciones-y-responsabilidades-de-los.html>

International Bar Association (2013). *The IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration (Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional)*.

Disponible en: www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

International Bar Association (2010). *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. Disponible en:

http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

International Bar Association (2011). *Principios Internacional de Conducta para la Profesión Jurídica de la IBA*. Disponible en:

http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (2009). C.R. Leyes y Decretos. 6ta. Edición. Editorial Investigaciones Jurídicas. San José, Costa Rica.

Newman, Lawrence y Radine, Michael (editores y autores) (2014). *Soft Law in International Arbitration*. JurisNet, LLC. United States of America.



LOS COMITÉS DE DISPUTAS. SU APLICACIÓN EN COSTA RICA

Msc. Christian Díaz Barcia¹

Índice:

1. Introducción. 2. Métodos de Solución Alternativa de Conflictos. 2.1. Mediación y Conciliación. 2.2. Arbitraje. 2.3. Otros métodos. 3. Los Comités de Disputas. 3.1. Definición. 3.2. Historia de los Comités de Disputas. 3.3. Tipos de Comités de Disputas. 3.4. Perfil del miembro del Comités de Disputas. 4. Experiencia de Comités de Disputas a nivel internacional. 4.1 Banco Mundial y FIDIC. 4.2 Europa. 4.3. Estados Unidos de América. 4.4. México. 4.5. Honduras. 4.6. Panamá. 4.7. Perú. 4. 8. Brasil. 5. Costa Rica. 5.1. Análisis normativo. 5.2. La Resolución Alternativa de Conflictos en la Jurisprudencia Costarricense. 6. Efectos jurídicos de la recomendación emitida por el Comité de Disputas. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

Resumen español:

Los métodos de solución alternativa de conflictos se han convertido en una opción muy popular para resolver las controversias que se suscitan entre las partes en la industria de la construcción. Entre los métodos más utilizados han sido la mediación y el arbitraje, sin embargo desde la década de 1970 se ha venido utilizando un nuevo mecanismo denominado "Dispute Boards" (por su nombre en inglés) ó Comités de Disputas. Estos comités de disputas no son ni una mediación ni un arbitraje, es un mecanismo por medio del cual las partes durante la ejecución de la

obra de construcción, gestionan sus diferencias a fin de no escalar el conflicto y se lleve a buen destino la finalización de la obra. En Costa Rica los comités de disputas es un mecanismo novedoso y este artículo trata de su aplicación según la legislación vigente.

Resumen inglés:

The alternative dispute resolution methods have become a popular option for resolving disputes that arise between the parties into the construction industry. Among the most used methods are mediation and arbitration, but since the 1970s has been using a new mechanism called "Dispute Boards". The Dispute Boards are neither a mediation or arbitration, is a mechanism by which the parties during the execution of the construction contract, manage their differences in order to not escalate the conflict and takes good destination completion of the work. In Costa Rica the Dispute Boards is a novel alternative dispute resolution mechanism and this article will study the application under it's current legislation.

Palabras claves:

Metodos de Solución Alternativa de Disputas.

Comités de Disputas

Arbitraje.

Industria de la Construcción.

FIDIC.

Key Words:

Alternative Disputes Resolution.

¹ Abogado, Master en Derecho Empresarial por la UCI y Post Grado en Arbitraje Comercial Internacional por Queen Mary London University, Director del Área RAC de LLM Abogados. Profesor de RAC. Árbitro y mediador nacional e internacional. Expositor en Congresos de Arbitraje Nacional e Internacional. Secretario del Capítulo Costarricense del Club Español del Arbitraje, miembro del Comité de Arbitraje de ICC Costa Rica. Miembro de Construlegal.

Dispute Boards.

Arbitration.

Construction Industry.

FIDIC.

1. Introducción.

1.1. Los mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos (RAC), también conocidos en inglés como "Alternative Dispute Resolution" (ADR), son mecanismos que las partes en un contrato previo al surgimiento de la controversia o por medio de un acuerdo luego de su surgimiento, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, deciden incluir en el referido contrato o acuerdo posterior, con el fin de resolver las posibles disputas, controversias, diferencias o reclamos que pudieran derivarse de su ejecución, incumplimiento, liquidación, interpretación o validez, por métodos alternos a los Tribunales de Justicia de la República. Entre los métodos RAC, se pueden mencionar, por ejemplo, la conciliación, la mediación, los círculos de paz, la justicia restaurativa, los comités de disputas y el arbitraje.

1.2. Estos mecanismos son utilizados por las partes en diversas materias del derecho, tales como comercial y civil, propiedad intelectual, marítimo, bancario, financiero, bienes raíces, deportivo, construcción, etc. Es precisamente, con base en las controversias que surgen en la ejecución de los contratos de construcción que nacen los Comités de Disputas.

1.3. A nivel internacional existen varios centros de resolución alternativa de conflictos, por ejemplo, en Estados Unidos de América tenemos el "International Centre for Dispute Resolution" (ICDR) por sus siglas en inglés, perteneciente a la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), así como Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS), en Inglaterra el London Court of International Arbitration (LCIA), en Suecia

el Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC), en España la Corte Española de Arbitraje, la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM), la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE), en Hong Kong el Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong (HKIAC), en China la China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), en Singapur el Singapore International Arbitration Centre (SIAC), y el de más prestigio a nivel mundial, que es el Tribunal de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) cuya sede está ubicada en París, Francia.

En Latinoamérica, las Cámaras de Comercio de cada país o ciudad principal tiene centros de resolución de conflictos, así como también los tiene Amcham.

En Costa Rica, los principales centros de Arbitraje han sido el Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA) de la Cámara de Comercio, el Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje (CICA) de Amcham, el Centro de Resolución de Conflictos (CRC) del Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos (CFIA), el Centro de Resolución de Conflictos en Materia de la Propiedad (CRCP) y más recientemente el Centro de Justicia Alternativa (CJA) del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Adicionalmente, a los citados centros que se dedican tanto a conciliación como al arbitraje, en la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos (DINARAC), que forma parte del Ministerio de Justicia y Paz, también se encuentran inscritos otros centros RAC que se dedican principalmente a conciliación y a impartir capacitaciones en esta materia; entre ellos, podemos mencionar al Centro de Mediación y Arbitraje (CEMEDAR), el Instituto para la Solución de Conflictos Familiares (INCOFAMI) y el Centro de Mediación y Manejo de Conflictos Enseñanza e Investigación (CEMEDCO). A su vez, por ley especial se han creado centros RAC como el Centro de Conciliación del Ministerio de Trabajo y el Centro de Conciliación del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, especializado en disputas de consumo.



Por último, pero no menos importante, DINARAC, ha desarrollado por más de diez años el programa de Casas de Justicia, cuya finalidad es formar líderes comunitarios en conciliación, que posteriormente desarrollan centros de conciliación comunal en diferentes zonas del país, teniendo como socio estratégico universidades y municipalidades. Actualmente, operan Casas de Justicia, entre otros lugares, en Desamparados, Curridabat, San Pedro, Heredia, Santa Cruz, Limón, Guápiles, Mora, Alajuela, Liberia, San José, Palmares y Hatillo.

2. Métodos de Solución Alternativa de Conflictos.

2.1. Como se mencionó líneas arriba, los principales métodos RAC que se han desarrollado en Costa Rica son la mediación, conciliación y arbitraje. En este trabajo se hará una pequeña reseña a cada uno de ellos por no ser el foco central de la exposición. También en nuestro país se han desarrollado otros métodos tales como la negociación colaborativa, los círculos de paz, la justicia restaurativa, la mediación escolar, etc. Éstos últimos, sin que se interprete que no son importantes, no van a ser tratados, pues resultaría necesario todo un nuevo trabajo específico sobre el tema.

2.1.1. Es importante resaltar que la Ley RAC, establece como un deber de los abogados y abogadas de Costa Rica, informar y recomendar sobre la utilización de estos mecanismos a sus clientes. En ese sentido el artículo 11 de la mencionada Ley, dispone: *“Información del abogado asesor. El abogado que asesore, a una o más partes en un conflicto, tendrá el deber de informar a sus clientes sobre la posibilidad de recurrir a mecanismos alternos para solucionar disputas, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, cuando estos puedan resultar beneficiosos para su cliente.”* Vemos como el artículo establece un DEBER para el profesional asesor y no una facultad. Desafortunadamente en nuestro país, este deber es poco ejercido y recomendado a las partes.

2.2. Mediación y Conciliación.

2.2.1. En el mes de diciembre de 1997, la Asamblea Legislativa de Costa Rica, promulgó la Ley número 7727, Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley RAC); la cual, entró en vigencia a partir de su publicación en el Diario Oficial La Gaceta No. 9 del 14 de enero de 1998.

2.2.2. El artículo 4 de la Ley RAC, dispone lo siguiente: *“Aplicación de principios y reglas. Los principios y las reglas establecidas para la conciliación judicial o extrajudicial se aplicarán, igualmente, a la mediación judicial o extrajudicial.”*

2.2.3. De lo regulado en el referido artículo, se desprende que en Costa Rica se aplican los mismos principios y reglas para la conciliación y para la mediación, sea judicial ó extrajudicial, en pocas palabras para la Ley RAC no existe distinción entre uno y otro.

2.2.4. En otros países, la mediación y la conciliación no son equiparables. En ambos participa un tercero imparcial que ayuda a las partes a negociar utilizando el modelaje de una comunicación asertiva, mediante la cual, las partes aprenden a negociar por intereses y no por posiciones. Sin embargo, la diferencia radica en el nivel de intervención que tiene el tercero en el proceso. En la mediación, el mediador únicamente facilita y modela la comunicación entre las partes y no sugiere posibles soluciones al diferendo; mientras que en la conciliación, el conciliador puede, dependiendo del caso y la situación, ayudar a las partes a llegar un acuerdo haciendo sugerencia de opciones que pueden resolver el conflicto. Tampoco se analizará en estas líneas más a fondo ambos mecanismos ni nos referiremos a las bondades ó defectos de la práctica legislativa al equiparar ambos institutos, esto, también puede ser material para otro trabajo.

2.3. Arbitraje.

2.3.1 Así como en la Ley RAC se regula la conciliación y mediación, también se hace referencia al Arbitraje. En su artículo 18 se establece: *“Arbitraje de controversias. Cuando las partes hayan convenido por escrito que las controversias relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje tales controversias se resolverán de conformidad con la presente ley, sin perjuicio de lo que las partes acuerden por escrito, siempre y cuando no se oponga a las disposiciones prohibitivas o imperativas de esta ley. Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes. Todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3) del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública.”*

2.3.2. De conformidad con la Ley RAC, podemos definir el arbitraje como un método de solución alterna de conflictos, mediante el cual las partes, mediante un acuerdo previo ó posterior al acaecimiento del conflicto, someten sus controversias a la decisión de un tercero imparcial e independiente (tribunal arbitral), el cual, resolverá la controversia en derecho ó equidad, siendo esa decisión final y vinculante para las partes, es decir, con eficacia de cosa juzgada material.

2.3.3. De esta definición, podemos extraer las primeras dos clasificaciones del arbitraje, es decir: (I.) por la conformación del tribunal arbitral: unipersonal ó colegiado; y (II.) por su fundamentación: en derecho, cuando la disputa se resuelve con base en el derecho y los árbitros son abogados, ó en equidad, en el caso que la controversia se resuelva con base en la equidad y los árbitros pueden no ser abogados. También existen otras clasificaciones, tales como: (III.) doméstico e internacional; (IV.) por la materia: (i.) pericial (ver artículo 27 de la Ley número 7495

de la Ley de Expropiaciones que dispone: *“Arbitraje. En cualquier etapa de los procedimientos, las partes podrán someter a arbitraje sus diferencias, de conformidad con las regulaciones legales y los instrumentos vigentes del derecho internacional. Cuando la diferencia verse sobre la determinación del precio justo y el diferendo se rija por la legislación procesal costarricense, el arbitraje será de peritos y los gastos correrán por cuenta del ente expropiador. Los peritos deberán ajustarse a los criterios de valoración establecidos en el artículo 22 y a los honorarios indicados en el artículo 37, ambos de esta Ley. Cuando se recurra a mecanismos de arbitraje estipulados en instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica, se estará a las regulaciones allí contenidas. Si la diferencia versa sobre la naturaleza, el contenido, la extensión o las características del derecho o bien por expropiar, la discrepancia se resolverá antes de determinar el justo precio, mediante un arbitraje de derecho, con los gastos a cargo de ambas partes.”*; (ii.) comercial y civil; (iii.) construcción (en Costa Rica muy desarrollado por el Centro de Resolución de Conflictos del Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos); (iv.) propiedad intelectual (desarrollado a nivel internacional por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, OMPI); (v.) deportivo (como es el caso del Tribunal de Arbitraje Deportivo con sede en Lausanne, Suiza); (vi.) marítimo; (vii.) de consumo; (viii.) seguros; (ix.) bancario, financiero y bursátil; etc.

2.3.4. La cláusula arbitral puede ser pactada por las partes tanto en el contrato inicial ó, si no se hubiera consignado en ese momento, y luego surge una controversia, también existe la posibilidad de que las partes acuerden que un tribunal arbitral resuelva el diferendo, incluso habiendo juicio pendiente en los Tribunales de Justicia de la República. Para que la cláusula arbitral sea válida y eficaz, únicamente basta que la manifestación de la voluntad de las partes de dirimir la controversia por medio de un proceso arbitral, conste por escrito, sin que exista mayor formalidad.

2.3. Otros métodos.



2.3.1. Negociación colaborativa.

2.3.1.1. La negociación está basada en el modelo de negociación de Harvard, cuya filosofía es que la negociación se lleve a cabo con base en intereses y no en posiciones, ¿qué quiere de decir esto?, normalmente las personas cuando tienen un diferendo, es debido a una incapacidad entre ellas de tener una comunicación asertiva, que les lleve a crear una negociación en que las partes busquen los beneficios para ambos, sea que los dos ganen, y no como normalmente hemos sido educados para que una parte gane y la otra pierda. Con base en lo anterior cada parte normalmente busca obtener a toda costa lo QUÉ quiere, y por consiguiente la otra también, resultando muchas veces posiciones antagónicas que no logran acercarse y llegar a un entendimiento mutuo.

2.3.1.2. La negociación colaborativa (consultar la obra denominada Sí de Acuerdo! Como Negociar Sin Ceder, de Roger Fisher y William Ury con Bruce M. Patton), se basa en que las partes traten de llegar a un acuerdo con base en sus intereses y no en sus posiciones. La diferencia entre las posiciones y los intereses consiste básicamente es en que las posiciones reflejan lo QUÉ se quiere, y los intereses van más allá, responden a las preguntas: POR QUÉ, PARA QUÉ, CÓMO, DÓNDE, etc, se quiere el objeto de la controversia. A simple vista, este enunciado nos puede parecer muy lógico y fácil de lograr, sin embargo, por la complejidad del ser humano, valores, ideas, percepciones, experiencias de vida, etc, normalmente nos cerramos en posiciones inflexibles que no permiten comunicarnos con la otra parte y se truncan las posibilidades de llegar a acuerdo de mutuo beneficio.

2.3.1.3. Cabe destacar que la negociación colaborativa también es la base que utiliza el mediador y el conciliador para ayudar a las partes en el proceso de comunicación. La diferencia es que en éstas dos últimas existe un tercero neutral mientras que la primera la llevan a cabo las partes directamente.

2.3.2. Círculos de Paz.

2.3.2.1. Los Círculos de Paz resultan un novedoso método RAC utilizado en nuestro país. Igualmente, se basa en la negociación colaborativa y la Justicia Restaurativa, también hay uno ó más neutrales que actúan como mediadores, pero su característica especial es que se utiliza en conflictos "multipartes" en los cuales, el conflicto no es solo de dos personas, si no más bien de varias personas que tienen temas en común y se busca lograr un entendimiento grupal para llegar a soluciones y acuerdos que beneficien a todos.

2.3.3. Justicia Restaurativa.

2.3.3.1. En Costa Rica, en los últimos tiempos se ha venido desarrollando la Justicia Restaurativa, sobre todo en materia penal, y lo que busca, no es únicamente resolver el hecho punible si no, que las cosas sean restauradas a la situación anterior a la controversia, y que el infractor, entendiendo el daño que ha causado a la víctima, no cometa nuevamente el ilícito con la misma persona u otras personas.

3. Los Comités de Disputas.

3.1 Los Comités de Disputas, conocidos internacionalmente como "Disputes Boards" (DB), son un mecanismo de resolución alternativa de conflictos que ha venido tomando auge a nivel mundial y latinoamericano en los últimos años. Para los fines de este trabajo se utilizará el término Comités de Disputas para referirse a los "Disputes Boards".

3.2. Definición.

3.2.1 Los Comités de Disputas son definidos por Chapman como *"un proceso de toma de decisión, hecho a la medida e inevitable para la industria de la construcción (...), rápida y eficiente, aunque provisional."*²

2 CHAPMAN, Peter, en La Perspectiva del Reino Unido. La Adjudicación. Ponencia presentada en el Seminario de

3.2.2. Gustavo Paredes Carbajal, los define de la siguiente manera: “Los DBs pueden ser definidos como una junta de adjudicación de disputas on site o en el sitio de la obra, por lo general, conformado por tres (3) expertos independientes e imparciales designados por las partes al inicio del proyecto. Es función de estos expertos hacer visitas periódicas o regulares a la obra para involucrarse activamente en su concepción, desarrollo y complejidad.”³

3.2.3. También lo podemos definir como un mecanismo de resolución de disputas en el sitio de la obra, mediante el cual, se busca solucionar las diferencias que surjan entre las partes durante su ejecución, dar recomendaciones por parte de uno ó varios expertos, para que sean acatadas por las partes durante la ejecución y que de esa forma, no se demore su finalización. Por consiguiente, es un método de resolución alterna de conflictos de naturaleza preventiva.

3.2.4. Por su definición, entonces logramos determinar que éste mecanismo, tiene las siguientes características: es preventivo; el comité lo integran expertos en la materia; se resuelven reclamos durante la ejecución de la obra; es expedito y sumamente ágil; la decisión tomada es final para las partes (más adelante se aclarará esta afirmación); y es una vía previa al arbitraje.

3.2.5. Acá es importante mencionar cuáles son los tipos de conflictos que surgen en las obras de infraestructura y construcción. A manera de ejemplo se pueden mencionar: (I.) ampliación de plazo originalmente estipulado en el contrato; (II.) gastos generales, sobre todo los costos imprevistos ya sea por cálculos mal hechos al momento de elaborar el

cartel y al presentar la oferta al cartel ó por atrasos tales como condiciones climáticas, atrasos de proveedores, huelgas, etc.; (III.) diferencias que surgen al momento de la recepción de obra, ya sea por la calidades de las mismas ó por el retraso en su entrega; (IV.) liquidación de contrato; y (V.) resolución de contrato. A su vez, para que sucedan esos conflictos, se pueden mencionar las siguientes causas: (i.) expedientes técnicos defectuosos, insuficientes y poco claros; (ii.) valores referenciales y presupuestos insuficientes; (iii.) desconocimiento de procedimientos por el propietario, el contratista ó los subcontratistas, (vi.) poca experiencia en el manejo contractual de los proyectos; (v.) falta de práctica de los administradores de los contratos; (vi.) inspecciones mal hechas y reportes de faltas a las especificaciones técnicas no presentados ó presentados deficientemente, y (vii.) una de las más importantes y comunes causas de los conflictos en construcción es la falta de decisión oportuna y comunicación efectiva entre las partes.

3.2.6. Las partes involucradas en los Comités de Disputas.

3.2.6.1. El dueño de la obra. Puede ser una empresa ó consorcio privado, y también un Estado ó alguna institución del Estado. En ambos casos el interés final que tiene el dueño de la obra es que ésta le sea entregada en el plazo pactado y bajo el presupuesto acordado sin tener que hacer gastos extraordinarios. En el caso del Estado ó alguna de sus instituciones, también existe un interés político para un beneficio público de la obra a realizar, como pueden ser construcciones de puentes, carreteras, hospitales y demás infraestructura de interés público.

3.2.6.2. El contratista y los subcontratistas. Por otro lado, el contratista y sus correspondientes contratistas, tiene el interés también de terminar la obra en el plazo estipulado y sin tener que correr con más gastos que los presupuestados. Lo anterior, con la finalidad de genera una ganancia ó utilidad del contrato, ganar reputación como buen contratista y por consiguiente, ser considerado para nuevas contrataciones en el futuro.

Resolución de Disputas bajo los Contratos Internacionales de Construcción, Hotel Concorde La Fayette, París, 2004.

3 PAREDES CARBAJAL, Gustavo “Métodos adjudicativos prearbitrales en la solución de reclamos en construcción: Un acercamiento a los Dispute Boards.”, Revista Peruana de Arbitraje No. 8, pp. 108.



3.2.6.3. Tenemos entonces, que ambas partes tiene un interés común, que es, terminar la obra en el plazo pactado y en el precio fijado en el contrato. Sin embargo, como se mencionó líneas arriba, normalmente durante la ejecución de la obra surgen cierto tipo de contratiempos e imprevistos que pueden atentar contra el interés mutuo de las partes y es ahí donde toma especial importancia el instituto de los Comités de Disputas, pues es un mecanismo de resolución de controversias efectivo y sobre todo preventivo.

3.3. Historia de los Comités de Disputas.

3.3.1. Tal y como lo indica el autor peruano Gerardo Paredes Carbajal, "La constante preocupación de la industria de la construcción por manejar eficientemente sus grandes proyectos, despertó el interés creativo de nuevos métodos de control de reclamos, especialmente en los Estados Unidos de América y Europa."⁴

3.3.2. A partir de los años setenta (70) en Estados Unidos de América se inició la utilización de este tipo de método de solución de controversias. Se utilizó inicialmente en el Túnel Eisenhower con gran suceso y esto ayudó enormemente a su divulgación y utilización en otros proyectos de construcción tales como represas, túneles, carreteras, puentes, etc.

3.3.3. Líneas más adelante, se hará mención a otros ejemplos de obras de gran envergadura en las que se ha utilizado el Comité de Disputas.

3.4. Tipos de Comités de Disputas.

3.4.1. Básicamente existen varias clases de Comités de Disputas, a saber: (I.) El Comité de Revisión de Disputas (Dispute Review Board - DRB -

por sus siglas en inglés); (II.) El Comité de Adjudicación de Disputas (Dispute Adjudication Board - DAB - por sus siglas en inglés); (III.) Comité de Disputas Combinado (Combined Dispute Board - CDB - por sus siglas en inglés); (IV.) Comité de Disputas de Asesoría (Dispute Advisory Board - DAAB - por sus siglas en inglés); y (V.) el Comité de Disputas de Mediación (Dispute Mediation Boards - DMB - por sus siglas en inglés). Cada uno de ello se explica brevemente a continuación.

3.4.1.1. El Comité de Revisión de Disputas (Dispute Review Board / DRB).

3.4.1.1.1. Es la forma original en que se concibió el Comité de Disputas y su finalidad es emitir recomendaciones para las partes sobre el diferendo en la ejecución de la obra. La recomendación emitida no es obligatoria hasta que no haya una resolución arbitral o judicial en ese sentido.

3.4.1.2. El Comité de Adjudicación de Disputas (Dispute Adjudication Board / DAB).

3.4.1.2.1. En este tipo de Comité, lo que se emiten son decisiones respecto a la controversia, las que son de acatamiento obligatorio. En caso que una de las partes decida no cumplir con la decisión, ésta seguirá siendo obligatoria hasta tanto en un arbitraje ó en un juzgado se determine lo contrario.

3.4.1.3. Comité de Disputas Combinado (Combined Dispute Board / CDB).

3.4.1.3.1. Es el caso en el cual el Comité de Disputas puede emitir tanto recomendaciones como decisiones. Está plasmado en el Reglamento para tales efectos emitido por la Cámara Internacional de Comercio (CCI) en el año 2004.

4 PAREDES CARBAJAL, Gustavo "Métodos adjudicativos prearbitrales en la solución de reclamos en construcción: Un acercamiento a los Dispute Boards." Revista Peruana de Arbitraje No. 8, página 109.

3.4.1.4. Comité de Disputas de Asesoría (Dispute Advisory Board / DA dB).

3.4.1.4.1. Es similar al DRB, sin embargo, su diferencia radica en la temporalidad, pues el DA dB únicamente se elige cuando surge una controversia.

3.4.1.5. Comité de Disputas de Mediación (Dispute Mediation Boards / DMB).

3.4.1.5.1. Es un panel de mediadores que ayudan a las partes de la contratación a resolver sus controversias durante la ejecución de la obra.

3.5. Perfil del miembro del Comités de Disputas.

3.5.1. Mucho se ha debatido, principalmente en Latinoamérica, sobre el rol y el perfil del miembro del Comité de Disputas, también conocido como Adjudicador. Será un mediador/conciliador, árbitro, ingeniero/arquitecto ó abogado?

3.5.2. Se podría pensar que dentro de las características del miembro del Comité de Disputas podemos mencionar que sea independiente e imparcial, que sepa guardar la confidencialidad, que tenga experiencia en contratos como el que se va a ejecutar y también experiencia y sobre todo capacitación en resolución alterna de conflictos, que sea asertivo, sumamente paciente y directivo.

4. Experiencia de Comités de Disputas a nivel internacional.

4.1. Banco Mundial y FIDIC.

En los años noventa el Banco Mundial tuvo un papel preponderante en la evolución de los Comités

de Disputas, mediante la recomendación en su "Standard Bidding Document Procurement of Works", en el que se incluyó el DRB. También la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), incluyo en su formato "Design-Build" y en el "Turnkey Project", más conocido como el Libro Naranja, y también haciendo modificaciones a los Libros Rojo y Amarillo, en las cuales se introducía la figura del Comité de Disputas.

4.2. Europa.

4.2.1. En el Reino Unido "The institution Of Civil Engineers" incorpora la figura del "Ingeniero" en sus contratos modelo, para que ayudara en la resolución de los conflictos que surgieran en la ejecución de la obra.

4.2.2. También la Cámara Internacional de Comercio (CCI), con sede en París, Francia, ha impulsado la utilización de los Comités de Disputas. En el año 2004 publicó el Reglamento de Comités de Disputas, mediante el cual se incentiva a las partes contratantes a utilizar este mecanismo.

4.2.3. Un ejemplo en el que se ha utilizado los Comités de Disputas en Europa es el proyecto del Canal de la Mancha, en el cual, se dio una sentencia arbitral muy renombrada en la que se indica que el Comité de Disputas es un requisito de arbitrabilidad previo a comenzar el arbitraje.

4.3. México.

4.3.1. En el año 2011 se fundó el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC) en México. Entre los Reglamentos de Solución de



Controversias del CAIC, se incluye el Reglamento de Paneles de Solución de Controversias, que también viene a impulsar los Comités de Disputas en ese país.

4.4. Honduras.

4.1. En los años ochenta, se utilizó un DRB (Dispute Review Boards) en la construcción de la represa y central hidroeléctrica llamada El Cajón. En este proyecto participó en su financiamiento el Banco Mundial y se buscó tener un Comité de Disputas con el fin de que se resolvieran las diferencias entre las partes interesadas de una forma más ágil.

4.6. Panamá.

4.6.1. El caso de Panamá tiene especial interés cuando se trata el tema de los Comités de Disputas. La razón es muy sencilla, en el año 2007 se inició el proyecto de ampliación del Canal de Panamá a cargo de la Autoridad del Canal de Panamá, la cual, a diferencia de muchas obras de infraestructura de esa envergadura, tiene una naturaleza jurídica según la cual es una entidad autónoma con patrimonio propio y con derecho de administrarlo, teniendo además una autonomía reglamentaria para temas específicos tales como un régimen de contrataciones autónomo.

4.6.2. En varios de los contratos y subcontratos de construcción y sus derivados, que fueron suscritos con la Autoridad del Canal de Panamá para la ejecución de la obra, se incluyeron cláusulas de resolución alterna de conflictos en las que, previo a ir a un arbitraje, las partes deberán tratar de solucionar sus diferencias por medio de un Comité de Disputa. En el caso específico de estos contratos, se dispuso que el Comité fuera un DAB (*Dispute Adjudication Board*) y no un DRB

(Dispute Review Board). Los miembros originales del DAB son Peter Chapman (Presidente), Robert Smith y Pierre Genton.

4.7. Perú.

4.7.1. El Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el año 2013 puso a la disposición de la industria de la construcción su Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas. En proyectos tales como Hidroeléctrica Cheves y en la Autoridad de Saneamiento de Lima, Sedapal, se ha dado la utilización de los Comités de Disputas.

4.8. Brasil.

4.8.1. Con la adjudicación de la sede de Brasil como organizador del Mundial Mayor de Fútbol de la FIFA del año 2014 y de Río como sede de los juegos olímpicos de 2016, se han impulsado una gran cantidad de proyectos de infraestructura en los cuales se pactaron Comités de Disputas.

5. Costa Rica.

• 5.1. Análisis normativo.

5.1.1. La Constitución Política de Costa Rica dispone en su artículo 43 que *“Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente.”* Vemos como la norma citada únicamente se refiere al arbitraje y no a otros métodos de resolución alterna de conflictos como la mediación, conciliación ó comités de disputas.

5.1.2. Por otro lado, el Código Civil de Costa Rica, en su artículo 1022, establece que: *“Los contratos*

tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.” (pacta sunt servanda).

5.1.3. La Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley RAC), en su artículo 2, regula: “Solución de diferencias patrimoniales. Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible.”

5.1.4. Tanto la normativa constitucional como legal, han dado amplia cabida a los métodos de resolución alterna de conflictos, tanto así, que se toma como un “*numerus apertus*” cuando se habla de “otras técnicas similares”, siendo la voluntad de las partes, y teniendo como garantía el principio del debido proceso que será, en última instancia, el que rige la forma en como las partes decidan resolver sus controversias, siendo de tal importancia que se le otorga rango constitucional en el orden jerárquico normativo de Costa Rica.

5.2. La Resolución Alternativa de Conflictos en la Jurisprudencia Costarricense.

5.2.1. La Sala IV (Constitucional) de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, mediante resolución 2003-7981, dispuso que: “*De igual forma, los funcionarios públicos beneficiarios del proyecto legislativo y el ente público a cargo del cual se impone ahora una indemnización, tienen el derecho de dirimir la controversia de interés mediante los mecanismos alternos de solución conflictos que tienen fuerte asidero en el valor constitucional fundante e implícito de la paz social.*”

5.2.3. A su vez, la Sala I (Civil y Comercial) de

la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en resolución 069-2005, rindió su criterio en el mismo sentido: “*La Constitución Política otorga a las personas de derecho, sean públicas y/o privadas, la facultad de solucionar sus diferencias a través de procesos no jurisdiccionales, mediante lo que se ha denominado resolución alternativa de conflictos, dentro de los cuales se incluyen la conciliación, la mediación y el arbitraje, como derecho derivado del numeral 43 del texto constitucional.*”

5.2.4. Se ha decantado la jurisprudencia costarricense por dar un asidero de orden constitucional a los procesos no jurisdiccionales de resolución de conflictos, tales como la conciliación, mediación y arbitraje, todo lo anterior conforme a lo dispuesto y derivado por el artículo 43 de la Carta Magna, siendo que, no se deberían excluir de esta interpretación jurisprudencial otros métodos tales como en el caso que nos ocupa, los comités de disputas.

6. Efectos jurídicos de la recomendación emitida por el Comité de Disputas.

6.1. Una de las grandes interrogantes sobre los Comités de Disputas es la naturaleza jurídica y los efectos que tiene la recomendación por ellos emitida. Al no ser un arbitraje, no podría tener la misma eficacia jurídica de un laudo que surte los efectos de cosa juzgada material según lo dispone el artículo 58 de la Ley RAC: “*El laudo se dictará por escrito; será definitivo, vinculante para las partes e inapelable, salvo el recurso de revisión. Una vez que el laudo se haya dictado, producirá los efectos de cosa juzgada material y las partes deberán cumplirlo sin demora.*”



6.2. Por otro lado, tampoco son las partes las que ayudadas por un mediador, llegan a un acuerdo de voluntades, que a su vez, en caso de seguirse el proceso establecido en la Ley RAC, también surte los mismos efectos de la cosa juzgada, artículo 9 de la Ley RAC: *“Los acuerdos de conciliación judiciales una vez homologados por el juez, y los extrajudiciales, tendrán autoridad y eficacia de cosa juzgada material y serán ejecutorios en forma inmediata.”*

6.3. Entonces, ¿cual es esa naturaleza jurídica en Costa Rica de las recomendaciones emitidas por los Comités de Disputas? Las recomendaciones tiene carácter de contractualmente finales y obligatorias para las partes (artículo 1022 del Código Civil: *“pacta sunt servanda”*), es decir, si las partes las cumplen no tendrían por qué luego de cumplidas volverse a tratar el asunto, y si no se cumplen, la parte que no cumple ó la que no es la que no cumple, dependiendo del tipo de Comité, podrá iniciar el arbitraje.

6.4. Ahora bien, en el caso que el mecanismo de Comité de Disputas se encuentre en una cláusula escalonada, en la cual, primero se debe ir a una proceso de mediación, luego al Comité de Disputas y por último al arbitraje, se ha considerado en la legislación y jurisprudencia comparada, como un requisito de arbitrabilidad que las partes hayan sometido su disputa inicialmente al Comité. En Costa Rica, la etapa de mediación en este tipo de cláusulas escalonadas no es obligatorio, por ejemplo la sentencia 69-C-S1-2012 de las 8 horas 50 minutos del 26 de enero de 2012, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto que *“Ahora bien, así lo ha analizado esta Sala en anteriores ocasiones, incluyendo una resolución en que se discutió este aspecto entre las mismas partes, la mediación es*

una forma autocompositiva de solución de conflictos, en donde un requisitos esencial es la voluntad de todos los interesados. Desde esta perspectiva, en la medida en que alguno de los sujetos intervinientes en el diferendo manifieste su oposición a recurrir a este mecanismo, este resultaría infructuoso, y por ende, no resultaría exigible. Dada la naturaleza de la figura, esta no puede imponerse, máxime cuando de antemano se tiene conocimiento de que se trata de una mera formalidad ante la renuencia de uno de los contratantes a transar el asunto. Ello llevaría a un retraso injustificado de la controversia... Así las cosas, aún cuando la cláusula arbitral establezca la mediación como etapa previa, lo cierto es que ante la negativa de una de las partes a participar, la vía quedaría expedita para acudir al arbitraje pactado.”

6.5. A pesar de la jurisprudencia citada, siendo el Comité de Disputas un mecanismo adjudicativo y no simplemente un espacio en que las partes pueden comunicarse voluntariamente para tratar de llegar a un acuerdo, como lo es la mediación, sí sería obligatorio para las partes acudir al Comité de Disputas antes de iniciar el arbitraje, por que es una obligación contractual que es ley entre las partes. Dado lo novedoso de esta figura, no se conoce ningún caso en Costa Rica en que esto haya sucedido, pero es muy posible que pronto suceda, en vista de la línea jurisprudencial en pro de los métodos alternos de resolución de conflictos, los magistrados de la Sala Primera, resolverán de conformidad y lo aplicarán como un requisito de arbitrabilidad.

6.6. Nos surge, ahora otra duda, si la recomendación no tiene eficacia de cosa juzgada material, por qué utilizar este método. La respuesta se debe encontrar en la ejecución de buena fe del

contrato entre las partes, pero no solo ahí, si no que, siendo que los miembros del Comité son expertos que han estado acompañando a las partes desde el inicio de la obra, y conocen bien el día a día de la misma, su recomendación estará mucho más fundamentada en la realidad de la ejecución de la obra que la de un árbitro que entra a conocer el diferendo mucho tiempo después. Estadísticamente, una gran cantidad de recomendaciones son cumplidas voluntariamente por las partes, y más aún, muchas de las que no son cumplidas, son luego confirmadas por un tribunal arbitral; sin que esto quiera decir que los Comités de Disputas vengán a sustituir al arbitraje, pues son métodos de solución de conflictos diferentes y que se utilizan en supuestos que no son similares.

7. Conclusiones.

7.1. En estas líneas se ha tenido un acercamiento al método de resolución de disputas conocido como en Comité ó Junta de Disputas, Disputes Boards en inglés. Éste método, aunque no es tan novedoso, ha sido de poca aplicación en los países latinoamericanos, y no es hasta el último par de décadas que ha venido tomando auge en nuestras latitudes.

7.2. Lo anterior, nos deja algunas preocupaciones e interrogantes tales como, ¿son las recomendaciones del Comité de Disputas un Laudo?, ¿son esas recomendaciones ejecutables?, ¿aplican los Comités de Disputas a todos los contratos y proyectos de construcción e infraestructura?, ¿quién y cómo se nombran sus miembros?, ¿cuántas y en qué regularidad se hacen las visitas al sitio de la obra?, ¿qué pasa si un miembro no hace las visitas ó no firma las recomendaciones?, ¿pueden darse consultas que no sean recomendaciones?, ¿cómo y quién define el

procedimiento?, ¿qué pasa si una parte ó un miembro del Comités de Disputas no colaboran con el proceso?, ¿qué pasa si el miembro del DB no puede ó no quiere seguir en su cargo?, ¿cuáles son los costos, quién los paga y si son muy elevados?, etc.

7.3. Son todas las anteriores interrogantes, algunas de muchas que a los operadores del derecho y los profesionales inmersos en el mundo de la construcción, les surgen cada vez que se habla de este tema. Son esas dudas, material de un nuevo estudio. Lo que sí parece importante recalcar es que la estadística refleja en cuanto a los costos del Comité de Disputas es que difícilmente llegan a ser el uno por ciento (1%) del precio total de la obra, porcentaje que está más que justificado invertir con el afán de poder tener la ejecución del contrato en el tiempo deseado y con los gastos originalmente presupuestados. Muchísimo más que eso tendrían que invertir las partes en honorarios de consultores legales y gastos de tribunales arbitrales si surge una diferencia en la ejecución del contrato y no se tiene previsto un Comité de Disputas para administrarles de forma inmediata, preventiva, de manera asertiva y manejada por expertos que conocen al detalle la obra.

8. Bibliografía

International Construction Arbitration. Kluwer Arbitration. Jane Jenkins.

Arbitraje. Editorial Porrúa, México. Francisco Gonzalez de Cossio.

Derecho Arbitral Jurisprudencial. Editorial IJSA. San José. Alberto Fernández López.



CHAPMAN, Peter, "La Adjudicación" Ponencia presentada en el Seminario de Resolución de Disputas bajo los Contratos Internacionales de Construcción, Hotel Concorde La Fayette, París, 2004.

Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas (Disputes Boards) del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Reglamento de Dispute Boards de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio.

Revista Peruana de Arbitraje No. 8, 2008, Magna Ediciones, Lima Perú. Autores varios.

Constitución Política de la República de Costa Rica.

Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social

Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).



PROCESOS CONSTITUCIONALES Y PROCESOS ARBITRALES ¿AGUA Y ACEITE?

Dr. Francisco González de Cossío.*

Resumen: Este ensayo analiza las consecuencias de la coexistencia de procesos constitucionales y procesos arbitrales en la región latinoamericana, ofreciendo una relectura a efecto de evitar problemas derivados de los debates que actualmente existen, dentro de los cuales se propone una postura conciliadora que permita la coexistencia de ambas instituciones jurídicas pues debemos reconocer que cumplen un papel importante y no resulta conveniente que éstas se contrapongan entre sí. Lo anterior tiene el objetivo de establecer un diálogo constructivo que ofrezca el resultado más favorable para los particulares.

Summary: this essay analyzes the consequences of the coexistence of constitutional and arbitral proceedings in the Latin American region, proposing an approach that avoids problems arising from the debates that currently exist, within which a conciliatory position is proposed so that the coexistence of both legal institutions can be permitted because we must recognize that they play an important role and it is not convenient that they oppose each other. This aims to establish a constructive dialogue that offers the most favorable outcome for individuals.

Palabras clave: arbitraje, juicio de amparo, tutela, procesos constitucionales, Constitución.

Key words: arbitration, amparo trial, tutelage, constitutional processes, Constitution.

*González de Cossío Abogados, SC, Ciudad de México (www.gdca.com.mx). Árbitro y postulante. Profesor de arbitraje y competencia. Este ensayo documenta la conferencia preparada para la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala, diciembre 2014. Apreciaciones bienvenidas a fgcosio@gdca.com.mx.

Sumario: I. Introducción; A. Propósito; B. La idea; C. El actual Planteamiento es cuestionable; II. Una mejor visión; A. Hermanos, no detractores; B. Procesos Constitucionales; C. Arbitraje; D. Compatibilidad de las instituciones jurídicas; III. Implementación de la mejor visión; A. ¿El árbitro como parte del sistema de tutela de derechos fundamentales?; 1. Conceptual: epistemología de los mecanismos de solución de controversias; 2. Pragmática: el costo social del garantismo; B. ¿Contrl constitucional de los árbitros?; C. Efecto en la causal del orden público; IV. La visión defendida merece ser seguida; A. Explicación; B. Aclaración; C. Controlemos menos para tutelar más; V. Conclusión; VI. Bibliografía. I. INTRODUCCIÓN

A. Propósito

El objeto de este ensayo es ofrecer una postura sobre un tema que aqueja la región latinoamericana: la relación entre los procesos constitucionales y arbitrales.

Se está librando una batalla intelectual interesante en nuestra región. La batalla es importante. La batalla es disimbola. La batalla es trascendente: de su resultado dependerán muchas cosas. Actualmente la batalla ostenta tanto victorias como derrotas. Éxitos y fracasos. Héroes y heridos—inclusive muertos. Consiste en cómo se conjugan los procesos constitucionales y los procesos arbitrales.¹

Este ensayo busca jugar un papel en dicha batalla – y el papel será el de un conciliador. Un avenidor. Un buen componedor. El motivo no sólo

1 Anexo una relación que describe genéricamente el estatus que este tema guarda en diversas jurisdicciones Latinoamericanas. El objetivo no es dar una opinión exhaustiva, sino fundamentar y permear el punto al que aludo en el texto: su kaleidoscópico statu quo en la región.

obedece a la consideración evidente (dialogar en vez de pelear. Construir en vez de destruir), sino la *convicción que ambas instituciones jurídicas tienen un papel importante que jugar*, y que no tienen por qué contraponerse. Mas aún, el planteamiento actual del tema no es obligado, es destructivo y es lamentable. Lo que es peor, condena a ambos a un resultado que desfavorece a quien debería tener en mente: el gobernado. El tutelado. El 'consumidor' de dichos procesos. Para explicar por qué, a continuación describiré brevemente el escenario que estamos viviendo y cómo es producto de un planteamiento cuestionable (§I.C), no sin antes adelantar la idea que pretendo defender (§I.B). Luego procederé a dar los cimientos de la idea (§II), cómo implementarla (§III), y por qué considero que constituye un mejor resultado que el que invita la discusión actual (§IV).

B. La idea

La idea que pretendo defender es que uno puede ser partidario del garantismo, sentirse estimulado por el neoconstitucionalismo, entusiasta de la expansión de la tutela constitucional y convencional, tanto nacional como supranacional, y un convencido de la importancia de los derechos fundamentales y los tribunales constitucionales, y aún así defender la noción que no deben interferir en —y mucho menos obstruir— procesos arbitrales. El motivo: cada uno juega un papel importante y diferente —*y complementario!*

Más aún, dado el estado de eficacia de los procesos constitucionales en la región, no adoptar la postura defendida tiene por efecto (1) *entorpecer* los procesos en las relaciones de coordinación (incluyendo el arbitraje), (2) distraer los procesos constitucionales al incluir dentro de su ámbito de atención áreas que los necesitan menos, y (3) *diluir* los recursos disponibles para procesos constitucionales, al ser empleados en áreas donde se requieren menos, distrayéndolos de las áreas donde se necesitan más.

C. El actual Planteamiento es cuestionable

En su mayoría, el planteamiento actual despierta, en su aspecto analítico, lo que la lógica llama un "falso dilema".² Y en su aspecto retórico, lo que los psicólogos llaman un diálogo de sordos. La mayoría de los intelectuales que han adoptado posturas sobre este tema son catalogables en uno de dos bandos: los constitucionalistas y los arbitralistas. Y las posturas que adoptan tienden a dar preferencia a la disciplina sobre la cual se especializan, buscando supeditar la otra.

Postulo que ello es tan cuestionable como lamentable.

Es *cuestionable* pues el análisis de supeditación —quién o cuál es más importante— es un ejercicio intelectualmente arduo y poco meritorio. Algo así como discutir sobre qué es más importante: ¿un martillo o un desarmador? Respetuosamente, expender energía para defender uno u otro es desperdicio. Dirigir energía a un fin banal. El análisis de supeditación no deja nada. Usemos nuestras (escasas y valiosas) armas intelectuales para fines que los justifican — y de preferencia fines constructivos.

Es *lamentable* pues sesga análisis y arroja resultados indeseables. Si se prefiere al arbitraje, los paladines del constitucionalismo detractarán y se preocuparán — y con razón. Si se prefiere el constitucionalismo, los arbitralistas se inquietarán por su impacto en la eficacia del arbitraje.

¿Por qué no mejor reconocer que *ambos juegan un papel importante y distinto*. En sus respectivas esferas de aplicabilidad, cada instrumento tiene un propósito que guarda un común denominador y una diferencia. La diferencia es el derecho que aplican.

² Véase, Garantismo y Arbitraje: un Falso Dilema, XIII Congreso Nacional de Abogados de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. (San Luis Potosí, mayo 2012), y su post scriptum (ambos visibles en www.gdca.com.mx).



El común denominador es que *ambos buscan (eventualmente) lo mismo*: respeto del Derecho. Ambos son aliados del Estado de Derecho. Ambos son instrumentos que, en sus respectivas áreas de aplicación, tienen un valor que dar, una misión que cumplir. Por ende, verlos como enemigos es artificial. Es ver gigantes donde hay molinos. Y al margen del yerro conceptual, existe un resultado pragmático lamentable: da municiones para el uso fariseo (abusivo y obstructivo) del Derecho.

II. UNA MEJOR VISIÓN

A. Hermanos, no detractores

En vez de dirigir nuestras armas los unos a los otros, los constitucionalistas y los arbitralistas deberíamos entender que somos aliados en un mismo fin. En vez de enfrentar, deberíamos colaborar. En lugar de guerras intelectuales fratricidas, deberíamos reconocer que compartimos un mismo ideal: *el respeto por el Derecho*. La procuración de un Estado de Derecho. Como rama del Derecho, forma parte del Derecho.

Los procesos constitucionales tienen por objeto defender derechos fundamentales. Los procesos arbitrales tienen por objeto defender derechos de otra índole, contractuales o *ex lege*. Pero derechos al final del día.

Cuando olvidamos lo anterior, distraemos. Dirigimos nuestras armas intelectuales entre nosotros, en vez de dirigirlas hacia el verdadero enemigo. Al hacerlo, desperdiciamos el filo de nuestras navajas en batallas entre pares. Y para cuando debemos enfrentar al verdadero enemigo, las navajas están desafiladas.

Si el lector está dispuesto a aceptar esta relectura, paso a explicar cómo lograrla.

B. Procesos Constitucionales

La idea de la Constitución es poderosa y estimulante. Tanto en su aspecto **sustantivo** (la existencia de un puñado de principios universalmente aceptados como importantes – los ‘derechos fundamentales’ – que brillan más e irradian aplicación sobre el resto del sistema) como **adjetivo** (la Garantía Jurisdiccional de la Constitución). Sea que se trate del modelo austriaco, concentrado, o del modelo americano, difuso, la posibilidad de sujetar a control constitucional el ejercicio del poder es una de las grandes victorias de la ciencia del Derecho. El objetivo: que la Constitución sea un instrumento *viviente*—no sólo *vigente*.

C. Arbitraje

El arbitraje, en su esencia, descansa en la libertad,³ tanto contractual como procesal. La posibilidad de escoger una forma de encausar y resolver problemas diversa a la ofrecida por el Estado. Además, dadas sus características, el arbitraje se funda también en la certeza y seguridad jurídica.

La idea es sencilla, pero poderosa. El Estado ofrece una infraestructura para resolver problemas — la justicia estatal. Dicha opción, como toda opción, tiene características: ventajas y desventajas. Por definición ello la hace apta, idónea, para cierto tipo de problemas. Pero también por definición no es adecuada para otros.⁴ Es ello lo que logra el arbitraje: la posibilidad de hacer uso de la libertad contractual para moldear una solución a las necesidades del problema. *Inter alia* permite elegir el intelecto de quien actuará como juzgador (el árbitro) y confeccionar un proceso como traje a la medida para lo que necesita.⁵

3 Para una lectura fresca y estimulante sobre esta noción, véase Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013.

4 Al respecto, véase el capítulo II de Arbitraje, Ed. Porrúa, México, DF, 4ª edición, 2014.

5 Desarrollo esta idea, como punto de partida de toda mi obra,

D. Compatibilidad de las instituciones jurídicas

Entendida la razón de ser de cada institución jurídica, ¿es incompatible el ideal de control de poder con el ideal de libertad?

Postulo que la respuesta es negativa. Ambos ideales no solo no se contradicen, *se refuerzan*. La libertad de encausar y resolver una disputa en forma diversa a la generalmente disponible es perfectamente compatible con la (estimulante) idea que el poder debe ser ejercido conforme a cierto cauce. Que hay principios elementales, fundamentales, que nos aplican a todos, y que permean en todos los sistemas, por lo que irradian aplicación a todos. Y dichos principios son, como explica elocuentemente Dworkin, “cartas de triunfo frente a las mayorías”.⁶ “Derechos que nos corresponden universalmente a todos en cuanto dotados del estatus de personas” adoptando la definición de Luigi Ferrajoli.⁷ “Intereses fundamentales para el florecimiento del humano”, como los concibe John Finnis.⁸ O el “Conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo” como explica la Ministra de la Suprema Corte de Justicia de México, la doctora Margarita Luna Ramos.⁹

Lo anterior debe servir de punto de partida analítico, pues es la esencia de ambas instituciones. No hacerlo arroja un resultado que dista de estar en sintonía con el leitmotif de cada institución jurídica. Dicha esencia debe siempre tenerse presente pues,

como se ha explicado antes, una concepción diversa tiene (ha tenido) por efecto que, lo que en verdad son hermanos en ideales, se tornen en enemigos conceptuales.

Postulo que dicha compatibilidad existe inclusive ante la expresión más estimulada de la idea de la Constitución. Después de todo, la libertad (implícita en la idea del arbitraje) es uno de los derechos más caros de todos los instrumentos constitucionales.

III. implementación de la mejor visión

Aceptado el punto de partida, la pregunta obligada es ‘cómo’. ¿Cómo lograr la postura por la que abogo?

Propondré una senda a partir de tres puntos de intersección de ambas disciplinas que propician dudas que la implementación de la visión tendría que resolver:

- a) ¿Cuál es el papel del árbitro en el sistema de tutela de derechos fundamentales?
- b) ¿Es necesario control constitucional de la actividad de los árbitros?
- c) ¿Qué efecto tiene mi visión en la causal de orden público?

A continuación propongo respuestas que someto a la consideración de este público.

A. ¿El árbitro como parte del sistema de tutela de derechos fundamentales?¹⁰

Vista desde la perspectiva constitucionalista, la idea que aquí planteo exige responder la pregunta

en Arbitraje, Ed. Porrúa, 4ª edición, 2014.

6 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, USA, 1978.

7 Derecho y Garantías. *La Ley del Más Débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 37.

8 John Finnis, *Human Rights & Common Good*, Collected Essays: Volume III, Oxford University Press, p. 28.

9 Margarita Luna Ramos, *Las Personas Morales ¿tienen derechos humanos?*, *El Universal*, 6 de mayo de 2014, sección de Opinión, p. A18.

10 La forma en que he planteado la pregunta es cuestionable, lo admito. Si lo he hecho así obedece a que deseo adoptar el ángulo analítico más difícil de defender, pero más estimulante, y desde la perspectiva de la postura constitucionalista.

‘¿qué papel deben jugar los tribunales arbitrales en el sistema nacional e internacional de tutela de derechos fundamentales?’ Si la obligación de hacer control difuso de constitucionalidad y convencionalidad aplica a los tribunales arbitrales. Si el ‘bloque de constitucionalidad’ y ‘bloque de convencionalidad’ es parte del ‘Derecho’ que el árbitro privado debe aplicar para resolver el caso concreto.¹¹ Si el árbitro debe entenderse como ‘juez interamericano’ humanitario, y por ende aplicar el *corpus iuris trasnacional*¹² que está en vías de tejerse – uno de los desarrollos jurídicos más estimulantes de los últimos tiempos.

Postulo ante este foro de expertos que la respuesta debe ser negativa. El motivo es tanto conceptual como pragmático. Me explico.

11 Ello incluiría el ‘diálogo jurisprudencial’ regional y nacional al que alude Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional, UNAM, Ed. Marcial Pons, México, 2014 p. 681). Incluiría el derecho escrito y jurisprudencial del sistema jurídico involucrado, el *corpus iuris humanitario* (tanto interamericano como comparado – europeo y africano – cuando orientativo).

12 Nótese el término, que no recibe eco en la literatura especializada sobre el tema. Mientras que algunos hablan de un ‘Derecho Público Interamericano’ (v.gr., Ferrer Mac-Gregor, ob. cit., p. 681), utilizo el término ‘transnacional’ para hacer aplicable las ideas de Philip C. Jessup (*Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956) consistentes en la universalidad de los problemas que aquejan a la humanidad, y cómo el derecho que cada sistema destila es uno, transnacional, que corta transversalmente a todos los sistemas jurídicos. La idea me ha estimulado desde hace mucho en esencia por dos motivos. Primero, su visión macro, mundialista, de la humanidad, que resta importancia a las (artificiales) fronteras y evita caer en nacionalismos – lo cual tanto daño nos ha hecho. Segundo, por que invita un uso diestro y pragmático de la disciplina del Derecho Comparado. En mi opinión, la utilidad mayor del Derecho Comparado es que permite aprender de la experiencia ajena, evitando repetir errores. Permitiendo confeccionar mejores soluciones (régimenes jurídicos) cuando capitaliza la sabiduría derivada de la experiencia ajena.

1. Conceptual: epistemología de los mecanismos de solución de controversias

Los mecanismos alternativos de solución de controversias, incluyendo el arbitraje, son una opción. Una alternativa a la regla que todos tenemos el derecho fundamental a obtener tutela judicial del Estado. Dicho derecho es una opción. Y dicha opción tiene características que lo hacen idóneo para ciertos casos, e inútil para otros. Es decir, el proceso judicial, como todo instrumento, es por definición ideal para cierto tipo de problemas, y también por definición no es ideal para otros.¹³

Los problemas deben ser analizados como patologías. Deben palpase a efecto de discernir qué medicina necesitan: litigio, arbitraje, mediación, conciliación, peritaje o *dispute boards*. Se trata de medicinas distintas para males distintos. El motivo: cada figura aporta un valor diverso. Y dentro de dicho valor no está el de ser parte del sistema interamericano de tutela de derechos fundamentales. Visto desde la (aguda) perspectiva de Salvatore Natoli y Luigi Ferrajoli,¹⁴ el “dolor” que busca colmar es diverso.

13 Esta apreciación es frecuentemente pasada por alto, particularmente por los detractores del arbitraje. Para estos personajes, el arbitraje no sirve para nada. Y si se escuchan sus motivos, el pensador cauteloso se percatará que son técnicamente inadecuados, con frecuencia consisten en exposiciones incompletas (muchas veces, desinformadas) de temas o casos de arbitraje, y en muchas ocasiones una (a veces iracunda) predisposición en contra. Considero que ello es lamentable. Los mecanismos alternativos de solución de controversias, incluyendo el arbitraje, son herramientas útiles para ciertos casos, e inútiles para otros. Ello, respetuosamente, es la exposición objetiva y correcta del punto. Y la apreciación también se extiende al litigio: es ideal para ciertos casos, y subóptimo para otros. Cuando un abogado se ciega a esto, lo único que logra es cerrarse puertas – y a sus clientes. Querrá decir que hay un universo de casos en los que participa en que está mal aconsejando, pues eran mejor encausados por vías distintas al litigio.

14 Derecho y Dolor. La Crisis del Paradigma Constitucional,

No se trata de un dolor *sufrido*, sino un dolor *infligido*.¹⁵

Esto no quiere decir que los árbitros violen derechos fundamentales. Quiere decir que no son el instrumento para garantizarlo. Este punto es sutil, pero importante. Un derecho puede ser tutelado desde ángulos distintos.¹⁶ Pero ello no quiere decir que todos los ángulos requieran los mismos recursos procesales.

La postura anterior se complica en los sistemas jurídicos donde existe control difuso. De hecho, tengo que admitir que la exposición tiene un ligero sesgo: proviene de un abogado educado en el modelo concentrado de control constitucional.¹⁷ Con mis antecedentes, la exposición anterior tiene un ángulo diverso al que probablemente adoptaría un practicante o juzgador entrenado y acostumbrado al control difuso.¹⁸ ¿Quiere lo anterior decir que la idea

aquí presentada es inaplicable a los sistemas con control difuso? Propongo que no. En dichos casos, el árbitro realizaría una interpretación conforme,¹⁹ que no estaría sujeta a los mecanismos, recursos de alzada, del control constitucional. El árbitro aplicaría la jurisprudencia interamericana y local constitucional y convencional como parte del “Derecho” aplicable para resolver la controversia. Pero el laudo no sería revisable en cuanto a ello, pues dicho ejercicio estaría revestido de ‘finalidad’, como una cuestión de derecho sustantivo.²⁰

Rubio por sus apreciaciones desde la perspectiva peruana.

19 No podrían analizar la validez de leyes con efectos erga omnes, lo cual corresponde a tribunales constitucionales. Lo más que podrían hacer es una interpretación conforme, incluyendo (en casos extremos) la no aplicación en el caso concreto de una norma considerada inconstitucional.

20 En este contexto se torna relevante la postura vertida por el Dr. Leonel Pereznieta Castro en *El Control Difuso por Tribunales Arbitrales* (La Barra, Revista de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, No. 92, Julio-Octubre, 2014, p. 10). Dicho jurista hace ver que el árbitro puede tener que hacer control difuso. Su análisis —que entiendo como el comienzo, no fin, de una discusión— pone el dedo en la llaga del gran tema a resolver. Del mismo tengo similitudes, diferencias y puntos que someto a su respetada consideración.

Similitudes: Comparto su apreciación que el ejercicio puede ser resultado del Derecho aplicable (§4(b), p. 13). Al hacerlo, invito a quienes difieran a que consideren que esto es parte del nuevo paradigma que se suscita por la adopción por México del modelo mixto de control de constitucionalidad y convencionalidad. No podemos cerrarnos los ojos al tema. El Dr. Pereznieta hace bien en iniciar esta discusión. Sin embargo, al día de hoy, dicha postura tiene que tomar en cuenta que el control difuso en México es una obligación impuesta a autoridades (Art. 1, para 3, de la Constitución). Siendo que el árbitro ha sido consistentemente entendido como que no actualiza la hipótesis de ‘autoridad’ (ni para efectos de amparo, ni para otro fin), ¿cómo se justificaría el ejercicio?

Diferencias: el árbitro no es ‘auxiliar de la justicia’; no forma parte del aparato estatal de forma alguna – incluyendo la (amorfa) noción de ‘auxiliar de la justicia’ que en el pasado ha servido para remediar otros problemas en la aplicación del juicio de amparo.

en *El Canon Neoconstitucional*, Universidad del Externado de Colombia, Serie Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho número 8, Bogotá, Colombia, 2010, p. 145.

15 Ferrajoli hace eco de la justificación del Derecho que Salvatore Natoli propone: como solución a dos tipos de dolores: el “sufrido” y el “infligido”. El primero es natural, el segundo causado por el hombre.

16 Por ejemplo, la vida, que puede ser tutelada desde la perspectiva de derecho constitucional, convencional (artículos 4 y 5 del Pacto de San José) y penal (sancionando el homicidio: artículo 302 del Código Federal Penal). La propiedad: artículo 27 de la Constitución, artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 367 del Código Federal Penal (que sanciona el robo).

17 Hasta 2011 México siguió un sistema de control constitucional concentrado. A partir de entonces es mixto: coexisten el control concentrado (por jueces constitucionales) y difuso (que aplica a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias).

18 Por ejemplo, proveniente de República Dominicana o del Perú. Estoy en deuda con el Magistrado Edynson Alarcón, la doctora Mary Fernández y José Ricardo Feris por sus amables (pero arduos) comentarios sobre el tema desde la perspectiva de República Dominicana. A su vez, con Alfredo Bullard y Roger



Proposiciones: (1) la apreciación que el control difuso del árbitro es más amplio de lo que puede ejercer un juez local (id., p. 14) es matizable en que no admite generalización. Por un lado, el árbitro que aplica Derecho del país X cuyos jueces constitucionales han, por ejemplo, declarado la invalidez de una norma con efectos erga omnes, tendría que acatar dicha decisión, producto del sistema que conforma el “Derecho” que aplica. (Pero propondría que no es revisable en el contexto del juicio de nulidad o no ejecución. Para una postura contraria, ver el caso peruano desde el caso Maria Julia, que permite revisión del laudo para cerciorar que no se viola un precedente del Tribunal Constitucional de observancia obligatoria.) Aunado al hecho que el árbitro no puede declarar la invalidez de normas inconstitucionales o inconventionales, ello militaría a favor de considerar que la apreciación no es correcta. Por otro, el árbitro no está maniatado ante las determinaciones sobre inconstitucionalidad o inconventionalidad de los juzgadores locales. Esta es la esencia de la (profunda, estimulante y frecuentemente malentendida) postura por la que aboga Jan Paulsson en su debate con Pierre Mayer (J. Paulsson, *Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals*, 23 ICSID Review 215 (2008); P. Mayer, *L'arbitre international et la hiérarchie des normes*, *Revue de l'arbitrage*, 2011 p. 361 y J. Paulsson, *The Idea of Arbitration*, p. 231 et seq) y que el Dr. Pereznieto permea (id., pp. 13-14). Lo profundo y estimulante (además de precioso, para mi gusto) de la (controversial, pero inadvertida para muchos) postura de Paulsson es que da margen de maniobra al árbitro internacional para evitar ser forzado a aplicar decisiones secundarias cuestionables o ser parte del Derecho como instrumento de opresión, lo cual ex hypothesi significa que algo anda mal con el funcionar del Poder Judicial local – algo que lamentablemente sigue pasando en algunas equinas del orbe.

(2) El que el árbitro pueda estar obligado a efectuar control difuso no depende de la sede sino del Derecho sustantivo aplicable, incluyendo si el Derecho en cuestión lo exige; mas no por la sede – que no es más que el vínculo que ata un tribunal arbitral a un derecho arbitral local. Dicho de otra manera, un árbitro con sede en un país donde no exista control difuso puede no obstante ello tener que efectuar control difuso cuando el Derecho aplicable sea de otro país que así lo exige. Y viceversa. La sede no es dispositiva de dicha cuestión.

(Me interesará conocer la respetada opinión del Dr. Pereznieto sobre las anteriores reflexiones.)

Auguro que esta postura hará hervir la sangre de algunos: ¿O sea que los árbitros privados aplicarán derecho constitucional sin estar sujetos a los mecanismos procesales que se cercioran que el mismo está correctamente aplicado – mismos que aplican a los jueces mismos?²¹ Respuesta: “sí”. Motivo: por que el laudo es final. Porque ese fue el deseo de las partes al optar por un mecanismo alternativo de solución de controversias.²² ¿Alternativo a qué? – Al sistema judicial. Cualquier postura distinta sería contraria a la voluntad de las partes. Si una parte se somete al arbitraje, que es uni-instancial, es por que desea que todo sea resuelto en una sola instancia – incluyendo el Derecho público aplicable.

2. Pragmática: el costo social del garantismo²³

Con todo el respeto que tengo a la disciplina del proceso constitucional (incluyendo sus teóricos y practicantes), existe un problema serio que nos aqueja, y que no sólo no se ha remediado, sino que todo parece indicar que distamos de arrojar síntomas de mejoría en el futuro no sólo inmediato, sino mediato.

21 Nótese que planteo la pregunta de la forma más provocadora posible. El motivo obedece al principio de argumentación que exige vencer un argumento en su expresión más robusta, no más débil. Una expresión menos escandalosa podría ser “El principio de finalidad del laudo se extiende también a las cuestiones de derecho constitucional o convencional, cuando aplicable?”.

22 De hecho, existe una corriente de opinión que considera que existe un ‘derecho humano arbitral’: el derecho fundamental a contar con procedimientos arbitrales libres de intervención judicial. (Véase, el Derecho Humano Arbitral, Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria del a Construcción (mayo 2013), visible en www.caic.org.mx). Para conocer la respuesta judicial a dicha teoría, véase El Derecho Humano Arbitral, (XIV Congreso Nacional de Abogados, 7 y 8 de Noviembre de 2014, visible en www.gdca.com.mx).

23 Para abundar sobre esto, ver El Costo Social del Garantismo, XIV Congreso Nacional de Abogados, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Puebla, 7 y 8 de noviembre de 2014.

No se trata de un dolor *sufrido*, sino un dolor *infligido*.¹⁵

Esto no quiere decir que los árbitros violen derechos fundamentales. Quiere decir que no son el instrumento para garantizarlo. Este punto es sutil, pero importante. Un derecho puede ser tutelado desde ángulos distintos.¹⁶ Pero ello no quiere decir que todos los ángulos requieran los mismos recursos procesales.

La postura anterior se complica en los sistemas jurídicos donde existe control difuso. De hecho, tengo que admitir que la exposición tiene un ligero sesgo: proviene de un abogado educado en el modelo concentrado de control constitucional.¹⁷ Con mis antecedentes, la exposición anterior tiene un ángulo diverso al que probablemente adoptaría un practicante o juzgador entrenado y acostumbrado al control difuso.¹⁸ ¿Quiere lo anterior decir que la idea

aquí presentada es inaplicable a los sistemas con control difuso? Propongo que no. En dichos casos, el árbitro realizaría una interpretación conforme,¹⁹ que no estaría sujeta a los mecanismos, recursos de alzada, del control constitucional. El árbitro aplicaría la jurisprudencia interamericana y local constitucional y convencional como parte del “Derecho” aplicable para resolver la controversia. Pero el laudo no sería revisable en cuanto a ello, pues dicho ejercicio estaría revestido de ‘finalidad’, como una cuestión de derecho sustantivo.²⁰

Rubio por sus apreciaciones desde la perspectiva peruana.

19 No podrían analizar la validez de leyes con efectos erga omnes, lo cual corresponde a tribunales constitucionales. Lo más que podrían hacer es una interpretación conforme, incluyendo (en casos extremos) la no aplicación en el caso concreto de una norma considerada inconstitucional.

20 En este contexto se torna relevante la postura vertida por el Dr. Leonel Pereznieta Castro en *El Control Difuso por Tribunales Arbitrales* (La Barra, Revista de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, No. 92, Julio-Octubre, 2014, p. 10). Dicho jurista hacer ver que el árbitro puede tener que hacer control difuso. Su análisis —que entiendo como el comienzo, no fin, de una discusión— pone el dedo en la llaga del gran tema a resolver. Del mismo tengo similitudes, diferencias y puntos que someto a su respetada consideración.

Similitudes: Comparto su apreciación que el ejercicio puede ser resultado del Derecho aplicable (§4(b), p. 13). Al hacerlo, invito a quienes difieran a que consideren que esto es parte del nuevo paradigma que se suscita por la adopción por México del modelo mixto de control de constitucionalidad y convencionalidad. No podemos cerrarnos los ojos al tema. El Dr. Pereznieta hace bien en iniciar esta discusión. Sin embargo, al día de hoy, dicha postura tiene que tomar en cuenta que el control difuso en México es una obligación impuesta a autoridades (Art. 1, para 3, de la Constitución). Siendo que el árbitro ha sido consistentemente entendido como que no actualiza la hipótesis de ‘autoridad’ (ni para efectos de amparo, ni para otro fin), ¿cómo se justificaría el ejercicio?

Diferencias: el árbitro no es ‘auxiliar de la justicia’; no forma parte del aparato estatal de forma alguna – incluyendo la (amorfa) noción de ‘auxiliar de la justicia’ que en el pasado ha servido para remediar otros problemas en la aplicación del juicio de amparo.

en *El Canon Neoconstitucional*, Universidad del Externado de Colombia, Serie Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho número 8, Bogotá, Colombia, 2010, p. 145.

15 Ferrajoli hace eco de la justificación del Derecho que Salvatore Natoli propone: como solución a dos tipos de dolores: el “sufrido” y el “infligido”. El primero es natural, el segundo causado por el hombre.

16 Por ejemplo, la vida, que puede ser tutelada desde la perspectiva de derecho constitucional, convencional (artículos 4 y 5 del Pacto de San José) y penal (sancionando el homicidio: artículo 302 del Código Federal Penal). La propiedad: artículo 27 de la Constitución, artículo 21 del la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 367 del Código Federal Penal (que sanciona el robo).

17 Hasta 2011 México siguió un sistema de control constitucional concentrado. A partir de entonces es mixto: coexisten el control concentrado (por jueces constitucionales) y difuso (que aplica a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias).

18 Por ejemplo, proveniente de República Dominicana o del Perú. Estoy en deuda con el Magistrado Edynson Alarcón, la doctora Mary Fernández y José Ricardo Feris por sus amables (pero arduos) comentarios sobre el tema desde la perspectiva de República Dominicana. A su vez, con Alfredo Bullard y Roger



Proposiciones: (1) la apreciación que el control difuso del árbitro es más amplio de lo que puede ejercer un juez local (id., p. 14) es matizable en que no admite generalización. Por un lado, el árbitro que aplica Derecho del país X cuyos jueces constitucionales han, por ejemplo, declarado la invalidez de una norma con efectos erga omnes, tendría que acatar dicha decisión, producto del sistema que conforma el “Derecho” que aplica. (Pero propondría que no es revisable en el contexto del juicio de nulidad o no ejecución. Para una postura contraria, ver el caso peruano desde el caso Maria Julia, que permite revisión del laudo para cerciorar que no se viola un precedente del Tribunal Constitucional de observancia obligatoria.) Aunado al hecho que el árbitro no puede declarar la invalidez de normas inconstitucionales o inconventionales, ello militaría a favor de considerar que la apreciación no es correcta. Por otro, el árbitro no está maniatado ante las determinaciones sobre inconstitucionalidad o inconventionalidad de los juzgadores locales. Esta es la esencia de la (profunda, estimulante y frecuentemente malentendida) postura por la que aboga Jan Paulsson en su debate con Pierre Mayer (J. Paulsson, *Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals*, 23 ICSID Review 215 (2008); P. Mayer, *L'arbitre international et la hiérarchie des normes*, *Revue de l'arbitrage*, 2011 p. 361 y J. Paulsson, *The Idea of Arbitration*, p. 231 et seq) y que el Dr. Pereznieto permea (id., pp. 13-14). Lo profundo y estimulante (además de precioso, para mi gusto) de la (controversial, pero inadvertida para muchos) postura de Paulsson es que da margen de maniobra al árbitro internacional para evitar ser forzado a aplicar decisiones secundarias cuestionables o ser parte del Derecho como instrumento de opresión, lo cual ex hypothesi significa que algo anda mal con el funcionar del Poder Judicial local – algo que lamentablemente sigue pasando en algunas equinas del orbe.

(2) El que el árbitro pueda estar obligado a efectuar control difuso no depende de la sede sino del Derecho sustantivo aplicable, incluyendo si el Derecho en cuestión lo exige; mas no por la sede – que no es más que el vínculo que ata un tribunal arbitral a un derecho arbitral local. Dicho de otra manera, un árbitro con sede en un país donde no exista control difuso puede no obstante ello tener que efectuar control difuso cuando el Derecho aplicable sea de otro país que así lo exige. Y viceversa. La sede no es dispositiva de dicha cuestión.

(Me interesará conocer la respetada opinión del Dr. Pereznieto sobre las anteriores reflexiones.)

Auguro que esta postura hará hervir la sangre de algunos: ¿O sea que los árbitros privados aplicarán derecho constitucional sin estar sujetos a los mecanismos procesales que se cercioran que el mismo está correctamente aplicado – mismos que aplican a los jueces mismos?²¹ Respuesta: “sí”. Motivo: por que el laudo es final. Porque ese fue el deseo de las partes al optar por un mecanismo alternativo de solución de controversias.²² ¿Alternativo a qué? – Al sistema judicial. Cualquier postura distinta sería contraria a la voluntad de las partes. Si una parte se somete al arbitraje, que es uni-instancial, es por que desea que todo sea resuelto en una sola instancia – incluyendo el Derecho público aplicable.

2. Pragmática: el costo social del garantismo²³

Con todo el respeto que tengo a la disciplina del proceso constitucional (incluyendo sus teóricos y practicantes), existe un problema serio que nos aqueja, y que no sólo no se ha remediado, sino que todo parece indicar que distamos de arrojar síntomas de mejoría en el futuro no sólo inmediato, sino mediato.

21 Nótese que planteo la pregunta de la forma más provocadora posible. El motivo obedece al principio de argumentación que exige vencer un argumento en su expresión más robusta, no más débil. Una expresión menos escandalosa podría ser “El principio de finalidad del laudo se extiende también a las cuestiones de derecho constitucional o convencional, cuando aplicable?”.

22 De hecho, existe una corriente de opinión que considera que existe un ‘derecho humano arbitral’: el derecho fundamental a contar con procedimientos arbitrales libres de intervención judicial. (Véase, el Derecho Humano Arbitral, Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria del a Construcción (mayo 2013), visible en www.caic.org.mx). Para conocer la respuesta judicial a dicha teoría, véase El Derecho Humano Arbitral, (XIV Congreso Nacional de Abogados, 7 y 8 de Noviembre de 2014, visible en www.gdca.com.mx).

23 Para abundar sobre esto, ver El Costo Social del Garantismo, XIV Congreso Nacional de Abogados, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Puebla, 7 y 8 de noviembre de 2014.

Como regla, los *procesos constitucionales de nuestra región tienen un margen alto de ineficacia*.²⁴ Me he abocado a estudiar los procesos constitucionales en la región. Sin ostentarme como experto, detecto cinco constantes se relacionan con nuestro tema y que han tenido por efecto mermar seriamente su eficacia:

i) **Dilución:** como dice el viaje adagio “el que mucho abarca, poco aprieta”. Cuando una misma herramienta se utiliza para todo tipo de fines, el resultado es que se mal emplea. Se diluye. Ello ha acontecido con los procesos constitucionales. Al hacerlos aplicables a áreas distintas a su núcleo duro, el resultado es que se merma la energía disponible. Se expenden recursos en espacios que no los necesitaban tanto – inclusive que no los justifican. Y siendo que los recursos son finitos,²⁵ el resultado natural es que se distraen de donde se deberían enfocar. De las áreas en las que se deberían concentrar.

ii) **Procesalitis:** con frecuencia el régimen aplicable a los procesos constitucionales es formal y obeso. Se observa una enorme sobre-regulación de todos los aspectos del proceso. Y entre más forma y requisitos, más probabilidad de error. Aunado al fetish por la formalidad, ello tiene por efecto dar múltiples ocasiones para obstruir.

iii) **Exceso de recursos:** la mayoría de los sistemas de derecho procesal constitucional suelen contar con una cantidad enorme de recursos intraprocesales – además de los recursos aplicables una vez concluido el proceso. Ello impacta seriamente su eficacia, pues muchos de los recursos suelen suspender el proceso mientras se admiten o deciden. Ello tiene un doble efecto. Primero, logra el objetivo de una parte que desea obstruir. Segundo, le

24 Naturalmente, la regla tiene excepciones, tanto en materia como geografía. Pero no detractan de la generalización.

25 Y los recursos siempre son finitos, especialmente los recursos públicos; y especialmente es países en vías de desarrollo.

complica la labor al juez. El juzgador que tiene que visitar y adentrarse a un expediente muchas veces es mucho menos eficaz que el juzgador que lo hace exhaustivamente una sola vez. Y si ello se multiplica por el número de casos que cada juzgador tiene, el resultado natural es sobre-saturación²⁶ y complicación de la función del juez, que merma su efectividad.

Aunado a la (enorme) sobre-regulación (comentada en el punto anterior) ello resulta en (1) suspensiones de procesos para atender recursos intraprocesales; (2) repeticiones (a veces múltiples) de los procesos en todo o en parte; y (3) tácticas dilatorias diversas que capitalizan dichas suspensiones y repeticiones, para procurar retrasar o descarrilar procesos.²⁷ Y con mucha frecuencia por aspectos que no lo justifican.²⁸

iv) **Tolerancia del abuso de proceso:** por motivos que no acabo de entender, los latinoamericanos tendemos a tolerar el abuso de proceso. La parte que obstruye procesos es solapada. Fuera de comentarios académicos y en foros, los juzgadores latinoamericanos (incluyendo árbitros) tienden (tendemos) a no hacer nada ante abuso procesal.²⁹

26 Es decir, no sólo saturación, sino saturación que no se justifica. Que es innecesaria.

27 Un efecto secundario pero importante de esto es que los procesos pierden su ‘tempo’. La atención eficiente de un expediente requiere que la atención se concentre para procurar resolverlo en una sola ocasión. No lograrlo resulta en desperdicio de energía, atención y tiempo. Y la calidad de los fallos con frecuencia se ve mermada por ello.

28 La regla consistente en que una violación formal de minimis no justifica cuestionar, anular o repetir todo un proceso es de excepcional aplicación. Se postula que para que una violación procesal justifique la nulidad del proceso o su consecución de novo, debe lesionarse seriamente un derecho procesal o impactar el fondo. Las violaciones de minimis deben ser insuficientes.

29 Ante mi (reiterada) crítica sobre esto, se me indica que puede ser difícil discernir entre uso y abuso de un derecho procesal. Diferio. Quien conoce un expediente sabe si ha habido abuso procesal.



v) **Costas:** un caso particular de lo anterior que merece mención independiente es la distribución de costas. Por lo general, los fallos (sentencias o laudos) hacen poco análisis sobre la distribución de costas, y con frecuencia los montos pueden ser importantes. Como resultado, no sólo toleran abuso de proceso, ¡sino que lo incentivan! El motivo: cuando el costo de un proceso no es atribuido a quien lo genera, se impone un costo a la parte que litiga con decencia, que es generado por la parte que propicia los costos. Ello incentiva litigio 'sucio' pues hace que la estrategia dominante ante el mismo sea incurrir en el mismo.

Aunque diferentes sistemas jurídicos locales actualizan en forma diversa lo anterior, casi todos adolecen de alguna manera u otra de todos los síntomas indicados. Y la gran constante es que dichos procesos:

a) Están disponibles para pocos: Sirven en su mayoría a quienes tienen la posibilidad económica de contar con un abogado especializado (y oneroso). Como resultado, para una buena parte de la población de nuestra región, los derechos fundamentales no son más que poesía que escuchan en los medios y en las cátedras de grandes pensadores, pero que no tienen efectos palpables en su vida cotidiana.

La importancia de esto no debe ser subestimada. Algunos han hablado de 'Estados fallidos' en nuestra región. Otros se indignan. Este es uno de los fracasos más serios de los sistemas judiciales de nuestra región. Merece nuestra atención. Aceptémoslo.

b) Son ampliamente utilizados para estorbar. Para obstruir sea el ejercicio legítimo de derechos o el ejercicio de las facultades regulatorias de autoridades.

Ante lo anterior, someto a la consideración de este público que debemos:

i) **Simplificar:** Hacer menos compleja la hebra procesal de la disciplina a efecto de hacerla accesible a una mayor parte de la población;

ii) **Eficientar:** Hacerla más eficaz, diseñando procesos más esbeltos y menos proclives a accidentes procesales;³⁰ y

iii) **Enfocar:** El juicio de amparo debe ser un rayo láser, no una escopeta. Circunscribir su aplicación a efecto de evitar dilución.

Todo lo anterior se relaciona con nuestro tema en que, mientras las medidas correctivas son tomadas, o para los casos en que se desea cursar de manera distinta la solución de un problema, existe el arbitraje y los mecanismos alternativos de solución de controversias. Sin embargo, si le hacemos aplicable los procesos constitucionales, querrá decir que no hay opción. Que quien desee encausar en forma distinta la solución de sus problemas, siempre acabará en tribunales.

B. ¿Control constitucional de los árbitros?

¿Es necesario sujetar a control constitucional a los árbitros? La pregunta es profunda. Para resolverla lo primero que hay que discernir es que no es lo mismo control difuso de constitucionalidad y convencionalidad por el árbitro que control de constitucionalidad y convencionalidad de los actos del árbitro. La primera cuestión quedó abordada en la sección anterior. La segunda es objeto de esta.

No faltará quien conteste que 'sí' aduciendo que toda conducta debe ser acorde a la Constitución. La aseveración merece dos apreciaciones. Primero, ello no es evidente. La *raison d'être* de una Constitución

30 Los juzgadores con frecuencia se quejan del cúmulo de casos que enfrentan. La crítica es atendible de muchas maneras, una de las cuales es resolver cada caso más rápido (para lo cual, aplica lo indicado sobre menos recursos intra-procesales) y atribuir costos a quien los genera, lo cual desincentiva su abuso.

es limitar poder público.³¹ Lo mismo es cierto del juicio de amparo. En la medida en que los árbitros no cuentan con poder, la preocupación que justifica control constitucional no está presente.³²

Segundo, aunque uno estuviera de acuerdo en que toda la actividad humana esté acorde a un texto constitucional, ello no quiere decir que la misma tenga que estar sujeta a control constitucional a través de los mecanismos del derecho procesal constitucional. La constitución contempla y permite el derecho civil y mercantil. Y dichas disciplinas tienen su propio régimen sustantivo y adjetivo. Éste último no tiene que coincidir con el derecho procesal constitucional por el simple motivo que es una disciplina con un régimen adjetivo especializado. Ello obedece a un motivo. Y ello cumple un motivo: la *lex specialis* procesal obedece a que la disciplina sustantiva a la que aplica tiene 'algo' que exige tratamiento procesal especializado. Sumarle una capa de procesos constitucionales no es obligado, y puede tener —y ha tenido, cuando ha ocurrido— el efecto de aletargar.³³

31 Me refiero al aspecto dogmático de las constituciones. Existe además el aspecto orgánico que versa sobre algo diverso: la organización del Estado.

32 Hay quien aduce que los árbitros tienen mucho poder. Contestaría que no es 'poder' en el sentido tutelado por los procesos constitucionales. Cuando dos partes en disputa le piden a un particular que actúe como árbitro y diga a quién asiste el Derecho y la razón, eso no es 'poder' en el sentido tutelado por el derecho de amparo. Es un acto de confianza.

33 Uno de las grandes aciertos del derecho procesal constitucional mexicano ha sido a la vez una de sus grandes tragedias. La decisión tomada en 1869 en el caso Miguel Vega que tuvo por efecto permitir el amparo judicial ha tenido por efecto sujetar a una capa procesal adicional a todo el litigio. En sí, ello no tenía por qué ser tan grave. Pero aunado a la forma, procesalitis, recursos intraprocesales, y tolerancia por el abuso del proceso, el resultado ha sido colesterol legal: un efecto embudo en el poder judicial que hace que cada asunto tarde mucho en resolverse. A veces lustros. A veces décadas. A veces más.

Ante lo anterior, los particulares tienen una opción: cursar su problema vía arbitraje. Al hacerlo, escogen un mecanismo uni-instancial que evita los yo-yos procesales. Los amparos 'para efectos'. La enorme cantidad de cosas que pueden hacerse para entorpecer un proceso. Y siendo que escogen a un especialista de su confianza, la preocupación sobre la necesidad de control se reduce.

Pero si los actos de los árbitros se someten a control constitucional, lo anterior no se logra. Nunca habrá opción. Las partes no podrán encausar un problema en forma diversa al litigio tradicional; siempre acabarán —lo quieran o no— en tribunales judiciales.

C. Efecto en la causal de orden público

Un laudo puede ser anulado o no ejecutado por ofender el orden público.³⁴ La concepción más refinada de la causal es "los principios más fundamentales de justicia y moralidad" de la jurisdicción en cuestión.³⁵ Aceptado que los derechos fundamentales son justamente eso, 'fundamentales', ¿deben entenderse como comprendidos dentro del alcance de revisión conforme a la causal de orden público?

La respuesta es un 'depende'. No es unívoca. Existe sin embargo algo que esclarecer, matices que realizar y límites que identificar a efecto de evitar malentendidos, errores o prestarse para tácticas deplorables.

Si por ejemplo un laudo propicia corrupción u ofende sus cogens dando efectos a situaciones universalmente deploradas,³⁶ la respuesta puede ser positiva: el laudo

34 Artículo V(2)(b) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 ("Convención de Nueva York").

35 Para abundar, véase Orden Público en México: del Impresionismo al Puntillismo Jurídico (Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, noviembre 2012, www.caic.com.mx).

36 Por ejemplo, corrupción, esclavitud o piratería.



debe ser anulado. Sin embargo, si lo que se hace valer es violaciones procesales o incorrecta aplicación de derecho sustantivo considerado 'importante',³⁷ la respuesta debe ser negativa. Esto último puede ser difícil de aceptar e invitar problemas. *Difícil* de aceptar pues la no revisión de decisiones que versen sobre temas localmente sensibles (verbi gratia, normas imperativas) es la postura correcta mas no evidente de la interrogante – y una que ha probado ser de difícil aceptación para algunos.³⁸ *Invitar problemas* pues seguramente será usado como forma de cuestionar el fondo del laudo, comprometiendo su finalidad.

Para deslindar lo que debe quedar amparado de lo que no, propiciando que se eviten errores o se preste para tácticas dilatorias, propongo los siguientes principios:

1. En principio, el orden público no justifica analizar el fondo del laudo, incluyendo si el laudo acata derechos fundamentales;

2. Una violación a un derecho fundamental puede justificar anular o no ejecutar un laudo por actualización de la causal de orden público, pero no por que verse sobre un derecho fundamental, sino por que trastoca un principio elemental de justicia o moralidad.³⁹ Esto merece profundización.

'Orden público' y 'derechos fundamentales' son instituciones jurídicas diversas. Pueden haber comunes denominadores, pero también puede no

haberlos. Se trata de dos recipientes conceptuales distintos que se traslapan en una serie de casos, pero que no admiten equiparación. Y este es el gran peligro de este tema: que un juzgador utilice la noción de "derecho fundamental" como atajo analítico para actualizar la noción "orden público" – lo cual sería un yerro.

3. Como regla, el orden público procesal queda amparado por la carta magna del arbitraje,⁴⁰ y debe ser recurrido, no por la causal de orden público,⁴¹ sino por la causal consistente en que una parte "no ha podido hacer valer sus medios de defensa".⁴²

IV. La visión defendida merece ser seguida

Deseo concluir con una explicación y una aclaración.

A. Explicación

Debemos aprender la gran lección que los economistas nos han dicho (yo diría, ad nauseam) y que muchos abogados seguimos sin escuchar: *para servir de cimiento para el progreso, el Derecho debe proveer reglas claras que sean enérgicamente aplicadas.*

La aplicación del constitucionalismo a las relaciones horizontales y su extensión a procesos arbitrales va en sentido contrario.⁴³ Restará claridad

37 Por ejemplo, normas de aplicación inmediata.

38 Para entender por qué, véase Lo Lúdico del Orden Público, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, México, 2014. (visible en www.gdca.com.mx)

39 Tal parece que esto es lo que se tenía en mente al redactar la nueva ley panameña de arbitraje al establecer el último párrafo del artículo 66 de la Ley No. 131 de 31 de diciembre de 2013 que "Se entiende que el recurso de anulación del laudo es la única vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o del laudo."

40 Artículo 18 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional. Artículo 1434 del Código de Comercio de México.

41 Artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York.

42 Artículo V(1)(b) in fine de la Convención de Nueva York.

43 Tema que no abordo. Para abundar, se recomienda el ensayo de Daniel García Barragán, El Árbitro Privado no es Autoridad para Efectos de la Ley de Amparo: Entendiendo la Lógica Detrás de la Teoría del *Drittwirkung der Grundrechte*, El Foro, Vigésima Época, Tomo XXVI, número 2, Segundo Semestre 2013, México, D.F., p. 1. Mi postura puede consultarse en Costo Social del Garantismo, ob. cit., y Garantismo y Arbitraje: un

al derecho aplicable, y reduce la eficacia de su aplicación. El primero ocurre pues se sujeta a un análisis de ponderación la aplicación del derecho civil (incluyendo mercantil). Se exige un análisis constitucional sobre las normas civiles. Y siendo que el Derecho Constitucional está compuesto por valores, principios, su aplicación reside en lo que Robert Alexy llama "mandatos de optimización":⁴⁴ el principio debe lograrse de la mayor manera posible, tomando en cuenta las circunstancias del caso particular. Ello es un ejercicio no solo diverso, sino incompatible, con el tipo de norma utilizada por el derecho civil: la regla.⁴⁵ Como resultado, ello querrá decir que, cuando uno firma un contrato, sus palabras estarán borrosas. El que signifiquen lo que dicen estará sujeto a lo que considere el juzgador competente que es acorde a los principios constitucionales caso por caso. Resultado: falta de claridad. El significado de la letra de un contrato dependerá del subjetivismo del juzgador que la aplique.

Respecto al segundo punto, el derecho aplicable distará de ser enérgicamente aplicado por el simple hecho que estará sujeto a una capa

adicional de revisión. Por encima del régimen civil (incluyendo comercial) aplicable estará el derecho procesal constitucional. Lo que solía ser un par de recursos, ahora se convertirá en una multiplicidad de recursos. Y dadas las características de los recursos del derecho procesal constitucional (que he descrito en la sección III.A(2) anterior), el resultado bien puede ser (y ya ha sido en algunos casos y en algunas jurisdicciones) que la solución a un problema se arroja a años después. A veces lustros, a veces más.

Como puede verse, la aplicación horizontal de los derechos fundamentales puede tener efectos serios en la utilidad del Derecho como instrumento de desarrollo. E irónicamente ello merma otro derecho fundamental: el de seguridad y certeza jurídica. Curiosamente, es un caso de utilización de palabras bonitas que tienen resultados feos. Lo cual despierta una ironía: permite utilizar el recurso libertario por excelencia (el juicio de amparo) para mermar derechos fundamentales (libertad y seguridad jurídica).

B. Aclaración

No faltará el lector especializado en derecho procesal constitucional que sienta que estoy cuestionando su área de especialización. Sobre ello, deseo dejar clara mi postura. En mi opinión:

1. Los desarrollos recientes sobre dicha disciplina son, en mi opinión, algunos de los más técnicamente estimulantes e idealmente emocionantes de toda la disciplina del Derecho (me refiero al control de convencionalidad, el control difuso, y la fuerza

Falso Dilema, en Retos y Perspectivas del Derecho Mexicano del Siglo XXI, ¿Cómo debe evolucionar?, Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Ed. Themis, México, D.F., 2012, p.1089; y Garantismo y Arbitraje: un falso Dilema $\frac{3}{4}$ POST SCRIPTUM, (VISIBLE EN WWW.GDCA.COM.MX/PUBLICACIONES).

44 Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, Oxford, 2010.

45 Mientras que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales se conforman por principios, las normas civiles se componen de reglas. Se trata de técnicas jurídicas diversas. Usar el método analítico de uno para aplicar el otro es erróneo y estropea su efectividad.



que empieza a cobrar el control de convencionalidad difuso, tanto vertical como horizontal como paralelo⁴⁶); y

2. El derecho procesal constitucional tiene una importante labor que cumplir.

Si tuviera una varita mágica y pudiera reestructurar sistemas jurídicos, haría de los procesos constitucionales herramientas mucho más protagónicas en nuestras sociedades.⁴⁷ El motivo: me siento estimulado, persuadido y entusiasmado por el neoconstitucionalismo. Por la importancia del Derecho Procesal Constitucional. Pero no dejo de ver los problemas que se detonan por su mal uso—un caso particular de ello es su utilización para estorbar arbitrajes.

Mucho bien nos haría a los abogados escuchar y aplicar la sugerencia (más bien advertencia) que hacía el titán intelectual Rudiger Dornbusch respecto de los instrumentos de la

macroeconomía. Dornbusch solía advertir que, para cada patología macroeconómica debe usarse una, y solo una, herramienta. El origen de muchos males de muchos países en el manejo de sus economías residía en utilizar una medicina para remediar varios males. Lo mismo pasa con el derecho procesal constitucional y el deseo de poner bajo su lupa a los procesos arbitrales. Los juicios constitucionales son ideales para ciertos temas, para un género claro de problemas sociales. Usarlos para abordar otro tipo de males tiene por efecto propiciar otros problemas. En nuestro caso, se entorpecen los procesos arbitrales y se diluyen los procesos constitucionales.

C. Controlemos menos para tutelar más

No me cansaré de decirlo: el juicio de amparo no debe ser una escopeta, debe ser un rayo láser. Irónicamente, debemos usarlo menos, para tutelar más. El juicio de amparo debe abarcar menos actos reclamados, para evitar diluirse. Es una cuestión no sólo de justicia, sino política pública. Los recursos públicos siempre son escasos. Ante ello, debemos encausarlos frugalmente; donde más se necesitan. Donde más impacto tienen. Llevado a nuestro tema, el punto sugiere la necesidad de zanjar la aplicación de los procesos constitucionales donde son más aptos. Donde más tutelan. Ello incluye no hacerlo aplicable a relaciones de coordinación,⁴⁸ en especial arbitraje. Después de todo, se trata de relaciones horizontales donde el leitmotif de los procesos constitucionales (poder público) no está presente, que es hecho aplicable voluntariamente por las partes, y que el núcleo de su decisión consiste en finalidad y uni-instancialidad.

46 Ver al respecto, Eduardo Ferrer MacGregor, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Ed. Marcial Pons, UNAM, 2014, pp. 753-754.

47 Dado el foro, no resisto la tentación de hacer alusión al golpe de Estado que el Tribunal Constitucional de Guatemala paró en 1993 con Jorge Serrano Elías. Pero no es el único ejemplo positivo. La Corte Constitucional de Colombia ha efectuado resoluciones inspiradoras (como la orden de mandar poner drenajes en barrios marginados y la impartición de justicia en comunidades indígenas marginadas), como también lo ha hecho el Tribunal Constitucional de Brasil (ordenando la entrega de medicamentos esenciales a personas sin recursos económicos) y la Sala Constitucional de Costa Rica. (Ver Miguel Carbonell, *El Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*, en *El Canon Neoconstitucional*, Universidad del Externado de Colombia, Serie Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho número 8, Bogotá, Colombia, 2010, pp. 163-164.)

48 Me refiero a la aplicación horizontal de los derechos humanos.

V. CONCLUSIÓN

Concluyo respondiendo la pregunta contenida en el título de mi ponencia: ¿son los procesos constitucionales y arbitrales agua y aceite? Respuesta: “¡Sí!” Se trata de herramientas jurídicas que buscan cosas distintas. No deben mezclarse. Estando juntas en el mismo recipiente (el sistema jurídico) cada una debe encontrar su espacio y ceñirse al mismo. No lograrlo tiene por resultado entorpecer – ¡a ambas!

VI. BIBLIOGRAFÍA

Daniel García Barragán, El Árbitro Privado no es Autoridad para Efectos de la Ley de Amparo: Entendiendo la Lógica Detrás de la Teoría del Drittwirkung der Grundrechte, El Foro, Vigésima Época, Tomo XXVI, número 2, Segundo Semestre 2013, México, D.F.

Derecho y Dolor. La Crisis del Paradigma Constitucional, en El Canon Neoconstitucional, Universidad del Externado de Colombia, Serie Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho número 8, Bogotá, Colombia, 2010.

Eduardo Ferrer MacGregor, Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Ed. Marcial Pons, UNAM, 2014.

Francisco González de Cossío, Arbitraje, Ed. Porrúa, México, DF, 4ª edición, 2014.

Francisco González de Cossío, Costo Social del Garantismo, XIV Congreso Nacional de Abogados,

Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Puebla, 7 y 8 de noviembre de 2014.

Francisco González de Cossío, El Derecho Humano Arbitral, (XIV Congreso Nacional de Abogados, 7 y 8 de Noviembre de 2014.

Francisco González de Cossío, El Garantismo y Arbitraje: un Falso Dilema, en Retos y Perspectivas del Derecho Mexicano del Siglo XXI. ¿Cómo debe evolucionar?, Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Ed. Themis, México, D.F., 2012.

Francisco González de Cossío, Garantismo y Arbitraje: un falso Dilema ¾ Post Scriptum.

Francisco González de Cossío, Lo Lúdico del Orden Público, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, México, 2014.

Francisco González de Cossío, Orden Público en México: del Impresionismo al Puntillismo Jurídico, Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, noviembre 2012.

Jan Paulsson, The Idea of Arbitration, Oxford University Press, 2013.

John Finnis, Human Rights & Common Good, Collected Essays: Volume III, Oxford University Press.

Leonel Pereznieta Castro, El Control Difuso por Tribunales Arbitrales, La Barra, Revista de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, No. 92, Julio-October, 2014.



Luigi Ferrajoli, Derecho y Garantías. La Ley del Más Débil, Editorial Trotta, Madrid, 2010.

Margarita Luna Ramos, Las Personas Morales ¿tienen derechos humanos?, El Universal, 6 de mayo de 2014.

Philip C. Jessup Trasnational Law, Yale University Press, New Haven, 1956

Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, Oxford, 2010.

Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Harvard University Press, USA, 1978.



EL CONCEPTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

José Rafael Fernández Quesada

Abogado. Árbitro. Presidente del Capítulo Costarricense de ICC.

RESUMEN: El arbitraje comercial internacional alcanzó la mayoría de edad. Tiene vida propia, independiente de los institutos jurídicos que le dieron vida. Y goza hoy de los privilegios, y peligros, de ser alguien muy atractivo: todos quieren estar cerca, y verdad o no, todos dicen sus amigos íntimos. Pero la realidad es que poco tiempo se dedica al análisis de la naturaleza ontológica del fenómeno. Proponemos analizar algunas ideas expuestas por quienes se han atrevido a elucubrar sobre el concepto del arbitraje, desde las disciplinas de la filosofía, la teoría del Estado, la sociología y la psicología. Este artículo es una sencilla propuesta para acicatear la curiosidad de los partidarios del arbitraje, que nos permita, al cabo, ser realmente sus amigos y no solamente decir que lo somos.

ABSTRACT: International Commercial Arbitration has reached its legal age. It has life on its own, independent from the legal institutions that gave life to it. It enjoys today the privileges, and perils, of being very attractive: everybody wishes to be close, and true or false, everybody says to be close friends with it. But the reality is that scarce time is invested in the analysis of the ontological nature of the phenomenon. We propose to analyze some ideas brought forth by those who have had the courage to elaborate on the concept of Arbitration from the disciplines of philosophy, theory of the State, sociology and psychology. This article is thus a simple proposal to stimulate the curiosity of arbitration partisans, so it would allow us, at the end, to really become its friends and not only to pretend we are.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje. Concepto. Filosofía Jurídica. Sociología Jurídica. Arquetipo arbitral.

Introducción

Lo primero que hay que dejar muy claro es que un arbitraje no es un proceso judicial abreviado en el tiempo. Es diferente, es precisamente un método alternativo de solución de controversias mercantiles, que si bien es adversarial, se fundamenta en principios filosóficos, jurídicos y sociológicos diferentes a aquellos en que se fundamentan los Códigos Procesales. Diferencia que es más fácil distinguir en el arbitraje internacional, pero que se desdibuja, muchas veces, en países como Costa Rica, en que el arbitraje nacional se regula por una ley interna diferente a aquella para el arbitraje internacional.

Esta marcada diferencia en la razón de ser, que de suyo lleva a un sistema diferente de solucionar disputas, lleva a González de Cossio¹ a resumir la situación diciendo: *“el arbitraje es para adultos”*.

Cuando las partes escogen voluntariamente el método por el cual quieren resolver sus controversias, quedan de lado el formalismo, la despersonalización, la rigidez y la lentitud típicas de la justicia estatal y por eso, quienes acuden al arbitraje deben adecuar su conducta al método seleccionado. Con todo, corresponde a veces al Tribunal recordarlo a las partes, e incluso, sancionar a quien no se comporta a la altura.

Los reglamentos más comúnmente escogidos en arbitraje internacional, (ICC; AAA; LCIA, UNCITRAL) son respetuosos de la autonomía de las partes y

¹ González de Cossio, Francisco. Arbitraje. Editorial Porrúa. México, 2008

dejan a su escogencia la mejor forma de estructurar el procedimiento, siempre bajo la atenta dirección del Tribunal. Por eso, en comparación con un proceso judicial interno, al neófito en la materia, un procedimiento arbitral internacional puede parecerle falto de contornos definidos y, en ausencia de la red de seguridad conceptual que supone el Código Procesal: algo confuso. No obstante, la realidad es otra, y un arbitraje bien administrado, con asesores avezados y árbitros diligentes, es una herramienta formidable para el comercio internacional.

Qué es el arbitraje?

Esa pregunta se puede responder desde el punto de vista lógico—jurídico o desde el punto de vista jurídico—positivo.

Si seguimos en camino de lo positivo, tendremos que estudiar el derecho arbitral mismo, esto es, de las normas positivas; pero hacer tal cosa, nos llevaría por un camino que, a lo sumo, nos permitirá hacer una observación y enumeración de las formas en que distintas jurisdicciones han regulado el arbitraje².

Tal enfoque, si bien válido, nos deja sin respuesta lo que en el fondo buscamos: ¿cuál es el sustrato en el que se genera, crece y se desarrolla este fenómeno social que produce y sostiene las normas positivas que regulan el arbitraje?³

2 Así hace, por ejemplo el profesor Pieter Sanders, en su magistral obra: "Qvo Vadis Arbitration?". Kluwer Law International. The Hague. The Netherlands. 1999. En la que, si bien denomina el segundo capítulo "Different Concepts of Arbitration", en realidad únicamente revisa la evolución de la regulación del arbitraje en el Common Law y en el Civil Law.

3 Francisco González de Cossio, en su artículo: "La naturaleza jurídica del arbitraje: Un ejercicio de balanceo químico", disponible en versión electrónica en varios sitios en la Internet, hace una propuesta de analizar el "compuesto arbitral" a partir de la estructura y los conceptos de la química, habla así de nomenclatura, elementos, compuestos, destilación, moléculas y fórmulas químico—arbitrales, etc. Con todo, su estudio se hace

El maestro Recanséns Siches⁴, al analizar la teoría Kelseniana de la norma fundamental hipotética (también llamada constitución en sentido lógico-jurídico), explica que se le llama "hipotética" únicamente desde el punto de vista jurídico, puesto que, aunque es real:

... la base de la norma jurídica primera ya no puede ser otra norma jurídica positiva, sino una razón de otra índole, razón que se fundará sobre unos determinados hechos sociales históricos, conjugados con unas estimaciones políticas (...) más esa labor crítica no pertenece a la estricta función jurídica: el jurista se aloja dentro de un determinado orden jurídico; y en el ámbito doméstico del mismo procede a razonar el fundamento de cada una de sus partes. Pero el jurista no puede salirse fuera del orden jurídico sobre el cual se apoya y dentro del cual mora; y, por eso, no puede construir jurídicamente la cimentación de la norma fundamental del orden positivo dentro de cuya interioridad se mueve⁵

Así, proponemos entonces apearnos de la plataforma estrictamente positiva, quitarnos por un momento el sombrero de árbitros, para buscar en otras disciplinas, la respuesta que buscamos.

Muchos autores han recorrido este camino, y han hecho valiosísimos análisis, desde el plano filosófico (Opetit,⁶ Galliard y en general la doctrina Francesa), pasando por la sociología (Dezalay, Alonso), la psicología Jungiana (Paulson).

La filosofía jurídica y arbitraje

Oppetit, siguiendo a Jarrosson señala que:

analizando derecho positivo arbitral.

4 Recanséns Siches, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. México. 1979

5 Ibid, página 177



Tal vez estas dificultades para conceptuar el arbitraje se deben, en el fondo, a que en la idea, por oposición a la noción figura a veces el tipo ideal de una categoría de objetos, que no puede ser reducida a una formalización intelectual: es el caso de la idea de justicia

Y luego citando a Chevalier señala: “la idea de justicia es un misterio por que es un ideal... ninguno de nuestros conceptos jurídicos puede aprehenderla de forma exhaustiva”, y pregunta:

¿Ocurriría con la idea de arbitraje lo mismo que con la idea de justicia, con la cual coincide en gran medida?, ¿Debemos resignarnos a no ver en el arbitraje nada más que un mecanismo complejo caracterizado por la diversidad de sus engranajes y regulado por el derecho en función de las misiones que le asigna, en lugar de un verdadero concepto? ¿O, más bien, una simple manera de aprehender los problemas, una actitud mental, de cierta forma?”⁶

Para Opettit, la respuesta a las dificultades conceptuales del arbitraje, solo pueden ser respondidas dentro de una reflexión sobre los mismos temas esenciales que se plantean en cualquier sistema jurídico: “la justicia, sus formas y finalidades, la juridicidad, sus fuentes y naturaleza, la estructura del ordenamiento jurídico y las finalidades del derecho”⁷, esto es, dentro de una perspectiva netamente filosófica del derecho. Y señala tres ejes de reflexión: alcance, identidad y naturaleza.

Con relación al alcance: ¿Es el arbitraje internacional universal? El arbitraje, como mecanismo de solución de conflictos de las relaciones económicas internacionales, tiene una característica particular: su capacidad para solucionar de forma general todas las controversias en ese ámbito, gracias a su

adaptabilidad y a su vocación de ayudar a mantener las relaciones entre las partes en conflicto, no solamente a determinar la culpa y el daño.

Con todo, esas particularidades, no han servido siempre para darle al arbitraje una condición de universalidad, pues antes de los años sesenta del siglo XX, existían todavía muchas resistencias a su utilización, provenientes de los ordenamientos internos y las concepciones particulares de cada sistema jurídico. Tales problemas, han sido más agudos en el arbitraje interno que en el internacional, por el concepto tan acendrado que existe desde la Revolución Francesa del monopolio de la jurisdicción por parte de los Tribunales Estatales.

El desarrollo del comercio internacional habido en las últimas décadas, y la proliferación de tratados de protección de inversiones y de libre comercio ha dado un impulso, antes inexistente, que ha llevado al desarrollo del fenómeno que Opettit denomina “aculturación jurídica”, esto es, la mezcla de las culturas jurídicas, que gradualmente ha producido un reconocimiento del valor y la utilidad del arbitraje en el comercio internacional, y por ende la aceptación de sus principios y particularidades, hasta llegar a respetar su individualidad conceptual. Fenómeno que se puede identificar claramente en las culturas jurídicas europea, anglosajona, árabe y —tardíamente— latinoamericana.

Con relación a la identidad: El concepto generalmente aceptado es que las partes buscan someter sus diferencias al arbitraje, porque quieren que su problema sea solucionado de una forma diferente a como sería en un tribunal estatal, y porque expresamente desean evitar someterse a cualquier jurisdicción nacional. No obstante, el desarrollo que ha tenido el arbitraje lo ha acercado, cada vez más, al mismo proceso del que inicialmente quería alejarse, y hoy se escuchan críticas de connotados expertos, y de instituciones arbitrales, que se quejan de cuánto se ha “judicializado” el arbitraje internacional, con un incremento vertiginoso en la preferencia por

⁶ Opettit, Bruno. Teoría del Arbitraje. Legis Editores SA. 2006. Colombia. Página 32

⁷ Ibid, página 248

los arbitrajes administrados, con la consecuente disminución de los arbitrajes Ad-Hoc, y bajo reglamentos cada vez más estructurados, que dan pie para que los procedimientos se compliquen, alarguen y se parezcan mucho a juicios ordinarios, muchas veces con una pesada —y costosa— estructura burocrática involucrada en la marcha del caso. Tal situación hace que el arbitraje haya perdido algo de su concepción original, diríamos, químicamente pura, para dar paso a un sistema mixto “a la vez semi-público y semi-privado, semi-contractual y semi-institucional, expuesto a los riesgos de la burocratización y del espíritu procesalista”⁸

Con relación a su naturaleza: El arbitraje es, sin duda, una institución jurídica; atrás quedan las posiciones que negaban esa realidad. Ahora, la precisión del sistema normativo que sirve de atmósfera al arbitraje, es más complicado, en virtud de la cantidad de interacciones que se producen entre diversos sistemas jurídicos nacionales, derecho internacional —público o privado—, órganos jurisdiccionales estatales de diverso grado y en todo caso, un derecho contractual con claras características transnacionales, esto sin siquiera mencionar todavía la elusiva Lex Mercatoria.

El profesor Opetit concluye diciendo:⁹

En definitiva, podemos decir que el arbitraje internacional, en su vocación y en su funcionamiento, expresa fundamentalmente los valores del humanismo, aunque, bajo la presión de la técnica y de la economía, afirma hoy en día igualmente un carácter mecánico. El arbitraje responde perfectamente, en una perspectiva postmoderna, a las exigencias del principio de subsidiaridad, que renace hoy con vigor en la cultura europea, después de siglos de exaltación de la soberanía estatal.

Gaillard por su parte analiza lo que él denomina “las representaciones mentales del arbitraje”¹⁰ y las concepciones ius-filosóficas detrás de cada una, que él divide en tres: a) El arbitraje como parte de un ordenamiento nacional, o “monolocalizadora”; b) El arbitraje fundado sobre una pluralidad de ordenamientos nacionales, o “westfaliana” y c) El arbitraje como un ordenamiento jurídico autónomo o “transnacional”: el ordenamiento jurídico arbitral. Concepto que él define de la siguiente manera:

La expresión ordenamiento jurídico arbitral sólo se justifica, en realidad, para designar un sistema que fundamente de manera autónoma la fuente de la juridicidad del arbitraje. Sin la coherencia de un sistema que posea fuentes propias, no podremos hablar de ordenamiento jurídico. Sin autonomía respecto del ordenamiento jurídico de cada Estado soberano, no podremos hablar de un ordenamiento jurídico arbitral”¹¹.

En el primer enfoque, la representación monolocalizadora, el Tribunal Arbitral se concibe simplemente como un Tribunal del ordenamiento jurídico del lugar de la sede, y el laudo no será internacional, sino nacional del país sede. Todo parte, para esta concepción, del entendimiento de que la fuente de la juridicidad del arbitraje radica en el derecho de la Sede.

En la segunda representación, la “westfaliana”, la validez del laudo no está en un solo ordenamiento jurídico, sino en diversos ordenamientos que han aceptado reconocer su validez, aquí, el derecho de la Sede, es uno más entre muchos.

Si la concepción anterior es centralizadora, ésta es descentralizadora, aquella ve el fenómeno desde el

8 Oppetit. Op Cit. Página 270

9 Oppetit. Op Cit. Pág 289

10 Gaillard, Emmanuel. Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional. Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP). Asunción, Paraguay. 2010. Pág. 16

11 Gaillard. Op Cit. Pág. 47



punto de partida, ésta, desde el punto de vista de la llegada, esto es, del laudo.

*Es el reconocimiento de este laudo lo que valida, retrospectivamente, el proceso. Esta inversión, considerada como una verdadera revolución copernicana, gobierna todo el razonamiento.*¹²

La tercera representación, partiendo de los postulados que le permiten llegar a determinar la existencia de ese ordenamiento jurídico arbitral, llega a expresar que el árbitro puede ser considerado un órgano de tal ordenamiento jurídico autónomo.

Conceptos clave en ésta última concepción son: el poder de juzgar del árbitro y el vínculo de tal capacidad con las que él denomina las "reglas transnacionales".

Normalmente se responde que el poder jurisdiccional del árbitro internacional radica en la autonomía de la voluntad, pero tal voluntad, únicamente puede conceder tal poder, porque, a su vez, tal capacidad le ha sido concedida por un ordenamiento jurídico.

Dice el autor¹³:

La representación que acepta la existencia de un ordenamiento jurídico arbitral (...) reposa en la idea de que son los derechos de los diferentes Estados los que, tomados colectivamente, constituyen el derecho común del arbitraje en el cual puede encontrarse la fuente de poder de juzgar de los árbitros. Como los principios generales del derecho que constituyen una de las fuentes del derecho internacional, esta representación no se opone a los derechos estatales, sino que por el contrario se cimienta en la actividad normativa de los Estados

Para explicar la idea de cómo se genera ese "derecho común del arbitraje", recurre a la analogía de aquello que sucede en el Derecho Internacional Público: "el método que consiste en recurrir a los principios generales o el "método de las reglas transnacionales" es siempre el mismo. No es diferente de aquel que permite deducir los principios generales del derecho en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia"¹⁴¹⁵

Y ese método, al no ser una lista cerrada de respuestas, sino simplemente eso: un método comparativo, permite dar respuesta a todos los conflictos que surgen en el Comercio Internacional.

Será también consecuencia de tal autonomía, posibilidad que tienen los árbitros de conducir el procedimiento de acuerdo a la voluntad de las partes y con prescindencia de todo ordenamiento nacional, y en apoyo de esta realidad, cita la resolución del Instituto de Derecho Internacional adoptada en Santiago de Compostela en 1989 que reza¹⁶:

14 Ibid, página 56.

15 Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.

16 Ibid, página 109

12 Ibid, página 32.

13 Ibid, página 56

Las partes tienen plena autonomía para determinar las reglas y principios de procedimiento ... que deben ser aplicados por los árbitros. En particular, ... estas reglas y principios pueden obtenerse de diferentes sistemas jurídicos nacionales así como de fuentes no nacionales, como los principios del derecho internacional, los principios generales del derecho y los usos del comercio internacional.

Consecuencia de la existencia de tal ordenamiento autónomo, es según la jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa, el hecho de que el Laudo internacional no está conectado a ningún ordenamiento jurídico nacional, sino que es una decisión de justicia internacional (tal como dijo la Corte de Casación en el caso Putrabali), y de ahí que su anulación en los tribunales de la Sede, no hace desaparecer el Laudo, sino que este sigue existiendo y será válido en otras jurisdicciones, siempre y cuando no viole el Orden Público Internacional.

Esta teoría propuesta por el profesor Gaillard, es acremente criticada por Jan Paulsson¹⁷, quien se alza contra la idea francesa de la “deslocalización”.

El profesor Sueco agrega a las tres “representaciones mentales” del francés, una cuarta: que el arbitraje pueda derivar su efectividad de fundamentos que no dependan de las leyes o los jueces nacionales. Ésta, se funda en, y complementa, la teoría westfaliana o pluralista.

Para Paulsson, el concepto de “deslocalización” se refiere a la posibilidad de que un laudo sea aceptado en el lugar de ejecución, con independencia del criterio que vierta sobre tal laudo, el sistema legal de la sede, y afirma con total serenidad que la realidad del mundo arbitral, no contradice las tres tesis de Gaillard, sino que sencillamente las ignora. Y considera

que el onírico concepto de un orden autónomo, se contradice a sí mismo, pues requiere, para su validez, del reconocimiento del mismísimo sistema estatal del que pretende liberarse.¹⁸

Esta cuarta posible representación, no pretende apegarse a ningún sistema estatal, se trata, para Paulsson, de algo más parecido a la noción de los “sistemas sociales privados”, que logran la aplicación de sus propios códigos internos de conducta sin ayuda externa, tales como, por ejemplo algunas federaciones deportivas, sectas religiosas o, también, ciertas organizaciones criminales.

Y para explicar este fenómeno, el autor recurre a L'ordinamiento Guiridico del profesor italiano Santi Romano, para quien, todo grupo social organizado es un tipo de orden jurídico.¹⁹ Y así, existen “otros” ordenamientos jurídicos que pueden funcionar sin involucrarse para nada con los ordenamientos jurídicos nacionales.

El arbitraje internacional, será entonces, un ordenamiento jurídico de ese tipo.

Sociología Jurídica y arbitraje.

Otros han estudiado el arbitraje desde la plataforma de la sociología jurídica, y son exponentes de tal enfoque los autores Yves Dezalay y Byrant G Garth, en su obra: “Dealing in Virtue”²⁰.

¹⁸ Ibid, página 45

¹⁹ His remarkable contribution is rather a visión of pluralism which goes further than to consider the relationship between national legal orders among themselves, and allows us to see the success of arbitration through the prism of legal orders different from that of the nation state, and in some xontexts more efficient than the latter. Ibid, página 47

²⁰ University of Chicago Press, Chicago, 1996.

¹⁷ Jan Paulsson. The Idea of Arbitration. Oxford University Press. United Kingdom. 2013.



También, el ilustre árbitro español, José María Alonso, incursiona en un análisis de este género en un artículo suyo titulado: “Aspectos económicos, sociológicos y transaccionales del arbitraje”.

Para Dezalay:

*El arbitraje comercial internacional es, en parte, una comunidad epistémica (...) organizada alrededor de ciertas creencias en un ideal de justicia privada internacional, pero es también un mercado extremadamente competitivo que involucra grandes negocios y mega-abogacía. Entenderlo requiere comprender ambos, los ideales y la competencia por el negocio*²¹²²

En este trabajo, los autores proponen construir un mapa de campo del arbitraje comercial internacional, identificando las redes y relaciones jurídicas, económicas y sociales que se desarrollan en este campo, así como las estructuras de poder que consciente o inconscientemente regulan la materia.

El elemento central del estudio es precisamente la exposición y análisis de ese nudo fundacional, o podríamos decir, de la nébula jurídica que origina la constelación arbitral internacional, y que no es otro que la conjunción entre el poder económico de los grandes actores privados del mercado internacional y los abogados y firmas legales que buscan ganar un considerable porcentaje del lucrativo mercado de las disputas comerciales que se producen en ese mercado.

21 Ibid, página 16. (Traducción libre del autor)

22 Una “comunidad epistémica” es un: Sistema integrado por expertos en hacer política que comparten normas, creencias causales, proyectos políticos y que buscan cambios en áreas específicas de la política. Las comunidades epistémicas comparten un conocimiento consensual. Esto se genera a través de métodos causales comunes o juicios profesionales y nociones comunes de validez y usualmente se expresan a través de un vocabulario común. <http://www.mdp.edu.ar/index.php?key=2781>

Esa conjunción de intereses, produjo, y todavía produce aunque con cambios en la estructura, beneficios a ambas partes. A los actores del comercio internacional: la tan deseada opción de evitar la jurisdicción estatal, y de paso, organizar su propio sistema de justicia privada. A los abogados: la posibilidad de, inicialmente, utilizar sus exclusivos conocimientos académicos, como fundamento de una nueva Lex Mercatoria, como un concepto que, de alguna forma, venía a ser y decir lo que ellos decían que decía. Hoy día un tanto venido a menos, a favor de un concepto más amplio de derecho transaccional, o anacional.

El análisis parte del estudio, en el año 1996, del “capital simbólico” de los “grandes sabios” del arbitraje, que a la vez, los hace ser lo que son y que por ser lo que son, logran a su vez generar mayor capital simbólico.

Ese capital es definido recurriendo a Bourdieu que en lo esencial señala que “el peso de los diferentes agentes depende de su capital simbólico, tal como el reconocimiento —institucionalizado o no— que ellos reciben del grupo”²³. Los títulos profesionales, las posiciones en el sistema político, legal y económico, tienen un cierto valor, igual al que tiene un capital, valor que será determinado el mercado en que se hará valer. Tienen particular importancia en este campo la estatura académica, las publicaciones especializadas, la experiencia práctica y el entrenamiento en resolución de disputas, conexiones con el mundo de la política y los negocios, habilidades lingüísticas, y excelencia en los aspectos técnicos del arbitraje.

Tal capital, como cualquier otro, tiene oscilaciones, incrementos y devaluaciones según el tiempo y el lugar.

Haciendo la aclaración de que la investigación de Dezalay se publicó en el año 1996, sus opiniones a cerca de los grandes árbitros y su importancia en el

mundo arbitral, sigue teniendo validez, tal vez no tan precisa como entonces, pero validez al fin. Una cita magistral, nos sirve para ilustrar el punto:

Las carreras de esos destacados individuos nos recuerdan la situación de la iglesia medieval. El hijo de un noble podría llegar a obispo, simplemente por sus orígenes familiares y posición social. Otros podían rasurarse la cabeza, hacer votos de celibato, entregar todo a la iglesia, y aún así, no tener ninguna oportunidad de alcanzar ninguna posición de importancia, como la de obispo. Su trabajo tesonero ayudaría a mantener la estructura institucional que hacía atractiva la posición de obispo para el hijo del noble, pero ellos, carecían de la plataforma social que les permitiera llegar a tal posición.²⁴

La competencia entre estos reconocidos árbitros internacionales y sus grupos sirve para crear y fundamentar la legitimidad del arbitraje internacional. Con todo, tal competencia se desarrolla no solamente en los términos de la oferta de mejores servicios, sino y sobre todo, en términos simbólicos de legitimación y credibilidad, situación que a la vez crea carreras profesionales y abre mercados para aquellos que tienen éxito.

Ahora, el perfil de aquellos "grandes sabios" europeos del arbitraje (como Goldman, Lalive, Mustill, Sanders, y más recientemente Paulsson, Derains, Cremades, etc) ha ido variando, con el desarrollo mismo del arbitraje. Para los pioneros del arbitraje, éste constituía una obligación no una carrera, y era visto como una actuación ocasional de los afamados profesores universitarios, casi como un servicio público. Paulsson mismo lo describirá diciendo que "la edad de la inocencia llegó a su fin ... hoy día arbitran, pero no por amor"²⁵.

Los autores ejemplifican la posición de los árbitros suizos de antaño que, dicen, terminaban las audiencias a las 5 de la tarde, para una cena de lujo y la noche en la ópera, mientras que hoy día, los árbitros de nuevo cuño, trabajan sin parar toda la noche, para tener listo el laudo al día siguiente. Destacando así la diferencia entre aquellos grandes y afamados abogados, y los tecnócratas de hoy día.

El desarrollo del arbitraje, que llevó inicialmente a la participación de esos grandes maestros y el recurso al concepto académico de Lex Mercatoria como fundamento de sus laudos, tuvo un golpe de timón en la primera mitad del siglo XX, cuando estallaron los conflictos petroleros, surgidos de los contratos firmados a partir de los años treinta, y que contenían cláusulas arbitrales.

Los inversionistas extranjeros que buscaban, a toda costa, evitar las jurisdicciones y las leyes locales, encontraron en el arbitraje el foro adecuado para dirimir sus conflictos. Por su parte, los países en vías de desarrollo, que no querían resolver sus disputas de acuerdo con las leyes de los que, antaño, habían sido sus colonizadores, encontraron alivio en el recurso a la noción de los "principios generales del comercio internacional", formulación que no, no obstante, provenía de la academia europea, y de los grandes académicos que desarrollaron el concepto, finalmente conocido como Lex Mercatoria.

Al producirse aquellos mega arbitrajes, relacionados con los contratos petroleros, las grandes firmas legales estadounidenses, que veían el sistema legal europeo con franco desdén, se vieron en la necesidad de enviar abogados a defender los intereses de sus clientes. Estos litigantes se vieron, así, ante un mundo absolutamente desconocido para ellos, por lo que les quedaban dos caminos: la apatía o luchar para imponer sus reglas. Obviamente, sus honorarios, que en muchos casos fueron monumentales, pendían de su desempeño, así que las firmas legales invirtieron tiempo y dinero en el arbitraje.

24 Ibid, página 23

25 Ibid, página 37



Esto produjo cambios radicales en el, hasta entonces, pacífico mundo del arbitraje, *“el rápido crecimiento del mercado del arbitraje produjo el arribo de nuevos reclutas de las periferias del mundo de los grandes profesores. Ellos no tenían ni el estatus que les permitiera recurrir a ese tipo de argumentos (Lex Mercatoria) ni la predisposición para aceptarlos en sus contrapartes”*^{26 27}

A su vez, la participación de organizaciones como la International Chamber of Commerce, que —bien lo indican los autores— se convirtió en una institución misionera, y diríamos nosotros, que hace muchos años viene predicando el arbitraje a todo el mundo, sirvió por un lado, para ampliar la base del mercado arbitral y con ello creo la necesidad de que más abogados participen, como litigantes o como árbitros en la mayor cantidad de arbitrajes que se producen, y por otro para posicionar a la misma ICC como un verdadero sistema de justicia transnacional privado.

Este fenómeno a su vez ha producido, en años recientes, una escasez en la disponibilidad de árbitros bien preparados, y de ahí, el énfasis que se da hoy día en los grupos “menos cuarenta”, en búsqueda de talento joven.

A su vez, el advenimiento de las grandes firmas legales mundiales, y la indudable influencia de sus sedes estadounidenses, ha venido a perfilar el mundo del arbitraje moderno, alejándolo de aquella idea original, ya vista, y moviéndolo cada vez más, hacia la realidad de un mundo de competencia globalizada, a las órdenes de la industria a la que sirve.²⁸

26 Ibid, página 90. Traducción libre el autor.

27 U.S litigators invaded the small club of pioneers, helped it to prosper, and shifted its center of gravity toward U.S. approaches to litigation. The “international justice” that handles business disputes is itself a product of competition among “national” approaches, including that of the U.S. litigators. Ibid, página 100

28 “Located at the intersection of the world of business

Psicología Jungiana y arbitraje

El ya citado profesor Sueco, Paulsson, en el análisis de la figura del árbitro, recurre a los conceptos expuestos por Carl Jung, fundador de la escuela de psicología analítica, quien sostenía que así como tenemos instintos que guían nuestras acciones, hemos heredado estructuras mentales que condicionan nuestras percepciones y motivaciones. En el centro de esta idea ubica los “arquetipos”, que para él, son los determinantes del mundo psíquico.

El inconsciente colectivo, diferente del individual y personal, se expresa, según Jung, a través de los arquetipos, que son formas de pensamiento universal o imágenes mentales que influyen la actuación inconsciente de las personas.

El suizo, individualizó ciertos arquetipos: el “ánima”, “la madre”, “la sombra”, “el niño”, “el sabio” etc.

Paulsson usa el arquetipo del sabio, para relacionarlo con la figura del árbitro.

Para él, resulta útil pensar en la existencia inconsciente de un arquetipo arbitral, *“queremos ser juzgados por alguien sabio y familiar, tal vez una versión idealizada de nosotros mismos, no alguien inteligente pero extraño”*²⁹

• Si en realidad existe tal arquetipo, se pregunta, ¿cómo se llegó a enquistar en nuestro inconsciente? Tal vez por un proceso adaptativo de selección natural, responde.

Y de existir, en efecto semejante figura, cuáles serán

and that of law, these business lawyers serve as “lawyer-compradors” —double agents serving their own interests as lawyers and those of the merchants who retain their services. They are perpetually torn between the requirements of their peers in the legal profession and those of their business clients.” Ibid, página 119.

29 Paulsson, Op Cit, página 5

sus cualidades? Sobre todo, el arquetipo arbitral debe respetar la individualidad de los “arbitrantes” y de su caso, pero a partir de esa cualidad básica, Paulsson enumera, como razonablemente deducibles de la experiencia, las siguientes cualidades idealizadas:

- Compromiso: Tanto así, que las partes confíen en que el árbitro llegará hasta el fondo del asunto, considerando a su paso todos los argumentos, sean los que fueren, al punto de poder ver de frente con total honestidad, incluso a quien sale vencido en el laudo.

- Capacidad: Para que la decisión del árbitro tenga peso moral debe fundarse en una profunda comprensión del debate.

“El árbitro inexperto, incapaz siquiera de hacer las preguntas correctas o de ver las falencias básicas en el corazón de una presentación impresionante pero superficial, adolece de la autoridad esencial del arquetipo”³⁰

- Preocupación: Aquella del “buen padre de familia” aplicada al arbitraje, a las partes y sus intereses enfrentados que buscan justicia. El árbitro es escogido como individuo y se espera de él que actúe de acuerdo a su experiencia y rectitud.

- Discernimiento de las consecuencias: La consciencia del arquetipo le hace saber que su actuar es de beneficio para la comunidad, por ello observa con atención las posibles consecuencias de su fallo, y a la vez, la comunidad observa al árbitro y le hace saber el valor de su labor. Tal ejercicio de observación, dice el autor, afecta el comportamiento.

- Dignidad: Del latín “dignus” = digno. Aplicado esto a la labor del árbitro arquetípico, exige que sus laudos sean el producto de una “justa percepción de las consecuencias adecuadas para la conducta de las partes” y no de criterios subjetivos y arbitrarios.

El profesor Paulsson, ya al final de su obra, hace esta reflexión:

Podemos, en este universo en constante cambio, encontrar un principio organizativo para guiar nuestra valoración de la institución social que llamamos arbitraje? Tal vez un objetivo trascendente pueda jugar, en si mismo, el papel de un principio organizativo. Este objetivo es el cumplimiento de la mismísima idea del arbitraje como aquel mecanismo de resolución de controversias, que será aceptado con tranquilidad por aquellos que asumirán sus consecuencias, debido a su particular confianza en el juzgador por ellos escogido³¹

Conclusión:

La búsqueda de una explicación de la idea del arbitraje, de su concepto, debe ser buscada al di la —más allá— de las normas arbitrales positivas, tal como sucede con la norma fundamental hipotética kelseniana. Buscar el concepto del concepto, en el producto nacido de tal concepto, nos llevará a un ejercicio parecido al de la mosca que pega en el cristal, tratando de salir. Aún si tomáramos, por ejemplo, la Convención de Nueva York, o la Ley Modelo UNCITRAL, como lo más cercano a normas fundamentales del arbitraje internacional, en el estudio ad-intra de esos textos, no podríamos encontrar, sin más, el fundamento conceptual que les dio vida.

Las respuestas podemos buscarlas en la filosofía que barrunta sobre la justicia, la finalidad, las fuentes y la naturaleza del derecho arbitral, su alcance, la identidad del fenómeno, y por supuesto, sobre su naturaleza.

Parte de la doctrina francesa propone que el arbitraje ha llegado a ser un ordenamiento jurídico

30 Ibid, página 8 (traducción libre del autor)

31 Ibid, página 300 (traducción libre del autor)



autónomo y deslocalizado, a tal punto el laudo es anacional y puede ser ejecutado, aunque haya sido anulado en el país sede del arbitraje.

Otros critican esa conclusión y observando la realidad socio-económica y jurídica concluyen que el arbitraje es más que un ordenamiento autónomo de jurisdicciones estatales, es con toda plenitud, un ordenamiento jurídico, nacido de una sociedad particular. Sociedad que los sociólogos califican como “comunidad epistémica”, cuyo pilar es el árbitro.

El aforismo jurídico: “El arbitraje es tan bueno como los árbitros”, adquiere un sentido pleno, cuando se revisa el valor que el árbitro tuvo en sus orígenes del arbitraje moderno, en la figura de ños grandes sabios de las academias europeas.

Esa figura hoy fagocitada por los abogados de grandes firmas transnacionales que han llegado al mundo del arbitraje, inicialmente, siguiendo el olor de los petrodólares, y hoy, de la mano de instituciones, como la ICC, que han llevado el arbitraje a todo el mundo,

Los árbitros y los operadores del arbitraje internacional, siguen jugando en un mundo cerrado (aunque cada vez menos), en el que para existir, se debe poseer un cierto capital simbólico, que no es accesible a todos. Esos juristas, quienes a la vez dan forma y son formados, por las características actuales del sistema, se encuentran divididos, a la manera de doble—agentes, sirviendo a la vez a los principios legales del arbitraje y los monumentales intereses económicos de sus clientes y de los que ellos obtienen importantes ganancias. Paulsson, empatando con la observación de los sociólogos del derecho en cuanto a la importancia del árbitro, busca el ascendente de la fama del árbitro, como pilar del arbitraje, en la psicología Jungiana, y equipara el árbitro al arquetipo del sabio, enquistado en inconsciente colectivo.

El arbitraje internacional es entonces producto de una sociedad (epistémica) con características

particulares de la que emana un ordenamiento jurídico particular, que subsiste con cierta indiferencia hacia los órdenes jurídicos estatales, y que habita en un mundo en voraz competencia en que se mezclan lo simbólico (legitimación y credibilidad), con lo jurídico y lo económico—empresarial.

BIBLIOGRAFÍA:

LIBROS:

Dezalay, Yves y Bryant G, Gart. (1996). *Dealing in virtue*. Chicago, USA: The University of Chicago Press.

Gaillard, Emmanuel. (2010). *Teoría jurídica del arbitraje internacional*. Asunción, Paraguay: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política.

Oppetit, Bruno. (2006). *Teoría del Arbitraje*. Bogota, Colombia: Legis Editores SA

Paulsson, Jan. (2013). *The idea of arbitration*. London, United Kingdom: Oxford University Press.

Recaséns Siches, Luis. (1979). *Introducción al estudio del derecho*. Mexico DF, México: Editorial Porrúa SA.

Sanders, Pieter. (1999). *Quo Vadis Arbitration*. La Haya. Holanda: Kluwer Law International

ARTÍCULOS:

Alonso, José María. Sf. Aspectos económicos, sociológicos y transnacionales del arbitraje.

González de Cossio, Francisco. (2007). *La naturaleza jurídica del arbitraje: Un ejercicio de balanceo químico*. Lima Arbitration Review No2.



LA DESEABLE TRANSICIÓN DEL “REENVÍO” A LA “REMISIÓN” EN EL ARBITRAJE COSTARRICENSE.

M.Sc. Mauricio París

I. Introducción

Socio en Expertis GHP Abogados

Resumen:

El autor analiza en este artículo la figura del reenvío del laudo parcialmente anulado en el arbitraje costarricense, y propone su sustitución por la figura de la remisión, figura aceptada en el arbitraje internacional.

The author analyzes the system of “reenvío” used for awards partially annulled in Costa Rica, and proposes to change it for the remission, a well-accepted system in the international arbitration.

Palabras claves:

Arbitraje – Nulidad – Laudo – Reenvío – Remisión.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia -o cuando menos su integración mayoritaria-, como órgano encargado de resolver el recurso de nulidad del laudo arbitral tanto en arbitrajes domésticos como en arbitrajes internacionales, creó la figura del reenvío como forma de subsanar ciertos vicios contenidos en un laudo arbitral. El reenvío no es más que una orden emitida por dicha Sala al tribunal arbitral para que dicte un nuevo laudo por contener el original un vicio que justificó su nulidad en virtud de un recurso interpuesto por alguna de las partes. Es decir, el reenvío implica la emisión de un nuevo laudo arbitral por haberse anulado el laudo anterior. Esta figura se ha venido utilizando en el arbitraje doméstico en los últimos 15 años, pese a existir siempre magistrados de dicha Sala que de manera sistemática, aunque minoritaria, han salvado el voto cuestionando sus facultades para proceder de esa forma.

En virtud de la aprobación de la Ley No. 8937, de Arbitraje Internacional, y en el tanto Costa Rica quiera proyectarse como una sede adecuada para arbitrajes internacionales, pero también por motivos de depuración del derecho arbitral costarricense hacia una mayor pureza técnica y conceptual, se hace necesario replantearse la figura del reenvío, con la finalidad de que sea reemplazada por la figura de la remisión, solución prevista en la Ley de Arbitraje Internacional y de amplia aceptación internacional al provenir de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

II. La tesis favorable al reenvío.

El antecedente más remoto que encontramos en cuando a la aplicación de la figura del reenvío se remonta al año 2000, escasos tres años posteriores a la entrada en vigencia de la Ley No. 7727, sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social –en lo sucesivo Ley RAC-, en donde en un voto redactado por los Magistrados Rivas Loáiciga y Zeledón Zeledón dentro de un proceso de arbitraje ad-hoc se resolvió en lo que interesa:

“VIII.- Por todo lo anterior resulta explicable la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil, en cuanto normativa costarricense (Artículo 22). Dentro de este principio la Sala no deja de preocuparle el resultado del proceso arbitral cuando, por razones procesales, deba declararse la nulidad de un laudo. Esto es así porque en algunas de las causales si los vicios resultan evidentes, e insalvables se declaran por la Sala, podrían las partes eventualmente recurrir a la vía ordinaria a dirimir sus diferencias porque el proceso arbitral fue inoperante o no cumplió el cometido previsto por las partes. En otros casos la nulidad decretada podría tener valor de cosa juzgada. Pero también puede ocurrir que el vicio detectado sea subsanable y en consecuencia en este caso debe evitarse el mayor perjuicio a las partes y al instituto mismo del arbitraje obligando al Tribunal Arbitral a corregir los vicios u omisiones para dictar un nuevo laudo ajustado a derecho. Esto significaría integrar la normativa procesal del arbitraje con la figura del reenvío prevista en el Código Procesal Civil (Artículo 610 inciso 1), de tal suerte que aun considerando procedente la nulidad por infracción de alguna de las causales previstas, la Sala lo declare así y ordene devolver el expediente al Tribunal Arbitral para que, verificadas las reposiciones del caso, proceda a subsanar los errores y dictar nuevamente el laudo ajustado a derecho.

IX.- Esta solución de suyo es completamente válida porque la Ley 7727 derogó del Código Procesal Civil solamente los artículos del 76 al 78 y del 507 al 529, esto significa que la nueva normativa arbitral dejó vigentes los artículos 616 sobre “nulidad en arbitrajes de derecho” y 617 sobre “nulidad en arbitrajes de equidad”. El numeral 616 dice literalmente “Si se tratare del laudo dictado por árbitros de derecho y se interpusiere recurso de nulidad, se observarán las mismas reglas de tramitación especificadas para el recurso de casación contra sentencias dictadas en proceso ordinario”, consecuentemente procedería el reenvío previsto para el recurso de casación por infracción a las normas procesales. En tal caso lo atinente sería anular el laudo y remitir el expediente al Tribunal Arbitral para que proceda a subsanar el vicio y posteriormente dictar un nuevo laudo ajustado a derecho.

X.- Principios similares tiene el numeral 617 del Código Procesal Civil en cuanto a la nulidad del arbitraje de equidad, y la Ley 7727 para el de derecho y el de equidad cuando el vicio determinado por la Sala solo sea parcial. En tal eventualidad no puede declararse la nulidad de todo el laudo sino solo de aquella parte donde exista el vicio, subsistiendo el fallo del Tribunal en todo donde no medie nulidad.

XI.- En el presente caso la única omisión del Tribunal Arbitral es en relación con la falta de apertura de la etapa de conclusiones. Evidentemente es una etapa obligatoria, y no potestativa o facultativa para el Tribunal Arbitral, salvo si las partes hubieren estado de acuerdo expresamente en no verificarla por el mencionado principio de libre elección del procedimiento. Como en este proceso arbitral no se refirió absolutamente nada en este extremo, y más bien el representante de la Caja Costarricense del Seguro Social solicitó se le diera la oportunidad de emitir conclusiones, el



vicio de nulidad se presenta. Y como entre tal solicitud y el dictado del laudo el Tribunal duró 20 días, esta Sala considera que lo procedente es anular el laudo, remitir el expediente al Tribunal con el objeto de que proceda a otorgarle a las partes el respectivo plazo para emitir conclusiones, o bien convocar a una audiencia para ello, para subsanar el debido proceso, luego de lo cual deberá obligatoriamente dictar el nuevo laudo. Como en el proceso arbitral las partes procuran una solución extrajudicial, basada en la armonía y la prosecución de la paz social, el plazo otorgado al Tribunal Arbitral para subsanar se entiende dentro de esa filosofía, y por tal se otorga muy brevemente, el cual, a criterio de esta Sala, en ningún caso podría infringir el inciso a) del numeral 67, salvo si el Tribunal se extralimitara en el plazo concedido.

XII.- En razón de todo lo anterior procede remitir el expediente al Tribunal Arbitral para que otorgue un plazo para conclusiones, o bien cite a una audiencia para emitirlas oralmente, y proceda a dictar un nuevo laudo ajustado a derecho dentro de los 20 días siguientes a las conclusiones o la audiencia.”¹

Esta resolución debe contextualizarse al momento histórico en que fue dictada, en donde el arbitraje era una materia novedosa, poco utilizada, y sobre la cual no existía jurisprudencia y muy poca doctrina doméstica, de allí que, hoy día, algunos de los fundamentos en los que se basó la Sala para aplicar la figura del reenvío nos parezcan ya superados. Por ejemplo, el que se diga que ante un laudo anulado las partes tendrían que acudir a la vía ordinaria es algo que hoy sabemos no debería ocurrir ya que en virtud del principio de separabilidad de la cláusula arbitral, la nulidad eventual de un laudo no implicaría

per sé la nulidad de la cláusula arbitral, por lo que lo procedente sería que se substancie un nuevo arbitraje ya que la cláusula arbitral seguiría siendo válida salvo que las partes acuerden sustituirla. De igual forma, el que la nulidad implique cosa juzgada es algo difícil de aceptar, ya que no puede producir cosa juzgada algo que ha sido declarado nulo, y si la declaratoria de nulidad del laudo adquiere eficacia de cosa juzgada, pues lo será con relación al laudo en cuestión, no a otros laudos que posteriormente puedan ser dictados.

Ahora bien, el fundamento de fondo utilizado por la Sala son los artículos 616 y 617 del Código Procesal Civil, que al respecto disponen:

“Artículo 616.- Nulidad en arbitrajes de derecho.

Si se tratare del laudo dictado por árbitros de derecho y se interpusiere recurso de nulidad, se observarán las mismas reglas de tramitación especificadas para el recurso de casación contra sentencias dictadas en proceso ordinario.

Artículo 617.- Nulidad en arbitraje de equidad.

Cuando se estableciere el recurso de nulidad contra los laudos de los árbitros de equidad, se observarán las reglas anteriores, en cuanto fueren aplicables, y las siguientes:

- 1) El recurso sólo será admisible si se encontrare en alguno de los casos indicados en el artículo 526, y expresará en qué causas de las indicadas se funda, y si no lo hiciere será rechazado de plano.*
- 2) Presentado el recurso, se pedirá el expediente original y se procederá a tramitarlo de acuerdo con las disposiciones pertinentes de este capítulo.*
- 3) Si la sala estimare que los árbitros de equidad han incurrido en alguna de las causales referidas en el artículo 526 mencionado, anulará la sentencia, salvo lo dicho en el inciso siguiente.*

¹ Voto No. 000594-F-00, de las 11:40 horas del 18 de agosto de 2000.

4) Si el recurso se fundare en la causal señalada en el inciso 2) del artículo 526, se anulará el laudo únicamente en el punto o puntos en que consista el exceso.”

Ambas disposiciones son resabios de la regulación que contenía el Código Procesal Civil sobre el arbitraje desde su adopción en 1990, hasta que el Capítulo III del Título IV de dicho Código (artículos 507 a 529), que regulaba el procedimiento arbitral, fue derogado por completo en 1997 con la adopción de la Ley RAC. Los artículos 616 y 617 antes trascritos no se encontraban incluidos en las disposiciones de dicho Capítulo, sino que están incluidas en las disposiciones de relativas al recurso de casación. Del estudio del expediente legislativo que dio lugar a la aprobación de la Ley RAC, no encontramos ningún indicio que permita aseverar que los legisladores de entonces dejaron vigentes dichos artículos del Código Procesal Civil por considerarlos necesarios o cuando menos compatibles con la Ley RAC, sino que en nuestro criterio, no fueron derogados por simple omisión, al considerarse que todo lo relacionado con el arbitraje estaba incluido en el Capítulo III del Título IV del Código ya mencionado².

El reenvío ha sido aplicado por la Sala Primera en los supuestos de nulidad por infra petita, supra petita y violación al debido proceso, contenidos respectivamente en los incisos b, c y e del artículo 67 de la Ley RAC, en el tanto son los que la Sala ha considerado que ameritan y permiten la devolución del asunto al tribunal arbitral para la subsanación del vicio, ya sea resolviendo sobre los asuntos sometidos

a arbitraje que fueron omitidos en el laudo, eliminando aquellos resueltos que no fueron peticionados, o completando los trámites o acciones requeridas para dar cumplimiento al debido proceso. Sin embargo, en todos los casos, la Sala anula completamente el laudo y ordena la emisión de un nuevo laudo por parte del tribunal.³

III. La tesis opositora al reenvío.

Desde que en el año 2000 la Sala Primera desarrollara por primera vez la tesis del reenvío, esta figura ha sido adversada a lo interno de la misma Sala. Así es como desde el mismo voto 000594-F-00 antes citado, el entonces Magistrado Ricardo Zamora Carvajal disintió en los siguientes términos:

El Magistrado Zamora Carvajal salva su voto, únicamente, en cuanto la Sala de casación ordena que “vuelva el asunto al Tribunal Arbitral para que subsane en vicio que determinó la nulidad, confiriendo la audiencia omitida, y dicte el laudo en el plazo de 20 días después de las conclusiones o de la audiencia”, pues considera que ni la Ley 7727 de 9 de diciembre de 1.997, Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, ni el Código Procesal Civil, en su artículo 616, facultan a la Sala Primera para ordenarle al Tribunal Arbitral reponer el trámite omitido, que dio lugar a la nulidad del laudo, y que, aunque estuviere vencido el plazo para dictar el laudo, dicte, de nuevo, otro laudo, en un plazo

² También fueron derogados los artículos 76, 77 y 78 del mismo Código que regulaban lo concerniente a la recusación de árbitros.

³ Conocemos cuando menos de un caso en donde se llegaron a dictar tres laudos en un mismo asunto, ya que los dos primeros fueron anulados por la Sala Primera, en ambos casos por el mismo vicio.



de veinte días, que le confiere la propia Sala Primera. Efectivamente, dispone el artículo 64 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, que, “el recurso de nulidad se aplicará según los artículos 65, siguientes y concordantes de la presente ley...”, lo cual significa que el procedimiento, sea la tramitación, del recurso de nulidad en cuestión está normado en dicha ley, que es ley especial en la materia, y aunque el artículo 616 del Código Procesal Civil no hubiere sido derogado explícitamente por la Ley del RAC, es lo cierto que sí quedó derogado, implícitamente, desde que la nueva ley estableció una tramitación especial para el susodicho recurso de nulidad. Ciertamente, resultaría ambiguo y contradictorio que pudiesen aplicarse, al mismo tiempo, para el recurso de nulidad del laudo en arbitraje de derecho, las reglas de los artículos 65, siguientes y concordantes de la Ley del RAC, y, también, las relativas al recurso de casación contra sentencias dictadas en procesos ordinarios. Por otro lado, no hay que confundir lo que son reglas de tramitación, con decisiones judiciales que ordenen reponer trámites y al mismo tiempo integrar el derecho, para ordenar el dictado de un nuevo laudo, para lo cual se abre un nuevo plazo, sin que ello esté previsto en el acuerdo arbitral.

Las reglas de tramitación del recurso de nulidad del laudo son distintas de las reglas aplicables al recurso de casación, aunque en cuanto a algunas pudiese existir algún parecido. Según el artículo 65 de la Ley del Rac, el recurso de nulidad deberá interponerse ante

la Sala Primera, por las causales establecidas en el artículo 67 de dicha ley, dentro de los quince días siguientes a la notificación del laudo o a la resolución que aclare o adicione la resolución. Este recurso no estará sujeto a formalidad alguna (el recurso de casación sí), pero deberá indicar la causal de nulidad en que se funda. Interpuesto el recurso, la Sala requerirá el expediente al Presidente del Tribunal arbitral, si fuere colegiado, o al árbitro que dictó el laudo, si fuere unipersonal, y una vez recibido el expediente, la Sala procederá a resolverlo en cuanto a su admisibilidad y al fondo, sin dilación ni trámite alguno. (En el recurso de casación existen otros trámites). La interposición del recurso no suspenderá el cumplimiento del laudo. (artículo 66). El artículo 67 establece las causas por las cuales el laudo puede ser declarado nulo, que son propias del proceso arbitral. El artículo 68 contiene la forma de remuneración de los árbitros. En cuanto a las reglas de tramitación del recurso de casación, no hay duda de que son más prolijas y técnicas (...)

En cuanto al recurso de revisión que, también, cabe contra los laudos, la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, en cambio, sí establece que dicho recurso se aplicará de conformidad con el Código Procesal Civil. Esto nos lleva a razonar que si el legislador hubiere tenido en mente que el recurso de nulidad, igualmente, se rigiera de acuerdo con el Código Procesal Civil, entonces, lo habría dispuesto, como lo hace con el recurso de revisión, máxime cuando ambos recursos

están normados en el mismo párrafo del mismo artículo (el 64). Desde otro ángulo, no tendría sentido el que el legislador estableciese un trámite especial para el recurso de nulidad de laudos, por un lado, y, por otro, permitiese la aplicación del Código Procesal Civil, para el mismo efecto. El párrafo completo del artículo 64 de la Ley del Rac preceptúa: “El recurso de nulidad se aplicará según los artículos 65, siguientes y concordantes de la presente ley. El recurso de revisión se aplicará de acuerdo con el Código Procesal Civil.”.

En lo que respecta a la derogatoria implícita del artículo 617 del Código Procesal Civil, cabe señalar que dicho numeral, que se refiere a la nulidad en arbitraje de equidad, en el inciso 1, dispone “que el recurso sólo será admisible si se encontrare en alguno de los casos indicados en el artículo 526, y expresará en qué causas de las indicadas se funda, y si no lo hiciera será rechazado de plano.”. Pues bien, el artículo 526, al cual remite el numeral 617, se encuentra derogado por Ley N° 7727 del Rac. Consecuentemente, a todas luces se nota que el numeral completo no resulta de aplicación alguna para fundar la admisibilidad de algún recurso de nulidad. Además, la propia Ley 7727 no hace ninguna distinción respecto del recurso de nulidad, que cabe tanto para arbitraje de derecho o para arbitraje de equidad, existiendo un mismo procedimiento pautado en la dicha ley.

El suscrito Magistrado, de la resolución de mayoría, para efectos de la nulidad decretada del laudo, únicamente, comparte lo expuesto

en el Considerando IV. La razón es por cuanto la nulidad descansa en la violación del debido proceso, por falta del término de audiencia para que las partes formularan las conclusiones de hecho y de derecho, en cuanto a las pruebas aportadas al expediente o evacuadas dentro de él. La resolución de mayoría emite consideraciones que no comparto e, incluso, la parte dispositiva, respecto de la cual salvo el voto, resulta ambigua, en lo que se refiere al punto de partida del plazo que confiere. Para disponer lo que ordena el voto de mayoría se requiere reforma de la Ley N° 7727 del 9 de diciembre de 1997.

Con la jubilación de Magistrado Zamora, otros Magistrados han mantenido una línea similar, en especial el Magistrado Román Solís Zelaya, la Ex - Magistrada Anabelle León Feoli, así como el entonces Magistrado Suplente Hernando París Rodríguez.

Esta tesis que podríamos llamar negativa, se podría resumir en los siguientes argumentos:

a) La Sala Primera no cuenta con facultades legales que sustenten el reenvío al tribunal arbitral ordenándole el dictado de un nuevo laudo.

b) Los artículos 616 y 617 del Código Procesal Civil fueron derogados tácitamente por la Ley RAC al disponer de un procedimiento especial para el recurso de nulidad del laudo.

c) Las disposiciones relativas al recurso de nulidad contenidas en la Ley RAC resultan incompatibles con



las disposiciones procesales del recurso de casación contenidas en el Código Procesal Civil.

Además de compartir como un todo las apreciaciones del voto salvado en cuestión, considero que la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Internacional nos presenta un nuevo paradigma que debe llamar a la Sala Primera a una revisión profunda del instituto del reenvío, aspecto que de seguido paso a analizar.

IV. La remisión en el arbitraje internacional.

Más por necesidad que por convicción, Costa Rica optó por un modelo de arbitraje bifronte: una ley para el arbitraje doméstico y otra para el internacional. Como hemos indicado en otro momento⁴, el arbitraje debe ser uno sólo, y los criterios de aplicación e interpretación no pueden versar sobre elementos meramente subjetivos tales como la nacionalidad de las partes involucradas o sus abogados. El papel unificador está en manos precisamente de la Sala Primera en lo que a sus competencias atañe, ya que tendrá la importante labor de validar o rechazar determinadas prácticas usuales en el arbitraje internacional, sin caer en la trampa de un sistema en donde, no existiendo normas diferentes entre las leyes arbitrales, la Sala Primera valide determinadas prácticas en arbitrajes internacionales y las censure en el arbitraje doméstico, o viceversa.

Además de los contundentes argumentos esgrimidos en contra del reenvío, consideramos que es deseable su replanteamiento por parte de la Sala

Primera con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje Internacional, que en su artículo 34.4 contiene una solución alternativa al reenvío, que se denomina remisión, sobre la cual dispone:

“El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo de que determine, a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.”

Así vemos como la remisión, a diferencia del reenvío, lejos de ser una orden a los árbitros para que dicten un nuevo laudo, es una oportunidad para que éstos, si así lo consideran, corrijan algunos aspectos del laudo eliminando los motivos de la petición de nulidad. Este elemento voluntario es muy importante, ya que en virtud de la ansiada injerencia mínima de los tribunales comunes en el arbitraje, no pareciera deseable que la Sala termine dictando a los árbitros los términos del laudo arbitral, como sucede en algunos casos de reenvío. Nos preguntamos igualmente ¿Qué sucedería si el tribunal arbitral no comparte los motivos de nulidad parcial del laudo y en consecuencia desacata la orden de reenvío, negándose a dictar un nuevo laudo? Se podría discutir si se incurre en un delito de desobediencia a la autoridad, pero incluso el tribunal podría oponerse con fundamentos jurídicos de peso, como por ejemplo el haber transcurrido el plazo para laudar y en consecuencia su competencia, que sólo puede ser conferida por las partes.

⁴ PARÍS CRUZ, Mauricio: “El necesario divorcio entre el Código Procesal Civil y el Arbitraje Comercial” En: Revista Judicial No. 109. Setiembre 2013.

En la remisión, la negativa del tribunal arbitral de modificar el laudo ante la posibilidad otorgada por el tribunal judicial respectivo – Sala I en nuestro caso-, implicaría la reactivación del conocimiento del recurso de nulidad interpuesto contra el laudo respectivo.

Otra diferencia entre ambas figuras es que la remisión ocurre de previo a que se resuelva el recurso de nulidad, ya que por eso se habla de suspender las actuaciones de nulidad, mientras que en el reenvío el laudo es anulado y posteriormente remitido al tribunal para que dicte uno nuevo. El dictado de múltiples laudos finales⁵ en un mismo asunto compromete la seguridad jurídica, esto por cuanto debe recordarse que varias jurisdicciones –Francia en especial- han sido proclives a aceptar la ejecución de laudos anulados en la sede. En consecuencia, cada laudo dictado es un laudo potencialmente ejecutado, independientemente de su anulación en la sede.

En el Derecho Comparado no abundan los casos de aplicación de la figura de remisión. El Digesto de la CNUDMI sobre la Ley Modelo en su versión 2012⁶ menciona un caso en donde se utilizó esta figura para subsanar la falta de audiencia a una parte de un dictamen pericial rendido durante el proceso arbitral⁷. También se menciona que en casos en donde se ha dictado ya un laudo final, no se ha considerado adecuado utilizar la remisión para que el tribunal

arbitral dicte un nuevo laudo por el fondo o recabe nueva evidencia.⁸

A este punto, el paciente lector puede estarse preguntando cuál es el fundamento legal para aplicar una figura contenida en la Ley de Arbitraje Internacional al arbitraje doméstico. Si bien la Ley RAC nada dice sobre la remisión, tampoco dice nada sobre el reenvío. En consecuencia, estamos en presencia de una laguna interna de la Ley RAC, que debe llenarse acudiendo al artículo 39 in fine de dicha Ley, que al respecto indica:

“(...) Las normas procesales de la legislación costarricense integrarán, en lo que resulte compatible, el procedimiento arbitral.”

La solución que plantea el reenvío es llenar esa laguna con el artículo 616 del Código Procesal Civil, aplicando las reglas del recurso de casación civil. La solución que consideramos debe ser la correcta hoy día, es llenar esa laguna con el 34.4 de la Ley de Arbitraje Internacional, que no sólo es una ley procesal de la legislación costarricense, sino que es la norma más compatible con el proceso arbitral por contener las mejores prácticas a nivel internacional sobre esta materia.

Aplicar el reenvío judicial propio de los recursos de casación al arbitraje es una invasión de unas reglas a las cuales las partes voluntariamente y en

5 Utilizo el término de laudo final para diferenciarlo del supuesto de laudos parciales o interlocutorios.

6 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW: “UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration”. Disponible en el sitio web: www.uncitral.org

7 Alexander Property Developments v. Clarke. Tribunal Superior de New Plymouth, Nueva Zelanda, 10 de junio de 2004, CIV. 2004-443-89.

8 Caso CLOUT No. 12 [D. Frampton & Co. Ltd. V. Sylvio Thibeault and Navigation Harvey & Frères Inc., Corte Federal de Canadá, 7 de abril de 1988]. Caso CLOUT No. 391 [Re Corporación Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. et al. v. STET International, S.p.A. et al., Tribunal Superior de Justicia de Ontario, Canadá, 22 de setiembre de 1999].



ejercicio de un derecho constitucional renunciaron, con la finalidad de someterse a un procedimiento distinto que se rige por unas normas y unos principios igualmente distintos.

Con estas reflexiones esperamos aportar un punto de vista alternativo a una figura que consideramos debe evolucionar en beneficio de una práctica arbitral costarricense más sofisticada e internacionalmente compatible.

Sobre el autor:

Mauricio París es Licenciado en Derecho en la Universidad de Costa Rica y máster en Asesoría Jurídica de Empresa de la Universidad Carlos III de Madrid. Cursó el programa sobre Arbitraje Comercial Internacional en IE Law School. Es Director Regional del ICC YAF para América Latina y Managing Partner de Expertis, un equipo de abogados con operaciones en toda Centroamérica.

Bibliografía

Artículo en Revista:

PARÍS CRUZ, Mauricio: "El necesario divorcio entre el Código Procesal Civil y el Arbitraje Comercial" En: Revista Judicial No. 109. Setiembre 2013.

Jurisprudencia:

Alexander Property Developments v. Clarke. Tribunal Superior de New Plymouth, Nueva Zelanda, 10 de junio de 2004, CIV. 2004-443-89

Caso CLOUT No. 12 [D. Frampton & Co. Ltd. V. Sylvio Thibeault and Navigation Harvey & Frères Inc., Corte Federal de Canadá, 7 de abril de 1988].

Caso CLOUT No. 391 [Re Corporación Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. et al. v. STET International, S.p.A. et al., Tribunal Superior de Justicia de Ontario, Canadá, 22 de setiembre de 1999].

ARBITRIO PERICIAL Y ARBITRAJE TÉCNICO

Dr. Roberto Yglesias Mora¹

Resumen.

El presente estudio busca establecer las diferencias entre lo que constituye el arbitrio pericial o arbitrium merum y el arbitraje técnico como proceso jurisdiccional. Ambas figuras fueron confundidas por el legislador patrio al regular el llamado juicio pericial en el Código Procesal Civil. Pese a ello, el juicio pericial, puede constituir una valiosa herramienta de promoción de mecanismos alternos para la solución de conflictos.

This study has the purpose of showing the differences between what is call as expert arbitrium or arbitrium merum , and a technical arbitration considered as a jurisdictional procedure. Both figures were confused by our lawmakers through the so called, expert trial, ruled in the Procedural Civil Code. No matter, such expert trial, can be a helpfull instrument to promote alternative mechanisms in the solution of disputes.

Palabras Claves.

Arbitrio pericial

Arbitraje técnico

Juicio pericial

Panel de expertos

Arbitraje de equidad

Expert arbitrium

Technical arbitration

Expert trial

Expert Board

Arbitration ex equo et bono

¹ Arbitro y profesor de Derechos Reales Universidad de Costa Rica.

I.) Introducción.

Luego de una experiencia de aproximadamente quince años de los centros arbitrales nacionales, se ha ido tomando conciencia sobre la necesidad e importancia de identificar una modalidad arbitral que bien se podría denominar como arbitraje técnico o como arbitraje de construcción, por ser este la principal manifestación del arbitraje técnico. Esta modalidad arbitral, se ha ido separando paulatinamente tanto en lo conceptual como en la práctica, del tradicionalmente llamado arbitraje de equidad, cuya naturaleza y alcances no guarda adecuada correspondencia con las características propias y requerimientos del arbitraje técnico moderno. El objetivo primario de este ensayo, es, no obstante, señalar y advertir sobre otros mecanismos paralelos o similares que no deben ser confundidos con esa modalidad arbitral, como es el llamado arbitrio de un tercero y las opiniones técnicas periciales. Nos proponemos formular un marco conceptual teórico jurídico que permitan caracterizarlas y distinguir las del llamado arbitraje técnico.

II.) El arbitrio pericial;

Esta modalidad de participación de terceros expertos, refiere a situaciones en que por ley o por decisión de las partes de un contrato, se requiere completar o integrar el contrato con una actuación, opinión o declaración técnica de un perito. Al efecto se observan diversas regulaciones legales que señalan tales intervenciones en distintos momentos y situaciones de la contratación, que no obstante no llegan a equipararse, como regla de principio, a una decisión jurisdiccional. Veamos algunas de ellas:

A.) En el Código civil encontramos al menos las siguientes funciones asignadas a un experto o perito:

1.) En el artículo 1057, se permite que en la compraventa se pacte que uno o más terceros sean

quienes fijen el precio. Se debe asumir desde luego, que se trata de terceros conocedores de la materia. Estamos ante una figura antigua, aplicada desde el Derecho romano y reconocida en el Derecho moderno comparado. Parte de la doctrina estima que la fijación del precio por un tercero, constituye una condición al negocio jurídico, que impide su perfeccionamiento hasta que se cumpla y ese es el espíritu que presenta en nuestra legislación civil común.

2.) El artículo 1142, estipula que en caso de duda en el precio del arrendamiento de una cosa, se acudiría a una estimación que harán peritos. Se trata de otra figura similar, también de origen histórico aplicable en este caso al precio del arriendo y que también le da una función particular a un tercero, cuya declaración o dictamen, permite perfeccionar un negocio jurídico, en este caso un arrendamiento.

La norma hace alusión más que a diferencias de fondo, a imprecisiones sobre el precio del arrendamiento de una cosa. Es evidente que no estamos aquí ante un verdadero conflicto entre las partes, sino ante una situación de incerteza en un monto, a resolver mediante una estimación pericial. Tal es el propósito de esa normativa.

3.) El artículo 1193 *ibidem*, dispone que cuando se conviene que una obra ha de hacerse a satisfacción del propietario o de otra persona, se entiende reservada la aprobación a juicio de peritos. Es otro caso clásico, de especial importancia para nuestro estudio. Hay aquí una referencia directa al concepto de "juicio de peritos", frase que por ambigua, se presta a confusión: En efecto, nuestra legislación procesal civil dedica un capítulo al llamado juicio pericial (arts. 530 a 533 CPC). Este procedimiento presenta hoy especial relevancia, por su renovado potencial, según explicamos más adelante.

B.) Por su parte, el Código de Comercio contiene varias disposiciones relativas a la intervención de un perito como tercero neutral en ciertas circunstancias particulares:



1.) En su artículo 32 bis, que regula el derecho de retiro o receso de la sociedad, se señala un derecho al reembolso del valor de las acciones conforme a una estimación pericial;

2.) Especial mención requiere el artículo 88, cuando regula la creación de un Tribunal tripartito independiente, para resolver sobre el rechazo a la incorporación de herederos o legatarios de un socio en una sociedad de responsabilidad limitada. Esta figura sui generis, quedó sin regular adecuadamente, aunque de su letra se desprende que el espíritu del legislador fue autorizar la creación de una especie de Tribunal integrado por personas familiarizadas con la materia y que dictarían un fallo, que en principio se podría considerar como un laudo en equidad, ex aquo et bono, propio de un arbitraje de equidad, terminología histórica que resulta ambigua y poco adecuada, siendo que refiere a un arbitraje que calificará usualmente como técnico.

3.) Artículo 276, inciso g), establece la obligación del porteador de indemnizar al cargador por retardo imputable del primero. El monto se establecerá por medio de un perito, mediante trámites de jurisdicción voluntaria.

4.) Artículo 336, inciso i), dispone que el porteador tiene derecho a que se venda la mercadería no retirada previo avalúo de un perito nombrado por un juez mediante trámites de jurisdicción voluntaria;

5.) Artículo 547, en el caso de bienes dados en prenda que sufran daños, el acreedor puede pedirle al juez mediante trámites de jurisdicción voluntaria, que se designe a un perito para que examine el estado de los bienes.

Comentario: En ninguno de esos casos, con la salvedad del caso del artículo 88 del Código de Comercio, la función o arbitrio del perito está concebida para desarrollarse como un proceso jurisdiccional o litigio. Se trata de intervenciones para dar una opinión técnica, para lo que no se requiere

de un proceso, ni judicial ni arbitral, sino únicamente de un trámite para emitir un dictamen, un criterio, o lo que es lo mismo “un juicio” de valor o un “arbitrio”, producto de la actividad mental del perito. He ahí uno de los errores de interpretación más frecuentes acerca de la naturaleza jurídica del llamado “juicio de peritos” y que se puede confundir con un litigio y en particular con el llamado “juicio pericial” contemplado en nuestra legislación procesal civil.

Desde un punto de vista histórico, así como desde uno lógico-racional, el “juicio de peritos” en análisis, no corresponde con un proceso en su sentido técnico formal, sino con una valoración o arbitrio pericial que exige el derecho sustantivo para ciertos casos, a fin de permitir la finalización o perfeccionamiento de determinadas relaciones jurídicas o la verificación del cumplimiento de su objeto. No se estaría ante un litigio y ni siquiera, necesariamente, ante una diferencia entre las partes del contrato, sino solamente frente a una etapa más en su constitución, ejecución o cumplimiento. Eventualmente se podría estar frente a diferencias entre las partes del contrato relativas a algunos de los aspectos contractuales sobre los que se debe emitir el juicio de valor pericial. Aún en esa eventualidad no se debe descartar que una diferencia no es automáticamente un conflicto real, y para resolverla bastaría con acudir al tercero experto neutral y no a un juez o árbitro. El conflicto surgiría a posteriori, si el criterio pericial no es aceptado por alguna de las partes. Esta sería la cronología esperada y normal de los acontecimientos, que nos permite comprender mejor que una cosa es un criterio técnico emitido en el marco de la formación o la ejecución de un contrato y otra diferente es un fallo jurisdiccional o laudo técnico, posterior al contrato y fruto de un proceso o litigio, judicial o arbitral, derivado de un verdadero conflicto inter partes.

III.) Origen histórico del arbitrio pericial

En las fuentes históricas, la función del perito como tercero a las partes de un negocio jurídico, se conoció como el “arbitrium merum” o el “arbitrium boni viri”,

que significa arbitrio justo y equitativo. En el derecho justineano se recogen estas figuras, requiriéndose la estimación del tercero para perfeccionar el contrato de compraventa, bajo pena de nulidad (Cód. 4,38, Const.15). En las Institutas también se recoge el "arbitrium" de un tercero (Inst. Libro III, Tit. 23). Por su parte el derecho feudal recogió esta tradición jurídica, como fue el caso de la Ley de las Partidas (partida 5ta, tít. 5, ley 9). En este contexto se denominó a dicho tercero como "arbitrador"², lo que no debe llevar a confusión con las funciones actuales del árbitro, aún en el caso del llamado árbitro de equidad o árbitro arbitrador. El derecho moderno calificó a la figura como el "arbitrio de un tercero"³, y que como se observó supra, ha sido recogida ampliamente, tanto en la legislación civil como en la mercantil.

Se hace así evidente, que la naturaleza del llamado "juicio de peritos" de nuestra legislación sustantiva, asume la condición de un dictamen de valor, de una declaración de conocimiento, de ciencia y no de un proceso o litigio, cuya naturaleza jurídica será obligacional y no jurisdiccional. Esto como veremos, no fue percibido claramente por nuestro legislador al regular el llamado juicio pericial en el Código Procesal Civil vigente.

IV.) El arbitrio pericial y el movimiento RAC.

Dentro del movimiento de resolución alterna de conflictos, visto en general, podemos asociar al arbitrio pericial, con varias figuras ya conocidas, como la opinión experta de un tercero neutral y de último ha llegado la novedosa figura de los paneles de expertos o "dispute boards" para obras de ingeniería y construcción complejas, que intervienen con mucha amplitud durante los procesos constructivos, emitiendo criterios técnicos de modo oportuno, para solucionar diferencias y problemas de construcción que se suscitan durante el desarrollo de las obras y

que deben ser acatados por los partes, como regla de principio y evitar así un arbitraje o largos procesos judiciales. Tal mecanismo ha tenido buena aceptación a nivel internacional y pronto será introducido en el medio nacional de la construcción, con auspicio del CFIA.

Los paneles de disputas -que se crean vía contractual-, constituyen una sofisticada y moderna herramienta para conocer, valorar y resolver in situ, diferencias y problemas durante la construcción de una obra, de modo que minimicen su impacto en su desarrollo y que dependiendo de la modalidad del panel, su decisión será vinculante y de acatamiento obligatorio para las partes. A nivel internacional sería hoy extraño que grandes obras no cuenten con estos servicios profesionales y periciales, que han sido de gran utilidad en proyectos como la ampliación del canal de Panamá y en la construcción de proyectos hidroeléctricos⁴.

Nuestro criterio es que los "dispute boards", no son sino una evolución de la figura tradicional del derecho civil y mercantil del arbitrio de un tercero, ampliando su rango de acción, sin duda muy cercano al supuesto legal del experto a cargo de verificar la calidad de la obra contratada. Se puede por tanto estimar, que los paneles de expertos, encontrarían fundamento legal en la normativa sustantiva vigente supraindicada, y en el principio de libertad contractual, que sería en todo caso suficiente para darles base jurídico legal. De igual modo, dicha normativa legal, da fundamento para que los centros arbitrales desarrollen y administren nuevas modalidades y aplicaciones de la opinión pericial neutral, como un servicio específico de Rac, previa reglamentación y autorización de la Dirección Nacional de Rac del Ministerio de Justicia (Dinarac).

V.) El Juicio Pericial del CPC.

Amuchos estudiosos del derecho arbitral y procesal,

2 LOPEZ, G., Glosa a las Siete Partidas, Madrid.

3 DIEZ PICAZO, L. y otro El Arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos, Bosch, Barcelona. 1957.

4 La CCI lo mismo que la FIDIC, cuentan con modernos reglamentos operativos de Dispute Boards.



llama la atención el procedimiento conocido como “juicio pericial”, mecanismo procesal cuya utilidad no es clara y por ende, no ha tenido mayor aplicación práctica. Se encuentra regulado en los artículos 530 a 533 del Código Procesal Civil vigente, normativa que no fue derogada por la Ley RAC #7727, pese a que sí derogó todo el capítulo sobre arbitraje del CPC. Hay quienes sostienen que su derogatoria fue un olvido del legislador o que está tácitamente derogado por la ley RAC. Lo cierto es que el procedimiento no se utiliza en la práctica y se ha interpretado que con la moderna y detallada legislación vigente sobre arbitraje, que abarca tanto a los arbitrajes de derecho como a los llamados arbitrajes de equidad, es innecesario acudir a un “juicio pericial”, escaso de normativa procesal y equiparado por el CPC, al arbitraje de equidad. Estimamos que tales opiniones son erradas y que esa normativa está vigente y podría tener aplicaciones valiosas, según se expone seguidamente.

A) En primer término, cabe precisar los alcances del texto legal.

El artículo 530 CPC, relativo a la “procedencia” del juicio pericial, advierte que al perito se le someterán “diferencias” que tengan las partes derivadas de la relación jurídica que las vincula, en alusión sin duda a un contrato, y que versen sobre la estimación de alguna cosa, la ejecución de cualquier obra o sobre puntos técnicos. Así vista, esa norma procesal estaría dando vida a las normas sustantivas antes mencionadas del Código Civil y del Código de Comercio que aluden justamente a situaciones de esa misma naturaleza. Cabe advertir que esas “diferencias” derivadas de una relación jurídica, el legislador, las confundió con verdaderos conflictos inter-partes, o bien, dispuso concientemente tratar esas diferencias, propias de la fase ya de formación, ya de ejecución contractual, como verdaderos litigios y que vendrían a ser el objeto del llamado “juicio pericial”. La respuesta en nuestro criterio está más cerca de la primera opción, siendo que para emitir un criterio pericial o una opinión técnica sobre esos extremos, no se requiere de un debido proceso con contradictorio, pruebas ex

parte, sentencia, etc. La doctrina patria ha insistido en señalar que la finalidad de este juicio pericial, es conocer sobre situaciones de hecho muy concretas o específicas y no sobre aspectos de derecho, que son propios del arbitraje de derecho, tesis que tampoco resulta conducente a resolver la confusión y la ambigüedad planteadas.

Todo apunta a que el legislador patrio introdujo por error, un denominado juicio pericial con naturaleza de verdadero litigio, sobre la base de omisiones e imprecisiones en un contrato, que no obstante no califican como un conflicto real ni lo justifican, según se explicó supra (art. 530 CPC). He aquí el dilema de este mecanismo procesal. Esa inconsistencia así vista, podría restarle propósito y funcionalidad a esa normativa; empero, pese a lo anterior, surge la interrogante si dicha normativa pudiera tener otras aplicaciones útiles. Creemos que sí es posible.

B.) Cabe considerar en primer término, que la línea divisoria entre una diferencia no sustancial a dirimir por un perito, y un verdadero conflicto entre las partes sobre los referidos extremos, puede llegar a ser sutil y una incertidumbre contractual en el precio de una cosa o en la calidad de la obra construida, se puede convertir en una diferencia sustancial. En este caso surge el conflicto real. Evidentemente, aquí se abriría el camino a un proceso contradictorio y a una decisión jurisdiccional. En ese contexto cabría acudir al denominado “juicio pericial” del CPC, entendido como verdadero proceso contradictorio.

C.) Ahora bien, si la diferencia entre las partes de un contrato de obra no exige un litigio sino una opinión integrativa experta o técnica, no encontramos un motivo suficiente, ni legal impeditivo, para que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, decidan resolver la incerteza o divergencia no conflictual, por la vía de un proceso técnico jurisdiccional, para lo que también resulta idóneo el juicio pericial del CPC como trámite abreviado que es y que asume la condición de verdadero proceso arbitral jurisdiccional, en la modalidad de técnico y con la ventaja de ser muy ágil.

Las partes son libres para ello y en decidir si optan por esa fórmula que culmina en un ágil laudo simplificado y ejecutivo, para completar su relación contractual o para verificar la calidad del trabajo realizado, obteniéndose una cosa juzgada material. Aunque el arbitraje tenga en tal evento ese particular y simple propósito, no existe impedimento que las partes acudan a él, en particular si es rápido y sencillo de laudar. La anterior tesis se ve confirmada por la legislación vigente sobre expropiaciones por interés público, al permitir que el monto de una expropiación, sea establecido por medio del referido juicio pericial del CPC (art. 27 Ley General de expropiaciones de 1995). Aquí se confirma que -pese a que la diferencia no sea por el fondo de la expropiación, sino solo en cuanto al justiprecio de la cosa a expropiar-, es factible recurrir al indicado proceso arbitral técnico, para llegar a una decisión definitiva.

D.) No parece factible interpretar en forma extensiva el artículo 530 CPC, de modo que se abarcaran diferencias de naturaleza jurídico legal a resolver por un árbitro experto legal. De conformidad con el artículo 533 CPC, el laudo simplificado que se dicte en estos casos, no requiere de fundamentación, lo que es contrario a la esencia del laudo arbitral en derecho. Evidentemente, el alcance de este mini arbitraje, se limita a cuestiones técnicas, o de hecho, o a la estimación de una cosa o derecho, no comprendiendo valoraciones jurídicas.

VI.) Procedimiento del juicio pericial.

El juicio pericial del CPC, constituye un verdadero proceso arbitral solo que abreviado y para conocer únicamente de los aspectos técnicos y de valoración supraindicados, de modo que constituye una modalidad arbitral basada en la ciencia y en la técnica, separándose conceptualmente del arbitraje *ex aequo et bono*, o arbitraje basado en la equidad, la conciencia y la buena fe, que no exige la presencia de árbitros técnicos, sino que cualquiera, en principio, podría ser árbitro y fallar de acuerdo a su leal saber y entender (vid. art. 20 de la Ley RAC).

Interesa ahora considerar el procedimiento dispuesto al efecto por el CPC.

Art. 531 CPC. La formación del Tribunal pericial se basa en un acuerdo libre entre las partes. Es posible que Tribunal sea unipersonal o de más peritos, pero lo recomendable en este caso que sean tres o más, siempre que sea impar. Salvo acuerdo en contrario, se designará un solo perito (art. 532 CPC). Las partes deben convenir en dicha integración, preferiblemente al pactarse el acuerdo arbitral. El Código emplea un lenguaje superado al referirse al "compromiso", indicando que bastará la cláusula compromisoria o acuerdo arbitral y no es necesario el compromiso, que antiguamente se requería para activar la cláusula arbitral. Como es sabido, la ley RAC eliminó tal distinción y esa terminología.

Dispone la norma de comentario, que el perito o peritos se sujetarán a las formalidades que acuerden las partes, o que determine la ley en cada caso. En ese sentido las partes tienen plena libertad y disposición para definir el objeto de la pericia, así como el mecanismo o procedimiento debido para que se produzca, sin requerir de intervención judicial. No procede exigir la realización de un debido proceso arbitral pleno conforme a la ley #7727, pues este tipo de procesos está previsto para situaciones distintas, con problemas jurídicos complejos. Ciertamente se deberá cumplir con un mínimo contenido que garantice el debido proceso. Al no estar previsto el detalle del procedimiento, las partes deberán acordarlo desde el pacto arbitral o en forma sucesiva, cuando surja la necesidad de arbitrar la solución al diferendo. Si las partes no logran convenir el procedimiento, estaríamos ante una laguna en la normativa del CPC; interpretar que se aplica entonces el procedimiento de la ley Rac, desvirtuaría la naturaleza de este arbitraje, como proceso sumario y con un laudo simplificado. Una solución sería que los centros arbitrales reglamenten estos procesos técnicos sumarios, con la venia de la Dinarac.

Art. 532 CPC.

Si las partes no logran convenir en el procedimiento para designar al perito, se aplicará lo establecido para la designación de un perito judicial en el proceso ordinario. Actualmente sería de aplicación complementaria el Reglamento interno del Poder Judicial existente para tales nombramientos.

Esta norma, infine, prescribe, que si el nombrado no acepta el cargo en el plazo fijado “por el juzgador”, se considerará que no acepta el cargo. Resulta contradictoria esta disposición con la facultad de las partes de establecer los procedimientos, lo que incluye el plazo para la aceptación del perito. En ese sentido debería privar la voluntad de las partes y el plazo que las partes acuerden. Más aún, “el juzgador” en este caso es el perito árbitro y no el juez judicial, siendo un error y contrasentido calificar a la autoridad judicial como “juzgador”, por ignorarse con ello el rol que asume el perito en este proceso.

En nuestro criterio, la figura y función de la autoridad judicial en estos casos, es meramente instrumental y de asistencia y no de intervención activa, ni para emitir juzgamientos.

Art. 533 CPC.

Se menciona en esta disposición que los peritos procederán como árbitros de equidad, y su decisión tendrá la autoridad y eficacia de cosa juzgada material, de modo que representa un verdadero laudo con carácter ejecutivo y ejecutable, se indica, por la vía de ejecución de sentencia. A diferencia de los laudos en equidad, el laudo técnico, no requiere ser fundamentado y así lo autoriza esta disposición legal, lo que constituye una característica y atractivo particulares de este proceso. El artículo 58 infine de la ley Rac, establece que los laudos arbitrales serán siempre motivados, salvo si las partes convengan en que no lo sea. Empero, el laudo en derecho, se advierte, deberá ser siempre motivado. He aquí una diferencia a destacar entre el laudo técnico del CPC y el laudo de equidad de la Ley Rac.

Por lo demás se advierte que el perito árbitro deberá fallar dentro del plazo convenido, pasado el cual “perderá su jurisdicción”, lo que confirma que es él y no el juez regular quien ejerce la jurisdicción del caso.

En el párrafo final se alude a que “El juzgador no ordenará el pago de honorarios antes de que se haya ejecutado el dictamen si a su juicio se requiriera para ello la intervención de los peritos”.

Esta disposición califica indebidamente al laudo arbitral como un dictamen pericial, referencia en todo caso antitécnica y que nos retorna a la confusión con el ya referido arbitrio pericial no litigioso, en el que se rinde un dictamen no ejecutivo y no una sentencia. Sujetar el pago de los honorarios arbitrales a la ejecución del laudo, no es razonable puesto que ya el Tribunal pericial arbitral concluyó su labor al rendir el laudo y este es ejecutable por la vía de ejecución judicial y no por medio de los árbitros peritos, quienes además ya habrían perdido su jurisdicción.

Finalmente, surge la cuestión acerca de si es factible y legal que el referido juicio pericial o arbitraje técnico abreviado, pueda ser tramitado ante una institución arbitral privada. La respuesta afirmativa se debe imponer, considerando que la labor asignada por el CPC al juez judicial es meramente instrumental y no jurisdiccional por ostentarla el perito, gozando actualmente los centros institucionales de capacidad y legitimación legal para administrar dichos procesos técnicos arbitrales y cumplir cabalmente las mismas funciones de asistencia que se le asignan a la autoridad judicial en el CPC y aún más allá de eso. No se observa ninguna razón legal o motivo real que constituya un impedimento para ello, si el centro arbitral ha sido autorizado para administrar procesos arbitrales y cuenta con la respectiva reglamentación.

CONCLUSIONES:

1.) El arbitrio pericial no debe confundirse con el juicio pericial ni con el arbitraje técnico, ni con el arbitraje en equidad;

2.) El arbitrio pericial no es un litigio, pues fue concebido por el legislador como un mecanismo para integrar y completar una relación contractual preexistente;

3.) El arbitrio pericial busca una declaración técnica sobre un aspecto contractual que debe ser completado o es incierto,

4.) La normativa sustantiva existente sobre el arbitrio pericial, dispersa en el Código Civil y en el Código de Comercio, permite fundamentar y desarrollar nuevas modalidades de resolución alterna de conflictos, como la opinión experta neutral y los dispute boards o paneles de expertos.

5.) El juicio pericial es un proceso contradictorio que genera un laudo y cosa juzgada material y tiene la naturaleza jurídica de un arbitraje técnico abreviado.

6.) El juicio pericial regulado en el Código Procesal Civil esta vigente y debe considerarse como un arbitraje técnico y no en equidad, ni tampoco como un arbitrio pericial, pese a tener - por error del legislador - un origen asociado con dicha figura.

7.) El juicio pericial se puede, no obstante, utilizar para resolver aspectos asignados al arbitrio pericial, si se quiere conferir valor de cosa juzgada al dictamen técnico, que asumirá en ese evento, la condición de laudo arbitral técnico.