

TABLA DE CONTENIDOS

CONSEJO EDITORIAL

Sophia Villalta Chong

- Presidente de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Asociada en Batalla
- Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Valeria Garro Ortega

- Vocal I de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Asistente legal en COLBS Estudio Legal
- Estudiante en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Adrián Rivera Fumero

- Asociado de Costa Rican Young Arbitrators
- Asistente legal en ECIJA Law & Technology
- Estudiante en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Presentación

Sophia Villalta 1

Congreso Internacional 60 años de la CNY: Legados y retos. Un homenaje desde Latinoamérica

Francisco Zuluaga 3

Breve reflexión sobre la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares: Una aproximación al Derecho español

Miguel Ángel Serrano 5

Oponibilidad de la cláusula arbitral a terceros no firmantes: Análisis de las cláusulas de garantía de un tercero en el contrato origen

Ana Elena Quirós 18

El Arbitraje como derecho humano en Centroamérica

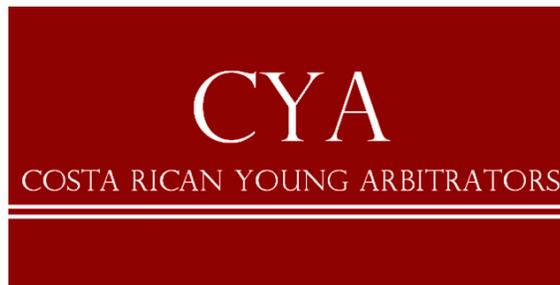
Concepción Nájera
Bandon Castillo 24

Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica: 20 años de servicio

Salomé Vega 38

Cibernotario y Ciberarbitraje ¿Mito o realidad?

Yelena Piedra 45



La Revista "Young Arbitration Magazine (YAM)" es una publicación académica semestral a cargo de la Federación de Jóvenes Árbitros, cuya visión es generar un espacio de encuentro e intercambio de opiniones, sobre temas relacionados con el arbitraje.

Esta es una iniciativa que incluye el trabajo arduo de las asociaciones que conforman dicha Federación, ubicadas en Costa Rica, El Salvador, Honduras y Guatemala. Este es un esfuerzo de países de la región en aras de promover el arbitraje.

PRESENTACIÓN

Es innegable el crecimiento y desarrollo que se ha dado en los últimos años del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos. Sin duda esta popularidad que reviste a este método alterno a la jurisdicción ordinaria, que se refleja no solo en territorio costarricense, sino además, en todo el mundo, genera su constante estudio. Son cada vez más los temas que giran en torno al arbitraje, así como las diferencias de criterios que alrededor del mundo se presentan.

Costa Rican Young Arbitrators presenta la VI Edición de Young Arbitration Magazine (YAM), como un medio de difusión del conocimiento y de exposición de propuestas para las personas interesadas en el arbitraje. Con la participación de estudiantes de derecho, profesionales practicantes del arbitraje y miembros de centros de arbitraje, de varios países en la región, hemos concentrado seis artículos de lo más variados temas. Estos artículos abordan temas que hoy día se discuten a nivel regional y además, abren a discusión aspectos que siguen generando posturas encontradas.

Siendo que en el 2018 se celebraron 60 años de uno de los instrumentos convencionales más importantes a nivel mundial, cual es la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras de 1958, varias organizaciones de jóvenes se agruparon para conmemorar tan importante fecha. Es así como en territorio costarricense se llevó a cabo un

congreso internacional que reunió a profesionales de todo el mundo. Francisco Zuluaga nos resume los detalles de este evento, que sin duda no solo unió a las organizaciones de jóvenes profesionales dedicados al arbitraje, sino que además, fue un espacio lleno de discusión y estudio sobre el qué ha pasado a lo largo de estos 60 años, y qué se espera en el futuro en relación con este tratado.

Por su parte, Miguel Ángel Serrano aborda un aspecto que si bien es cierto, ha sido estudiado de forma amplia, sigue en la actualidad presentando retos en la práctica. La adopción de medidas cautelares sigue siendo un tema muy recurrente en los arbitrajes y las potestades de los árbitros de dictarlas. En este artículo se presenta un estudio en relación el derecho español, el cual permite entender los alcances de este poder de los árbitros en España.

Otro tema muy recurrente también en los arbitrajes es la oponibilidad de las cláusulas arbitrajes a terceros no signatarios. No obstante, este tema ha sido tan abarcado en la práctica, que incluso se ha discutido la posibilidad de extender cláusulas arbitrales en contratos no tan típicos como una compraventa o un contrato de distribución. Ana Elena Quirós presenta un estudio sobre la posibilidad de extender los efectos de una cláusula arbitral en contratos de garantía de un tercero en un contrato principal.

Por su parte, Brandon Castillo y Concepción Nájera presentan un estudio comparado

exquisito sobre la regulación en países de la región sobre el arbitraje, y específicamente en relación con la regulación de este medio como un derecho humano. Es así como estos dos autores guatemaltecos comparan una a una las normas que en los países de la región regulan el arbitraje como un derecho constitucional y opinan sobre su concepción como derecho humano.

En su artículo, la autora costarricense Salomé Vega, actual directora ejecutiva de uno de los centros de arbitraje más reconocidos en Costa Rica, presenta un estudio sobre los 20 años del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Con los datos estadísticos y el relato de las experiencias del conocido CCA, ilustra una visión de la trayectoria, el alcance de las actuaciones y los retos que debe enfrentar a futuro este centro.

Por último, Yelena Piedra presenta un análisis bastante interesante en relación con la figura del notario y su rol dentro del arbitraje. Este análisis lo hace en el contexto de la era de la digitalización en la que nos encontramos y los avances de la tecnología que día a día son cada vez más y más constantes, y los retos que ello implica en una profesión como la del notario en el arbitraje.

Con una selección de artículos que ilustran la situación actual del arbitraje a nivel internacional, algunos de los retos que se deben enfrentar y recomendaciones prácticas para superarlos, apuntamos a la propulsión y

el mejoramiento del arbitraje en la región latinoamericana.

San José, Costa Rica.

Sophia Fiorella Villalta Chong

Congreso Internacional 60 años de la Convención de Nueva York: Legados y retos. Un homenaje desde Latinoamérica

Francisco Zuluaga¹

Resumen:

En el mes de noviembre, abogados de toda Iberoamérica se reunieron para celebrar los 60 años de la Convención de Nueva York de 1958, en un Congreso Internacional organizado por asociaciones de jóvenes árbitros de varios países de Latinoamérica. Durante dos días se discutieron temas relativos a la aplicación de la Convención durante su vigencia, así como cuestiones que han surgido relativas al alcance de su texto y la interpretación de sus disposiciones.

Palabras clave:

Convención de Nueva York de 1958; 60 aniversario; Congreso Internacional; Young Arbitrators.

Abstract:

In November, lawyers from all over Latin America gather along to celebrate the 60th anniversary of the New York Convention of 1958, in an International Congress organized by associations of young arbitrators from various Latin American countries. For two days, subjects related to the application of the Convention during its lifetime were discussed, as well as issues that have arisen regarding the scope of its text and the interpretation of its provisions.

Keywords:

New York Convention 1958; 60th Anniversary; International Congress; Young Arbitrators.

En el mes de noviembre de 2018, la comunidad de arbitraje de Latinoamérica se encontraba de festejo. Los días 15 y 16 de noviembre tuvo lugar en San José, Costa Rica, el Congreso Internacional en conmemoración de los 60 años de la Convención de Nueva York de 1958. Este Congreso fue organizado por asociaciones de jóvenes árbitros de Costa Rica, México, Guatemala, Perú, Honduras y Colombia, y promete ser el primero de una serie de eventos que vendrán coordinados entre asociaciones de toda Latinoamérica.

A lo largo de los dos días que duró el evento, más de 40 expositores de toda Iberoamérica discutieron acerca de la Convención de Nueva York, el legado que ha dejado en la comunidad internacional, así como los retos que esta Convención ha afrontado y está por afrontar.

¹ Francisco Zuluaga Ospina. Estudiante de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín. Fundador y co-director de Guatemalan Young Arbitrators. Arias Law. Guatemala.

La Convención de Nueva York es sin duda alguna la principal responsable de la configuración del sistema de arbitraje internacional que conocemos. Ha permitido la expansión del arbitraje como método alternativo de resolución de controversias a través de un sistema que permite la circulación de laudos a nivel internacional. Gracias a las garantías que ofrece para el reconocimiento y ejecución de laudos, el arbitraje ha sido tan bien recibido por abogados y comerciantes, promoviendo de esta forma el comercio internacional. Su aniversario número 60 tenía que festejarse a lo grande, y a los expositores a los que se les confió esta tarea lo lograron con nota sobresaliente.

La brevedad del texto de la Convención contrasta con la riqueza de ella, y prueba de ello es que durante dos días se discutió, en doce paneles, acerca del significado, alcance, aplicación e interpretación de sus disposiciones. Entre otros temas, el Congreso se prestó para discutir acerca del significado de “orden público” y su definición por parte de cortes domésticas a la hora de rechazar la ejecución de un laudo. Los expositores presentaron explicaciones de muy alto nivel al analizar si las cortes de su país serían propensas o no a ejecutar un laudo anulado. Las distintas opiniones respecto de la noción del laudo, como un producto internacional o doméstico, generaron un debate bastante enriquecedor para la audiencia, así como también el aporte que cada expositor hizo sobre las concepciones que las cortes de su país han tenido a la hora de aplicar la Convención.

Sumado a lo anterior, la vasta experiencia de los expositores enriqueció la discusión al agregar a sus ponencias lecciones aprendidas y vividas durante su participación en casos de gran trascendencia en la práctica de arbitraje internacional y latinoamericano. Y, como no podía faltar, el Congreso cerró con una discusión que se centró en establecer si existe o no la necesidad de modificar la Convención de Nueva York. Se hizo un recuento histórico desde los trabajos preparativos de la Convención, hasta los últimos desarrollos tecnológicos que han tenido un impacto en la práctica del arbitraje y por ende en la ejecución de laudos, así como la evolución que han tenido diferentes conceptos legales en los que pareciera que la Convención se ha quedado atrás.

En fin, la celebración que se realizó con el Congreso Internacional por los 60 años de la Convención de Nueva York fue un verdadero homenaje para tan importante cuerpo legal. Los expositores presentaron a la audiencia de forma muy especial la evolución de la Convención, el desarrollo de sus conceptos, el alcance de su aplicación y las distintas interpretaciones a las que a lo largo de sus 60 años ha sido expuesta. Además, debe resaltarse la excelencia y compromiso de los expositores, así como el trabajo que durante meses realizaron las distintas asociaciones para la organización del evento. Sin duda, este será el primero de muchos eventos a nivel latinoamericano. ¡Nos vemos para los 70 años!

Breve reflexión sobre la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares: Una aproximación al Derecho español

Miguel Ángel Serrano Pérez¹

Resumen:

La finalidad de este artículo es reflejar una sucinta reflexión sobre la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares conforme al Derecho español.

Palabras clave:

Arbitraje; Derecho (español); cautelares; potestad (arbitral); laudo (parcial); *periculum*; *fumus*; caución (suficiente); proporcionalidad.

Abstract:

The purpose of this article is to show a brief thoughts about the arbitrator's power to decide in respect to the interim measures in accordance with the Spanish Law.

Keywords:

Arbitration; Spanish Law; interim measures; arbitrator's power; partial award (interim award); *periculum*; *fumus*; appropriate security; proportionality.

I. Introducción

Cuando se trata de adoptar medidas cautelares de conformidad con el Derecho español, los árbitros deben enfrentarse a la escasez y parquedad normativa con que la Ley de Arbitraje española trata esta materia.

Asimismo, y por lo que respecta a los arbitrajes administrados o institucionales, hay que señalar que la regulación contenida en los reglamentos arbitrales tampoco es muy pródiga.

Ante esa situación, se plantea la posibilidad de que los árbitros, al amparo de la potestad para adoptar medidas cautelares que se les reconoce normativamente, acudan no sólo a las previsiones contempladas en la Ley de arbitraje española –o en los reglamentos arbitrales en los casos en que así proceda–, sino también a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil española para resolver sobre las solicitudes de adopción de medidas cautelares planteadas por las partes en sede arbitral.

¹ Miguel Ángel Serrano Pérez es licenciado en Derecho con la calificación de sobresaliente-honor y premio extraordinario por la Universidad Pontificia de Comillas-ICADE (Madrid-España). Abogado ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (España). Ha sido socio en los Despachos *Garrigues, Cremades Calvo-Sotelo y Crowe Horwath*. En la actualidad, se dedica exclusivamente al desempeño de la función de árbitro, tanto nacional como internacional. Asimismo, es profesor asociado del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid (España). Reside habitualmente en España.

Veamos, pues, si cabría esa posibilidad citada de aplicación y cuál sería el alcance de la misma.

II. Reconocimiento de la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares, salvo pacto en contrario

El artículo 23 de la Ley de Arbitraje española, titulado *Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares*, dispone lo siguiente en su apartado primero: “1. *Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio [...].*”

El reconocimiento de esta potestad, como señala la Exposición de Motivos de dicha Ley, constituye una de las “*principales novedades*” introducidas por la misma.

Ahora bien, esa Exposición de Motivos indica, al igual que el transcrito apartado primero del artículo 23, que: “*Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente [...]; pero en otro caso se considera que la aceptan*”. Asimismo, la citada Exposición añade que tal exclusión puede también tener lugar “*por remisión a un reglamento arbitral*”.

De ahí que deba entenderse, en consecuencia, que la mencionada potestad pueda excluirse tanto directamente, a través de la declaración de voluntad expresa de las partes, como indirectamente, y por haberlo estipulado así las mismas partes, en virtud de lo establecido en el reglamento arbitral que rija el arbitraje, cuyas disposiciones dan lugar a una suerte de integración no sólo del contenido del convenio arbitral, sino de cualquier otro acuerdo de las partes, que pasa a ser una especie de “contrato normativo”. Extremos estos que encuentran igualmente acomodo en lo dispuesto en la letra b) del artículo 4 de la Ley de Arbitraje española².

Llegados a este punto, y dada la referencia a los reglamentos arbitrales, debe ponerse de manifiesto que la mayoría de los citados reglamentos correspondientes a cortes o instituciones arbitrales españolas se encuentran en consonancia con el aludido artículo 23.1 de la Ley de Arbitraje y contienen disposiciones similares. Y así, por ejemplo, pueden traerse a colación el artículo 36.1 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, el artículo 15.1 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje, el artículo 36.1 del Reglamento de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y el artículo 37.1 del Reglamento de la Asociación Europea de Arbitraje.

III. Ámbito y alcance de la potestad: facultad declarativa

La Ley de Arbitraje española, según indica su Exposición de Motivos, “*ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar*”. No obstante, corresponde a los árbitros únicamente la facultad declarativa de las medidas, pues resulta palmario que carecen de la facultad ejecutiva para lo cual será necesario recurrir a la autoridad judicial.

² Sobre todas esas cuestiones pueden verse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal -Sección1ª-, de 26 de abril de 2017 (AC 2017\560) y 2 de noviembre de 2016 (AC 2016\1802).

A efectos de cumplir con ese cometido meramente declarativo, los árbitros puede actuar con una inmensa libertad al adoptar medidas cautelares, dadas las escasas y muy generales previsiones del propio artículo 23 de la Ley de Arbitraje española. En efecto, recuérdese que el apartado primero del mencionado artículo sólo señala que: “*los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio*”, añadiendo a continuación dicho apartado *in fine* que: “*Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante*”.

Y, precisamente, por esa parquedad e insuficiencia de contenido y falta de mayor especificación, dada la generalidad existente en el citado precepto normativo, cabe suscitar el debate sobre la conveniencia de que los árbitros también valoren lo regulado al respecto en la Ley de Enjuiciamiento Civil española (en adelante, la “LEC”)³.

No obstante, debe precisarse que, en realidad, no existiría debate alguno respecto a la necesidad de acudir a la citada LEC. Y ello, porque los preceptos normativos allí contenidos, tal y como entendemos las medidas cautelares en el Derecho español, “*definen y delimitan la esencia de las medidas cautelares como categoría jurídica multidisciplinar*” (según señala muy acertadamente GONZÁLEZ-BUENO, 2014, p. 419). En esta misma dirección, algún autor ha señalado también que:

“desde un plano puramente teórico, los árbitros no están sujetos al régimen cautelar de la LEC [...] sin embargo, considerando las características inherentes a toda medida cautelar [...] los principios que informan su adopción y [...] el marco legal que brinda la LEC [...] será difícil o por lo menos poco aconsejable, desvincularse de sus dictados. El hecho de que para la ejecución de las medidas cautelares pueda ser necesario recurrir a la autoridad judicial, no hace sino recomendar tal opción” (ARIAS, 2003, p. 246).

Por estas razones, el referido debate –propriadamente dicho– surgiría tan sólo en cuanto a cómo cabría aplicar las disposiciones de la LEC en sede arbitral, pues no se trata de normas jurídicamente aplicables al arbitraje. En este sentido, algún autor defiende que:

“los árbitros puedan acudir en caso de duda o silencio legal a los criterios previstos en [la] LEC, que han de entenderse como criterios normativos de derecho supletorio de segundo grado para los arbitrajes internos españoles o internacionales para los que se haya pactado someterse a la legalidad española de fondo y procesal; esto es, en defecto de lo pactado por las partes y en ausencia de reglas precisas en la vigente Ley de Arbitraje” (MERINO, 2006, p. 564).

³ Parquedad, escasez y generalidad que se observa igualmente en los reglamentos arbitrales de las cortes e instituciones arbitrales españolas. En este sentido, puede verse el artículo 36 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, el artículo 15 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje, el artículo 36 del Reglamento de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y el artículo 37 del Reglamento de la Asociación Europea de Arbitraje.

Por el contrario, otros autores entienden que “*el criterio correcto será el de la analogía (art. 4.1 del Código Civil)*” (GONZÁLEZ-BUENO, 2014, p. 419)⁴. Opinión esta última que asimismo comparto y a la que me sumo.

IV. Forma de la resolución: ¿Laudo parcial?

En el apartado segundo del artículo 23 de la Ley de Arbitraje española se lee: “2. *A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.*”

Por tanto, y ante la falta de otra previsión al respecto, debe concluirse que la decisión de los árbitros sobre la solicitud de medidas cautelares puede adoptar cualquier forma. En este sentido, la mayoría de los reglamentos de las cortes e instituciones arbitrales españolas concuerdan plenamente con el citado precepto legal en cuanto a la libertad de forma de la decisión arbitral sobre medidas cautelares (así, por ejemplo, el artículo 15.3 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje).

No obstante, en algunos reglamentos de las mencionadas cortes e instituciones españolas se establece expresamente que tal decisión “*podrá revestir la forma de orden procesal o, si así lo pidiera alguna de las partes, de laudo*” (en esta dirección, a título enunciativo, puede citarse el artículo 36.4 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid y el artículo 36.4 del Reglamento de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid) e incluso, alguno indica más concretamente que “*podrá revestir la forma de orden procesal o, si así lo pidiera alguna de las partes, de laudo parcial*” (artículo 37.4 del Reglamento de la Asociación Europea de Arbitraje).

Ahora bien, y sin perjuicio de dicha libertad formal apuntada o de que, dentro de la misma, pueda revestir la forma de orden procesal o de laudo en determinados arbitrajes institucionales, deben realizarse una serie de consideraciones al respecto.

Y así, en primer lugar, que cuando la urgencia del asunto lo exija, lo normal sería que los árbitros adoptasen su decisión mediante una orden procesal y máxime si se trata de un arbitraje institucional, pues en la mayoría de los reglamentos arbitrales españoles se prevé un escrutinio previo de los laudos por la corte o institución arbitral (por ejemplo, puede verse el artículo 42 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, el artículo 30 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje, el artículo 41 del Reglamento de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y el artículo 42 del Reglamento de la Asociación Europea de Arbitraje). Sin embargo, lo cierto es que los reglamentos arbitrales antes citados, salvo el de la Corte Española de Arbitraje⁵, contemplan que esa elección entre orden o laudo dependa de si alguna de

⁴ Los tribunales judiciales suelen aludir a la aplicación analógica, aunque es cierto que, en ocasiones y sin más, se refieren a la misma como supletoria. Al respecto, puede verse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal -Sección 1ª-, de 22 de mayo de 2018 (JUR 2018\225637), así como las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Civil y Penal -Sección 1ª-, de 3 de mayo de 2018 (JUR 2018\195702) y 21 de febrero de 2014 (JUR 2014\90347).

⁵ Que consagra, según antes se expuso, la plena libertad de forma en consonancia con lo expresamente dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Arbitraje

las partes ha pedido que la decisión sobre las medidas cautelares adopte tal forma de laudo, debiendo los árbitros plegarse a tal petición.

Por otro lado, y en segundo lugar, debe ponderarse que algunos ordenamientos jurídicos distintos del español sólo reconocen el carácter ejecutivo a los laudos. Y de ahí que si los árbitros, o alguna de las partes en su caso, desea que la decisión sobre medidas cautelares pueda ser ejecutada a la luz de los referidos ordenamientos, la decisión tendrá que revestir necesariamente esa forma de laudo.

Ante esta situación descrita, y sin perjuicio –como es lógico– de lo que hayan podido acordar expresamente las partes al respecto o solicitado –en su caso– conforme al correspondiente reglamento arbitral aplicable, ha de tenerse presente que, precisamente, en el propio artículo 23.2 de la Ley de Arbitraje española se encuentra la respuesta sobre cuál debiera ser la forma que tendría que adoptar una decisión arbitral sobre medidas cautelares.

En efecto, una lectura atenta de este precepto normativo nos ofrece la clave sobre esta cuestión a efectos de tratar de conjugar los distintos intereses y posturas que resultasen factibles de un modo lo más razonable y eficaz posible. Y así, no debe olvidarse que, aun cuando el citado artículo 23.2 de la Ley de Arbitraje española no emplea expresamente el término "laudo" para designar la resolución de los árbitros sobre esta materia de medidas cautelares, sino el de "decisión" arbitral, lo cierto es que el último párrafo del mismo artículo 23.2 permite concluir que los árbitros deben dictar laudos en estos casos, con base en las remisiones expresas al ejercicio de la acción de anulación y a la ejecución forzosa de laudos que allí se contienen. Asimismo, y por lo que respecta al contexto del Título VI de la Ley de Arbitraje –y más concretamente, debe añadirse, con relación al artículo 37.1 de la propia Ley–, la Exposición de Motivos de dicha Ley alude expresamente a la posibilidad de dictar laudos parciales respecto a las medidas cautelares.

Y, en fin, sobre esta cuestión de la posibilidad de dictar laudos parciales respecto a las medidas cautelares, y por todas, puede verse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal -Sección 1ª-, de 25 de junio de 2012 (JUR 2012\290925).

V. Significado de las medidas cautelares y requisitos para su adopción

Llegados a este punto, debemos referirnos a la significación de las medidas cautelares y las circunstancias que han de tenerse presentes a la hora de decidir sobre la adopción de las mismas. Si atendemos a lo dispuesto en el apartado primero del artículo 23 de la Ley de Arbitraje española, vemos que este último precepto normativo tan sólo alude a que las medidas han de ser *“necesarias respecto del objeto del litigio”* y que los árbitros *“podrán exigir caución suficiente al solicitante”*. Es patente, pues, la falta de una mínima determinación.

Esa carencia se observa igualmente, en mayor o menor grado, si acudimos a los reglamentos arbitrales de las cortes e instituciones arbitrales españolas. Es cierto que en muchos de esos reglamentos se concreta algo más, y se alude a que hay que ponderar *“las circunstancias del caso”* y, en particular, *“la apariencia de buen derecho, el riesgo en la demora y las consecuencias que puedan derivarse de su adopción o desestimación”*, así como que la medida

cautelar deberá “*ser proporcional al fin perseguido, y lo menos gravosa posible para alcanzarlo*” y que los árbitros podrán “*exigir caución suficiente al solicitante, incluso mediante contragarantía avalada de la forma que el tribunal estime suficiente*” (en este sentido, puede verse, por ejemplo, el artículo 36, apartados primero y segundo, del Reglamento de la Corte de Madrid; el artículo 36, apartados primero y segundo, del Reglamento de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid; y el artículo 37, apartados primero y segundo, del Reglamento de la Asociación Europea de Arbitraje).

Ante la insuficiencia del contenido normativo expuesto, habrán de aplicarse también, y conforme a lo ya razonado más arriba, las disposiciones sobre medidas cautelares contenidas en los artículos 721 y siguientes de la LEC.

Pues bien, a la vista de las disposiciones citadas de la LEC y en relación con el mencionado artículo 23 de la Ley de Arbitraje española, podemos indicar que las medidas cautelares aparecen como medios jurídico-procesales que tienen como finalidad evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión ejercitada por la parte solicitante de dichas medidas⁶. Y están preordenadas a asegurar la efectividad en el futuro del fallo interesado a través de la demanda rectora del proceso principal⁷.

No obstante, las medidas cautelares no son un mecanismo autónomo de tutela sumaria, pues excluyen, en cuanto a su posible adopción, que quepa decidir, ya sea *de iure* o *de facto*, la controversia de fondo que separa a las partes, de forma que tales medidas no se presentan en vez del proceso principal ni, por ende, para obtener lo mismo que en éste.

Su función no radica, pues, en otorgar una tutela rápida y provisional sino, exclusivamente, en impedir que la conducta del sujeto pasivo de la medida pueda dificultar o impedir el cumplimiento o ejecución mientras se sustancia el proceso de declaración de la eventual resolución condenatoria.

Resulta palmario, pues, que no se pueda pedir y obtener a través de la tutela cautelar las mismas restricciones, impedimentos y desapoderamiento con que podrá gravarse al sujeto pasivo de las medidas cautelares tras la resolución estimatoria o, dicho de otro modo, lo mismo que se obtendría con la ejecución de la decisión condenatoria postulada, en cuanto que no se aseguraría entonces la ejecución futura, sino que se estaría adelantando la ejecución sin el preceptivo título ejecutivo⁸.

En cuanto a las notas características de las medidas cautelares respecto del proceso principal, aquéllas son: **a)** La instrumentalidad, en cuanto son instrumento de dicho proceso principal al

⁶ En este sentido, debe recordarse que ya el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el asunto *Factortame*, de 19 de junio de 1990, *Recueil* 1990-6, I-2433 a I-2475, había consagrado el principio de que “*la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien teniéndola se ve obligado a acudir a los Tribunales*”.

⁷ Al respecto, puede citarse el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, de 13 de diciembre de 2017 (JUR 2018\68051), así como los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 28 de septiembre de 2004 (JUR 2005\52313), 31 de mayo de 2004 (JUR 2004\245607) y 21 de abril de 2004 (AC 2004\1717).

⁸ Sobre estas cuestiones, y por todos, puede verse el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 20 de enero de 2006 (JUR 2006\116165).

que están subordinadas; **b)** La provisionalidad, porque se mantienen en tanto en cuanto cumplen su función de aseguramiento, de forma que desaparecen cuando con el proceso principal se haya logrado una situación que hace inútil su mantenimiento; **c)** La temporalidad, consecuencia precisamente de su carácter instrumental del proceso principal, pues nacen para extinguirse; y **d)** La variabilidad, en cuanto que permiten su modificación cuando se alteren las circunstancias o motivos que se tuvieron en cuenta para adoptarse⁹.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 728 de la LEC, los requisitos necesarios que deben concurrir para el acogimiento, en general¹⁰, de la pretensión cautelar son los siguientes:

(i) Peligro por la mora procesal (*periculum in mora*)

Este presupuesto o requisito es el que se refiere al carácter instrumental de la medida, que debe ser, como exige el artículo 726.1 de la LEC “*exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria*” (o lo que es lo mismo en el caso del arbitraje, la tutela arbitral que se otorgare en un laudo estimatorio).

Esto es, se refiere a la existencia de un riesgo que amenace la efectividad del arbitraje y el posible laudo favorable a la parte solicitante de las medidas.

Y, por tanto, el *periculum in mora* constituye un requisito esencial para la adopción de toda medida cautelar¹¹.

Ahora bien, debe precisarse que dicho *periculum in mora* no contempla un temor abstracto a que ese eventual fallo estimatorio pueda –en su día– resultar inejecutable por circunstancias derivadas del mero transcurso del tiempo, sino un peligro concreto *ad causam* por las circunstancias que rodeen la situación material controvertida y que se podrían producir durante la pendencia del proceso, impidiendo o dificultando una eventual incidencia estimatoria.

En este sentido, por un lado, debe ponderarse que el *periculum in mora* está configurado con un carácter esencialmente objetivo.

Es decir, el *periculum in mora* se considera como una probabilidad concreta de peligro para la efectividad de la resolución que se dicte sobre el fondo del asunto –en nuestro caso, el laudo

⁹ Sobre estos extremos, pueden traerse a colación el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, de 13 de diciembre de 2017 (JUR 2018\68051), los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 6 de junio de 2005 (JUR 2005\181876), 28 de septiembre de 2004 (JUR 2005\52313), 31 de mayo de 2004 (JUR 2004\245607) y 21 de abril de 2004 (AC 2004\1717). En términos similares, y por todos, puede citarse el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2017 (JUR 2017\186149).

¹⁰ En relación con estas cuestiones, pueden verse el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1ª, de 3 de julio de 2012 (JUR 2012\312443), los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 6 de junio de 2005 (JUR 2005\181876), 28 de septiembre de 2004 (JUR 2005\52313), 31 de mayo de 2004 (JUR 2004\245607) y 21 de abril de 2004 (AC 2004\1717). En idéntico sentido, y entre otros, pueden citarse los Autos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2018 (JUR 2018\151070), 7 de mayo de 2018 (JUR 2018\133768), 5 de julio de 2017 (JUR 2017\186149) y 19 de julio de 2016 (JUR 2016\164878).

¹¹ Así, por ejemplo, pueden verse los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 28 de septiembre de 2004 (JUR 2005\52313) y 21 de abril de 2004 (AC 2004\1717).

final–, no en términos subjetivistas de temor del solicitante o creencia por parte de éste en la existencia del peligro¹².

La argumentación de la existencia del citado *periculum in mora* no puede llevarse a cabo, en consecuencia, mediante el expediente de utilizar fórmulas genéricas y estereotipadas que reproducen, con mayor o menor fidelidad, la dicción de los preceptos legales anteriormente enunciados, como el artículo 728 de la LEC¹³, sino que requieren la determinación y prueba sobre cuál sería el riesgo, racionalmente previsible con carácter objetivo, de que pudieran producirse situaciones concretas susceptibles de ocasionar impedimento o dificultad a la efectividad de la tutela pretendida en el proceso principal, y que, además, pudieran prevenirse con la medida cautelar solicitada¹⁴. Y la carga de esa prueba, en cuanto a la demostración de estos requisitos, corresponde a quien interesa las medidas (arg. *ex* artículo 732.1 de la LEC).

Y por otro lado, no debe olvidarse que el riesgo que origine, de no adoptarse la medida cautelar solicitada, la posible insatisfacción de la efectividad del arbitraje y del hipotético laudo estimatorio, ha de quedar determinado por hechos que puedan producirse durante la pendencia del proceso correspondiente¹⁵. O dicho de otra manera, debe justificarse la existencia del riesgo de que el verosímil derecho que se afirma por la parte solicitante de las medidas cautelares se frustre o sufra menoscabo durante la tramitación del proceso por la aparición de una sobrevenida circunstancia que impida o convierta en inútil la esperada ejecución¹⁶.

Por tanto, no se autoriza el recurso a las medidas cautelares para conjurar peligros actuales o riesgos ya actualizados, sino únicamente, y dado su carácter eminentemente instrumental, respecto de “*situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente*” (por analogía, artículos 726.1.1ª y 728.1 de la LEC)¹⁷.

¹² Al respecto, y entre otros, puede verse el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2002 (RJ 2002\7788), el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 26 de mayo de 2014 (JUR 2015\248466), así como los Autos de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1ª, de 26 de junio de 2008 (JUR 2008\337667) y 16 de junio de 2005 (JUR 2006\137232).

¹³ En relación con estas cuestiones, pueden verse los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, de 21 de junio de 2011 (JUR 2011\289517) y Sección 12ª, de 1 de febrero de 2010 (JUR 2010\125545), así como los Autos de esa misma Audiencia, Sección 10ª, de 28 de septiembre de 2004 (JUR 2005\52313) y 21 de abril de 2004 (AC 2004\1717). En términos similares, también pueden traerse a colación los Autos de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1ª, de 26 de junio de 2008 (JUR 2008\337667) y 16 de junio de 2005 (JUR 2006\137232).

¹⁴ En este sentido, y por todos, puede verse el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 1 de febrero de 2007 (JUR 2007\155466).

¹⁵ Sobre esta cuestión pueden verse, por ejemplo, los Autos de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, de 13 de diciembre de 2017 (JUR 2018\68051), de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 22 de junio de 2012 (JUR2012\270872) y 1 de octubre de 2010 (JUR 2011\37173), así como el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, de 1 de febrero de 2010 (JUR 2010\125545).

¹⁶ Así, por todos, puede traerse a colación el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2011 (JUR 2011\164941).

¹⁷ En este sentido, y entre otros, pueden citarse: el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 6 de febrero de 2012 (JUR 2012\124706), el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, de 1 de febrero de 2010 (JUR 2010\125545), los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, de 28 de diciembre de 2008 (JUR 2009\164272) y 20 de mayo de 2005 (JUR 2005\173318), el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, de 6 de septiembre de 2005 (JUR 2005\220074), así como los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 28 de septiembre de 2004 (JUR 2005\52313) y 21 de abril de 2004 (AC 2004\1717). Igualmente, pueden verse los Autos de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1ª, de 26 de junio de 2008 (JUR 2008\337667) y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª, de 5 de octubre de 2002 (JUR

En definitiva, cabe afirmar que las medidas cautelares sólo pueden adoptarse cuando se justifique que durante la pendencia del proceso podrían producirse situaciones que impedirían o dificultasen la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en un eventual laudo estimatorio de la demanda, siendo necesario que el solicitante de las citadas medidas concrete, ante las específicas circunstancias del caso, cuál sería la situación que, durante el desarrollo del proceso, habría de conjurar dicha medida, sin que baste recurrir a argumentaciones que pueden constituir lugar común a todo litigio o controversia de reclamación de cantidad¹⁸.

Asimismo, y en este contexto del *periculum in mora*, debe hacerse mención a la previsión contenida en el artículo 728.1 *in fine* de la LEC, en donde se lee: “*No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces.*”

Y al respecto, deben realizarse distintas consideraciones.

Así, en primer lugar, ha de tenerse presente que lo dispuesto en dicha norma, con criterio lógico, impide apreciar la urgencia y necesidad –el peligro en la demora– si la medida cautelar consiste o tiene por efecto alterar, modificándola o innovándola, una situación de hecho preexistente que, sin embargo, el solicitante ha consentido sin justificación razonable y durante largo tiempo. En tal caso, la urgencia y necesidad de la medida cautelar resulta desvirtuada con la pasividad mostrada por el solicitante de la misma, hasta el punto de que impide estimar el peligro en la demora: si la situación que pretende modificarse de forma cautelar se ha tolerado durante largo tiempo, no hay argumento convincente –a menos que se justifique la pasividad– para modificar la realidad consentida mientras se tramita el proceso, debiendo esperarse, por lo tanto, al cambio que imponga la sentencia o, en nuestro caso el laudo final, si es que estima la pretensión de la parte actora¹⁹.

Asimismo, debe ponderarse que se trata de un supuesto que tiene un marcado carácter excepcional y, además, ha de encontrarse debidamente justificado²⁰. Y la razón de ello es evidente: tal supuesto, en cuanto permite actuar sobre una situación actual dada, nos aparta realmente de la finalidad que los artículos 721.1, 726.1.1^a, 727.11^a y 728. 1 de la LEC asignan a las medidas cautelares, esto es, que sean exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual resolución estimatoria –en nuestro caso, laudo–²¹, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.

2003\9719). Asimismo, y en términos similares, puede citarse la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de abril de 1993 (RTC 1993\148).

¹⁸ Por lo que respecta a todas esas cuestiones y razonamientos, y entre otros, puede verse el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28^a, de 22 de junio de 2012 (JUR2012\270872).

¹⁹ Sobre esta cuestión, por ejemplo, puede verse el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4^a, de 9 junio de 2011 (JUR 2011\344760).

²⁰ Así, por ejemplo, puede verse el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25^a, de 21 de junio de 2011 (JUR 2011\289517).

²¹ Por todos, puede traerse a colación el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2016 (JUR 2016\164878).

De igual modo, dicho supuesto cuenta con el límite –un tanto difuso e inconcreto– de que no “*se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo*”²². Es decir, nos encontramos ante un concepto indeterminado y abierto, otorgando un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la determinación, en cada caso, de cuándo ha transcurrido “largo tiempo”. Y esto último constituye, en efecto, un canon indeterminado susceptible de una concreción plural y, por ende, de un elevado grado de inseguridad jurídica.

(ii) Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)

Este requisito entraña un juicio cautelar calificable de juicio de probabilidad o de verosimilitud. Se trata, en suma, de que el solicitante debe aportar un principio de prueba, cuya intensidad ha de ser proporcionada a la índole, características y alcance de la medida interesada, que aconseje la adopción de ésta sin prejuzgar el fondo del asunto, en cuanto que sea previsible que la resolución del arbitraje será probablemente favorable a dicho solicitante de la medida por resultar, al menos *prima facie*, la verosímil existencia del derecho alegado, sin perjuicio de relegar al proceso principal la demostración cumplida de su realidad.

(iii) Caucción suficiente

El solicitante de la medida cautelar deberá prestar caucción suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los posibles daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado, si con posterioridad se pone de manifiesto que la medida cautelar carecía de fundamento y por ello es revocada.

La razón de ser o fundamento de este requisito se encuentra en el hecho de que las medidas cautelares tienen un carácter condicional o provisional y se adoptan siempre bajo la responsabilidad de quien las pide (artículo 721.1 de la LEC). Y de ahí que resulte precisa la prestación de caucción suficiente por parte del solicitante de dicha medida²³: tal caucción constituye la garantía patrimonial para el eventual derecho del sujeto pasivo de las medidas a una indemnización por la adopción infundada de las mismas²⁴.

Además, y por lo que respecta a esta ponderación de intereses contrapuestos de las partes, debe indicarse que esa exigencia de caucción suficiente no vulnera, en modo alguno, los derechos fundamentales a la igualdad y a la tutela judicial –o, en nuestro caso, arbitral– de la solicitante de las citadas medidas cautelares²⁵.

Por otro lado, y en cuanto a que el apartado primero del artículo 23 de la Ley de Arbitraje sólo señala que los árbitros “*podrán exigir caucción suficiente al solicitante*”, debe ponderarse que la esencia de las medidas cautelares, definidas y delimitadas en las disposiciones de la LEC según

²² Entre otros, puede citarse el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, de 22 de marzo de 2004 (JUR 2004\248757).

²³ Así, los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 28 de septiembre de 2004 (JUR 2005\52313) y de 21 de abril de 2004 (AC2004\1717).

²⁴ Al respecto, y entre otros, puede citarse el Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 4 de marzo de 1999 (AC 1999\4655).

²⁵ Por todas, puede citarse la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1987 (RTC 1987\202).

ante dijimos, exige realmente que la solicitante de las medidas realice el ofrecimiento de la mencionada caución.

Y no sólo especificando el tipo o tipos de caución que se ofrece constituir, sino también justificando debidamente el importe o cuantía ofrecida (artículo 732.3 de la LEC), de manera que su idoneidad y suficiencia pueda ser valorada por el órgano que ha de resolver sobre la adopción de la citada medida cautelar (artículo 737.2 de la LEC), en consideración a la naturaleza y contenido de la pretensión, al fundamento de la solicitud y a la propia medida cautelar interesada (artículo 728.3 de la LEC)²⁶.

A la vista de lo anterior, puede señalarse que la no realización del ofrecimiento de caución por la parte solicitante nos podría llevar, sin más, a la desestimación de la solicitud de medidas cautelares. Igualmente, el ofrecimiento de un determinado importe por la referida solicitante de las medidas cautelares, sin más explicaciones o detalles, o la mera remisión por dicha solicitante a fórmulas tales como “la cantidad que los árbitros estimen oportuna”, “en la cuantía que determinen los árbitros conforme a su mejor criterio” u otras similares, no podrían ser aceptados como para entender cumplido el requisito de ofrecer caución bastante.

Y ello, por la evidente razón de que el ofrecimiento de caución con determinación del tipo para constituirla y argumentación justificativa del importe propuesto, dotada de la debida claridad y precisión, constituye un requisito esencial razonable, de naturaleza material –y no meramente adjetivo– tanto para la admisión de la solicitud como, en su caso, para la adopción de la medida cautelar.

No es otro el significado y alcance que debe otorgarse al expresado requisito de ofrecimiento de caución suficiente, si atendemos a lo dispuesto en los citados artículos 732, apartados 1 y 3, y 728.3 de la LEC²⁷, en cuanto que de este modo se permite:

- (i) A la parte demandada ejercitar su derecho de defensa y alegar, así como probar, lo que estime conveniente en torno a la modalidad y extensión de la caución, pudiendo formular oposición con pleno conocimiento de causa²⁸; y
- (ii) Al mismo tiempo, facilitar al órgano decisor fundamentos o una referencia en torno a la naturaleza y concreción de la exigida caución, estableciendo el límite mínimo de su cuantía, a efectos de acordar o denegar las medidas cautelares solicitadas en función de si queda o no garantizada la indemnidad de la parte frente a la que solicita dichas medidas

²⁶ Entre otras resoluciones judiciales, pueden verse los Autos de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 5ª, de 9 de marzo de 2012 (JUR 2012\187610) y 14 de abril de 2011 (JUR 2011\302300).

²⁷ En relación con todas esas cuestiones, puede verse el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2012\337389), el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 20 de julio de 2012 (AC2012\1468), así como el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 31 de mayo de 2004 (JUR 2004\245607). Igualmente, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, de 22 de marzo de 2004 (JUR 2004\248757). Asimismo, puede citarse el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 28 de junio de 2010 (JUR 2010\412239).

²⁸ Por lo que respecta a esta cuestión, pueden verse los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, de 26 de diciembre de 2012 (JUR 2012\57979), 21 de septiembre de 2012 (JUR 2012\337389) y 14 de noviembre de 2008 (JUR 2009\48028), así como el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, de 22 de marzo de 2004 (JUR 2004\248757).

en el supuesto de que fuera denegada la pretensión cuya ejecución se persigue asegurar, tras haber oído al respecto a todas las partes, fijando la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse, en su caso, la caución correspondiente por la solicitante²⁹. De lo contrario, no podría entenderse que existe una pretensión clara y precisa de la sociedad promotora y solicitante de las medidas cautelares, puesto que no se habrían proporcionado las bases que deben ponderar los árbitros respecto a dicha decisión sobre la adopción de las medidas interesadas³⁰, privando a dichos árbitros de un elemento determinante en la toma de la decisión que se le solicita e impidiendo que pueda valorar debidamente la eficacia de tal suma para cumplir la función de caución, así como a efectos de sopesar la idoneidad y suficiencia de lo ofrecido para responder, como indica el citado artículo 728.3 de la LEC, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio de la parte demandada³¹.

Y para finalizar, conforme a lo dispuesto en el citado párrafo segundo del artículo 727.1ª de la LEC, en relación con lo previsto en los artículos 721.2 *in fine* y 726.1.2ª también de la LEC, debe ponderarse siempre la posibilidad de haber solicitado otras medidas cautelares que, sin resultar tan gravosas o perjudiciales para la parte demandada, pudieran haber sustituido a las solicitadas con igual eficacia³², dadas las notas de adecuación, necesidad –y “*no simple conveniencia*”, como señala CALDERÓN, 1992, p.151– y proporción que ha de reunir toda medida cautelar para el objetivo establecido de forma tal que únicamente puede ser acordada cuando fuera estrictamente inevitable para la tutela de esos intereses jurídicos prevalentes³³; es decir, la medida cautelar ha de ser proporcional al fin perseguido con la misma.

VI. Conclusión

Conforme al Derecho español, y para resolver sobre las solicitudes de adopción de medidas cautelares planteadas por las partes en sede arbitral, los árbitros no sólo deben acudir a las previsiones contempladas en la Ley de arbitraje española –o en los reglamentos arbitrales de las cortes o instituciones españolas cuando así resulte procedente–, sino también a las disposiciones de la LEC. Y de ahí que los árbitros hayan de atender y estar a lo dispuesto en dicha LEC en cuanto a la ponderación de los requisitos del *periculum in mora*, el *fumus boni iuris*, caución suficiente y, en general, por lo que respecta a la apreciación del carácter proporcional de las medidas cautelares solicitadas.

²⁹ Al respecto sobre todas esas cuestiones, puede verse el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 20 de julio de 2012 (AC2012\1468) y el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 28 de junio de 2010 (JUR 2010\412239). Asimismo, puede traerse a colación el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 31 de mayo de 2004 (JUR 2004\245607). Igualmente, puede verse el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, de 22 de marzo de 2004 (JUR 2004\248757).

³⁰ En cuanto a estas cuestiones, pueden verse los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2012\337389) y de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 28 de junio de 2010 (JUR 2010\412239).

³¹ En este sentido, pueden verse los Autos de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1ª, de 26 de junio de 2008 (JUR 2008\337667) y 16 de junio de 2005 (JUR2006\137232). Igualmente, el mencionado Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 20 de julio de 2012 (AC2012\1468).

³² Así, puede verse el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 16 julio de 2010 (JUR 2010\336539).

³³ Por todos, puede citarse el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 28 de junio de 2010 (JUR 2010\412239).

BIBLIOGRAFÍA:

- ARIAS, D. (2005): *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Madrid. Aranzadi.
- CALDERÓN, M.P. (1992): *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Madrid. Civitas.
- GONZÁLEZ-BUENO, C. (2014): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid. Consejo General del Notariado.
- MERINO, J.F. (2006): *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid. Civitas.

Oponibilidad de la cláusula arbitral a terceros no firmantes: análisis de las cláusulas de garantía de un tercero en el contrato origen

Ana Elena Quirós Vásquez¹

Resumen:

Las nuevas tendencias de las relaciones comerciales internacionales, que han tenido un directo impacto en los procesos arbitrales, han dado lugar a un fuerte desarrollo de doctrina y jurisprudencia, que permite analizar los escenarios donde se puede oponer una cláusula arbitral a terceros no firmantes. Sin embargo, excluyendo la jurisprudencia francesa con las promesas *porte-fort*, ha habido una discusión limitada respecto a si la consignación de una cláusula de garantía directa o indirecta en el contrato origen, es un motivo suficiente o no para dicha oponibilidad.

Palabras clave:

Cláusula arbitral; terceros no firmantes; cláusulas de garantía; promesa *porte-fort*; oponibilidad; alcance.

Abstract:

Emerging trends in international trade relations have had direct influence in arbitral procedures. Many authorities and arbitrators in case law have been analyzing different circumstances in which is possible to enforce an arbitral clause to non-signatory parties. However, the discussion on the promises to stand surety for another, as a reason to extend the effects of an arbitral clause to non-signatories, has been poorly developed.

Keywords:

Arbitration clause; non-signatories; guarantee clauses; *porte-fort* promises; enforceability; scope.

I. INTRODUCCIÓN

Los Arbitrajes Comerciales Internacionales modernos, demandan un estricto análisis de las relaciones jurídicas complejas, cada vez más crecientes. Esto, debido a que en diversos contratos comerciales que incluyan acuerdos de arbitraje, pueden surgir conflictos inusuales que sin duda han permitido el rompimiento de la presunción de un proceso tradicional de dos partes frente a un Tribunal Arbitral.

Las posiciones más primitivas en el arbitraje comercial se basaban en una modalidad arbitral de dos partes, sosteniendo que no era capaz de adaptarse a escenarios multi-partes, por su misma naturaleza (Schwartz, 2010, p.235-236). No obstante, debido a la creciente necesidad de adaptarse a las nuevas realidades, se comenzó a plantear la posibilidad de extenderle los efectos

¹ Ana Elena Quirós Vásquez. Estudiante de quinto año de Derecho, Universidad de Costa Rica. Asistente legal en BLP Abogados. Asociada de Costa Rican Young Arbitrators. Costa Rica.

de una cláusula arbitral a terceros que no hayan sido firmantes del contrato original, pero que hayan tenido directa o indirectamente algún tipo de vinculación suficiente. Entre estos, cabe mencionar los arbitrajes con partes múltiples, contratos múltiples, arbitrajes colectivos, acciones de clase; y en general, cualquier escenario donde emerjan problemas que incluyan a más de dos partes.

Es indispensable, de acuerdo con el reconocido principio *pacta sunt servanda* y el carácter vinculante de los contratos, en atención a un conflicto determinado, valorar qué lenguaje utilizaron las partes al pactar la cláusula compromisoria e interpretarla de tal forma que se respete lo suscrito. Sin embargo, en la actualidad, si bien la voluntad de las partes continúa siendo uno de los pilares fundamentales del Arbitraje, se ha tornado sumamente relevante sopesar la “voluntad literal” plasmada en los contratos². Es decir, estos escenarios diversos y emergentes, son parte del día a día de los negocios en los que se enmarcan las relaciones comerciales internacionales y, por ende, en las controversias que surjan de estas.

II. Oponibilidad y Extensión de los Efectos de la Cláusula Arbitral a No Signatarios

Como se ha venido desarrollando, es posible que se someta a discusión dentro de un procedimiento arbitral, la oponibilidad de los efectos de la cláusula arbitral a terceros involucrados que no fungen como firmantes del contrato. En este sentido, se ha desarrollado a través de los años, una gran cantidad de doctrina y jurisprudencia internacional, atendiendo a los diversos criterios sobre los cuales un convenio arbitral puede ser oponible a no firmantes.

Es importante distinguir entre la oponibilidad y la extensión del acuerdo arbitral. Cuando se hace referencia a la extensión, significa que los efectos de la cláusula arbitral pueden ser extendidos a terceros no firmantes. No se extiende una cláusula arbitral, sino que sus efectos pueden ser extensivos, en consideración a la participación determinante de ese tercero durante toda la relación comercial. Por otra parte, cuando se habla de la oponibilidad del acuerdo, comúnmente se alude a una cláusula que incluye a ese tercero no firmante, cuando el alcance del acuerdo permite que le sea oponible a pesar de no cumplir con el requisito de la firma.³

En principio, la cláusula arbitral que eligen las partes en un determinado contrato puede ser pactada en términos restrictivos o extensivos. Se ha discutido que en el caso de que el convenio contenga frases tales como: “todas las controversias relacionadas con”, “relativas a” o “en conexión con” el contrato, tienen un alcance amplio, pues involucra todas las disputas de las partes (Redfern; Hunter, 2009, p. 109).

En jurisprudencia norteamericana, se ha determinado que cuando las partes incluyen dicha terminología en las cláusulas, buscan comprender todos los aspectos de su relación jurídica⁴. Este primer acercamiento es útil para saber si la voluntad de las partes se destinó a incluir todas

² Incluyendo los convenios arbitrales.

³ Requisito ampliamente reconocido por las diversas legislaciones nacionales, pero que está contemplado (y ampliamente discutido) en el artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).

⁴ Por ejemplo, en los casos *Pennzoil v. Ramco Energy* y *Nauru Phosphate Royalties v. Drago Daic Interests*.

las controversias, así como para analizar si todos los involucrados, directa o indirectamente, deben estar en un eventual proceso arbitral.

A pesar de lo anterior, enfrentarse a una cláusula arbitral consentida en términos amplios, no permite *per se* la oponibilidad de la cláusula a un tercero no signatario del contrato. Para concretar estos postulados en los procesos arbitrales, se han propuesto doctrinalmente algunos supuestos donde, si se cumplen, se puede estimar que los efectos del pacto arbitral involucran a este tercero o terceros.⁵ Estos escenarios son relativos a acciones concretas que tiene este durante el desarrollo del *iter* contractual. Entre ellos se tienen:

(a) Haber desempeñado un papel activo en las negociaciones de las cuales surgió el contrato en el que se incluyó la cláusula arbitral; (b) estar involucrada, activa o pasivamente, en la ejecución del contrato; o (c) haber estado representada, efectiva o implícitamente, en el negocio jurídico (Caivano, 2006, p. 139).

Asimismo, tanto a nivel de doctrina como jurisprudencia internacional, en algunos casos icónicos⁶ y otros con trascendencia actual, se han establecido importantes criterios, que han sido de suma utilidad para afrontar este tipo de situaciones. Sin embargo, no se ha discutido ampliamente sobre las cláusulas de garantía de terceros que no firman el contrato que contiene la cláusula arbitral.

III. CLÁUSULAS DE GARANTÍA DE TERCEROS EN EL CONTRATO ORIGEN

El criterio en mención enmarca las circunstancias donde un tercero ha sido involucrado dentro del contrato origen, por medio de una cláusula de garantía. Esto es, cuando un tercero garantiza total o parcialmente el cumplimiento de las obligaciones, y que, aunque no ejecute el contrato, se le pueden extender los efectos del convenio arbitral en relación con el contrato que contiene la operación que garantiza. Respecto a este escenario particular, se ha manifestado que:

“En el mundo del comercio internacional, es muy común que en las operaciones intervengan terceros que garanticen total o parcialmente el cumplimiento de las obligaciones de una parte, sin que el garante necesariamente ejecute el contrato en cuestión. Por esta razón, muchos tribunales, tanto arbitrales como estatales, han reconocido que **el garante de una parte en una operación, estaría vinculado a un convenio arbitral contenido en el contrato que sustenta la operación que garantiza.**” (Conejero Roos e Irra de la Cruz, 2012-2013, p. 79-80)

De acuerdo con lo anterior, se entiende que ese tercero está comprometiéndose al garantizar la operación que es objeto del contrato. Es decir, si “A” contrata con “B”, y “C” es un garante del contrato, “C” se compromete *vis-à-vis* con “B”, por lo que se convierte en un contrato triangular (Hanotiau, 2005, p. 49-50).

⁵ Como se anticipó *supra*, no siempre se trata únicamente de un escenario “ideal” donde existen dos partes y se enfrenta la vinculación de un único tercero. Por el contrario, pueden existir relaciones jurídicas complejas, donde se vean inmiscuidas múltiples partes y múltiples controversias, que pueden cohesionarse en una misma cláusula arbitral.

⁶ Tal como el reconocido caso *Dow Chemical: ICC*. (23 de septiembre de 1982). *Dow Chemical France, The Dow Chemical Company y otros, v. ISOVER Saint Gobain*. Caso N° 4131.

Estas cláusulas de garantía de terceros son conocidas también por su término en francés, promesas *porte fort*. En cuanto a la promesa *porte fort*, en ocasiones se ha señalado que, en caso de incumplimiento, aquel que fue obligado a título de garantía, es quien debe responder por el hecho prometido, y no así quien realizó la promesa (Méndez, 2017, p. 6).

En contraposición, surge la siguiente interrogante: ¿cómo un tercero que se ve directamente relacionado con el contrato, por medio de una cláusula de garantía, puede excluirse de un eventual proceso arbitral solo por no haber firmado el contrato origen? Esta garantía puede ser financiera, de suministro, o simplemente operativa en atención al objeto del contrato, pero una característica de las garantías contractuales es que presuponen, de una u otra forma, una retribución para el garante⁷.

La discusión se asienta en si este es un escenario más, donde se relativiza el requisito formal de la firma, en virtud de una relación comercial que no es entre dos, sino entre el contratista, el contratante y el garante. Quienes abogan por esta postura, se fundamentan en que estos garantes del contrato, al haberse beneficiado directa o indirectamente del contrato origen, el alcance de la cláusula arbitral los cubre. Es decir, que, si no quisieron verse vinculados, debieron haber manifestado de forma expresa su voluntad de no formar parte del arbitraje (Hanotiau, 2005, p. 49-50).

Analizando casos donde se ha debatido este supuesto, se encuentra el caso español “Interactive Television SA v. Banco Bilbao Vizcaya SA y Satcom Nederland BV”. En sus antecedentes, se tiene que Interactive contrató a Satcom para que esta le proporcionara una serie de componentes para desarrollar un sistema de televisión activa en España. Posteriormente, el Banco de Bilbao Vizcaya interviene como avalista garantizando hasta 150 millones de pesetas para el cumplimiento de las obligaciones de Satcom. Dentro de la controversia que surgió de esta relación, Interactive alegó que Satcom incumplió el contrato, y que Satcom debía indemnizar por los daños producidos a causa del incumplimiento. Finalmente, el tribunal declaró sin lugar el reclamo de Interactive, pero en su razonamiento determinó que la cláusula arbitral posibilitaba la extensión de los efectos de la cláusula a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato.

Asimismo, la discusión se ha planteado en casos franceses, bajo la figura de la promesa de *porte fort*, como en Tareau v. Martin (1992), en el cual se debatió la extensión de los efectos del pacto arbitral, respecto a una controversia derivada del incumplimiento de la obligación de garantía, específicamente una promesa de venta de acciones, suscrita por un contratista en beneficio de los prestamistas que no eran ninguna de las partes.

Finalmente, en un caso de tres partes respecto a una garantía bancaria, el Tribunal Federal Suizo (2008) sostuvo que, en principio, a las disputas entre el beneficiario y el banco garante no puede extenderse el ámbito de aplicación de la cláusula de arbitraje, contenida en el contrato principal entre el acreedor y el deudor. Sin embargo, determinó que, si la disputa surge entre el acreedor y el deudor en relación con un presunto incumplimiento por parte del acreedor beneficiario de su

⁷ Retribución directa, por ejemplo, suministrando una materia prima; o indirecta, por ejemplo, la garantía de una empresa *holding* disminuyendo el riesgo de un contrato en el que participa alguna de sus empresas subsidiarias.

obligación, al no llamar a la garantía sólo en casos justificados bajo los términos del contrato principal, sí está cubierto por la cláusula de arbitraje y, por lo tanto, está dentro de la jurisdicción del tribunal arbitral.

IV. CONCLUSIONES

- Las tendencias modernas en las relaciones contractuales tienen un impacto directo en los arbitrajes internacionales. Esto, tomando en cuenta que se ha comenzado a cambiar el planteamiento tradicional de dos partes frente a un tribunal arbitral.
- La oponibilidad de la cláusula arbitral no es lo mismo que la extensión, pues cuando se habla de extensión se refiere a los efectos de esta. En este sentido, las cláusulas arbitrales que están pactadas en términos extensivos son un primer acercamiento para el análisis de la voluntad de las partes frente a una controversia.
- En las diversas jurisdicciones, se han desarrollado supuestos muy variados para la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a terceros. Sin embargo, hay un escenario que ha sido poco discutido: el de las cláusulas de garantía de tercero en el contrato que contiene la cláusula arbitral.
- Los criterios no son uniformes respecto a la oponibilidad de la cláusula arbitral, frente a un contrato que contenga una cláusula de garantía de un tercero, el cual no haya firmado dicho contrato. A pesar de que debe hacerse un análisis sumamente casuístico, se puede destacar un elemento como la importancia de que el garante esté recibiendo un beneficio directo o indirecto por medio de la garantía. Por último, parece quedar aún en incógnita si, por la naturaleza de esta obligación, el acreedor está asumiendo una carga en nombre del garante, o si el garante se está obligando *vis-à-vis* frente al deudor.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina:

- Conejero Roos, C & Irra de la Cruz, R. (2012-2013). La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado. Lima Arbitration N° 5 - 2012/2013.
- Hanotiau, B. (2005). “Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions.” Kluwer Law International.
- Méndez, E. (2017). El nuevo derecho de las obligaciones y contratos en Francia. Segunda parte: régimen general de los contratos. Diario de Doctrina y Jurisprudencia. Edición 272.
- Redfern, A; Hunter, M; Blackaby, N; y Partasides, C. (2009). “Redfern and Hunter on International Arbitration”.
- Schwartz, E. (2010). “Concluding Remarks”. Multi-Party Arbitration, Dossier of the ICC Institute of World Business Law.

Jurisprudencia y laudos:

- Corte de Apelaciones de Estados Unidos de América, Quinto Circuito. (31 de marzo de 1998). Nauru Phosphate Royalties, Inc v. Drago Daic Interests, Inc. Caso N° 97-20279.
- Corte de Apelaciones de Estados Unidos de América, Quinto Circuito. (13 de mayo de 1998). Pennzoil Exploration and Production Company v. Ramco Energy Limited. Caso N° 96-20497.
- Tribunal Supremo Sala de lo Civil, Madrid. (26 de mayo de 2005). Interactive Television SA v. Banco Bilbao Vizcaya SA y Satcom Nederland BV. Caso No. 404/2005.
- Tribunal de Casación Francia de la Corte Suprema de Justicia (16 de julio de 1992). Tareau v. Martín.
- Tribunal Federal Suizo. (10 de octubre de 2008). Caso de X AS c / Y GmbH, n. 5, rec. 3. Caso No. 4A_224 / 2008. Citado en: Yves Tschanz, P y Fellrath Gazzini, I. “Note - 19 août 2008, Tribunal fédéral suisse”, Revue de l'Arbitrage, (Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2009, Volume 2009 Issue 4) pp. 842 – 844.

EL ARBITRAJE COMO DERECHO HUMANO EN CENTROAMÉRICA

Concepción Argentina Nájera Alfaro¹
Brandon Thaddeus Castillo Cifuentes²

Resumen:

El Arbitraje como Derecho Humano en Centroamérica precisa para su debate de un análisis jurídico donde se tenga en cuenta la legislación y jurisprudencia de cada uno de los países que conforma la región, con el objeto de encontrar el vínculo entre ambas figuras jurídicas y hasta qué punto, puede considerarse que una contiene a la otra. Las diferentes constituciones y leyes de menor jerarquía presentan características diversas que reflejan el sentir de los legisladores centroamericanos al establecer los derechos fundamentales dentro de sus ordenamientos jurídicos. El objetivo del presente estudio es demostrar que la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los Derechos Humanos es tan amplia que alcanza a las demás ramas del Derecho, en especial a la privada; y cómo esto se convierte en una realidad a través del Arbitraje.

Palabras clave:

Derechos Humanos; Libre Acceso a la Justicia; Métodos Alternos de Resolución de Controversias; Arbitraje; Estado Democrático de Derecho.

Abstract:

Arbitration as a Human Right in Central America requires for its debate a legal analysis that takes into account the legislation and jurisprudence of each one of the countries that make up the region, in order to find the relationship between both legal concepts and to what extent one can be considered to contain the other. The different constitutions and laws of lower category present diverse characteristics that reflect the feeling of the Central American legislators when establishing the fundamental rights within their legal systems. The objective of this study is to demonstrate that the universality, interdependence and indivisibility of Human Rights is so broad that it reaches the other branches of the Law, especially private law; and how this becomes a reality through Arbitration.

Key Words:

Human Rights; Access to justice; Alternative Methods of Conflict Resolution; Arbitration; Democratic Rule of Law.

¹ Bachiller en Ciencias y Letras; Estudiante de último año de Derecho en la Universidad de San Carlos de Guatemala; Certificada en Litigio Estratégico por el Instituto Interamericano y Responsabilidad Social de Derechos Humanos. Experiencia como participante en competencias nacionales e internacionales de Arbitraje Comercial Internacional –Guatemala y Madrid-. Ciudad de Guatemala, Guatemala, C.A. Correo: argentinajer@gmail.com

² Bachiller en Ciencias y Letras; Estudiante de último año de Derecho en la Universidad de San Carlos de Guatemala; Asistente Legal en el bufete profesional Edwin Melini MC-Legal y Director de Jurisprudencia en IURISTEC. Experiencia y reconocimientos como participante en competencias nacionales e internacionales de Arbitraje Comercial Internacional –Guatemala, Madrid y México-. Ciudad de Guatemala, Guatemala, C.A. Correo: brandonthadd@gmail.com

CONSIDERACIONES INICIALES

La instauración del Estado de Derecho trajo aparejado el respeto y promoción de los Derechos Humanos (Bobbio, 1994, p. 136), encontrándose dentro de estos: el libre acceso a la justicia, el debido proceso y la tutela efectiva. Cada uno de estos se encuentra regulado en diferentes cuerpos legales internacionales en materia de Derechos Humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De tal cuenta, todo Estado que los haya ratificado, por el principio de buena fe, se ha comprometido a cumplirlo. Los Estados en Centroamérica son todos signatarios de la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, salvo Belice, quien solo ratificó el Pacto, mas no así la Convención.

Centroamérica, como región geográfica, se caracteriza por su riqueza cultural, lingüística y sus varios paisajes de atractivo turístico. Es también conocida por sus amplios recursos minerales y productos exóticos que han llamado la atención de diferentes empresas e inversión. Los países que conforman la región se han visto en la necesidad de responder a tal fenómeno comercial y adecuar sus cuerpos legales, incluyendo su constitución, para adaptarse al movimiento económico de la época.

Los Estados Centroamericanos se encuentran compelidos a lograr el desarrollo en cada uno de sus países adaptándose a los nuevos fenómenos comerciales, sin dejar de cumplir con las obligaciones a las que se comprometieron al ratificar cada uno de los pactos o convenciones en materia de Derechos Humanos. En tema de justicia, estos deben establecer las condiciones adecuadas para que sus ciudadanos puedan acceder a los diferentes tribunales para obtener una solución a sus pretensiones.

Actualmente, en diferentes países, se ha optado por el reconocimiento del Arbitraje como un método para resolución de conflictos, dentro del apartado de garantías fundamentales de la Carta Magna de los Estados, ello con el objeto de brindar la posibilidad a los ciudadanos de poder oxigenar las cortes estatales y contribuir con el cumplimiento del libre acceso a la justicia, debido proceso y tutela efectiva.

Este reconocimiento del Arbitraje dentro de la Constitución, en algunas ocasiones, se regula dentro de la sección que desarrolla las garantías fundamentales o los Derechos Humanos, y por ende, le son aplicables las características propias de estos, como lo es que sea universal, interdependiente e indivisible, como lo refiere la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Lagos del Campo vs. Perú. Por ello, al ser el Arbitraje un Método Alternativo de Resolución de Conflictos, por medio del cual las partes de una relación jurídica resuelven determinadas controversias a través de un tercero imparcial, constituye un medio eficiente y eficaz para poder asegurar el libre acceso a la justicia, el debido proceso y la tutela efectiva.

Como se mencionó anteriormente, este trato del Arbitraje vinculado a los Derechos Humanos se encuentra en Constituciones de diferentes países, por lo que en el presente escrito se realizará un análisis del Arbitraje como Derecho Humano en los diferentes ordenamientos jurídicos, escudriñando la jurisprudencia y legislación de los países que conforman Centroamérica,

atendiendo a los principios por los que cada una de sus naciones vela y buscando el punto donde ambas figuras jurídicas encuentran su vínculo.

La finalidad de este ensayo no es solamente presentar el avance que la región ha tenido hacia el reconocimiento constitucional del arbitraje y la relevancia que el mismo ha cobrado para la resolución de controversias de manera alterna, sino resaltar la importancia que tienen los Derechos Humanos en todo ámbito, incluyendo el comercial, y que sus características de universal, indivisible e interdependiente no puede ser letra muerta, debe reconocerse y aplicarse en todas las relaciones jurídicas que se lleven a cabo en los Estados Centroamericanos.

BELICE

La República de Belice tiene una tradición jurídica distinta al resto de los demás países en Centro América por el hecho de haber sido colonia de Gran Bretaña. Es el único de la región que le otorga calidad de jefe de Estado su Majestad la Reina Isabel II. De tal cuenta, su jurisprudencia se nutre de varios fallos de Gran Bretaña y en muchos casos, su Corte Suprema de Justicia al resolver, cita sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; lo cual crea una comunicación y vínculo entre las cortes domésticas e internacionales notable de resaltar.

La Constitución del país reconoce mediante su preámbulo que “la Nación de Belice se fundará sobre los principios que reconocen la supremacía de Dios, fe en los derechos humanos y las libertades fundamentales...”. En su jurisprudencia, ha determinado que los derechos fundamentales se encuentran desde la sección tres hasta la diecinueve de la segunda parte de su Carta Magna (Corte Suprema de Belice, Caso No. 668-2010), y es justo entre estos artículos que este cuerpo legal regula el Arbitraje, mediante el artículo 6, numeral séptimo establece: “cualquier corte **u otra autoridad prescrita por la ley** para determinar la existencia o alcance de cualquier derecho u obligación civil, será establecida por la ley y será independiente e imparcial; y donde los procedimientos para tal determinación serán instituidos por cualquier persona ante tal corte u otra autoridad, el caso deberá dársele una justa audiencia en un tiempo razonable” (Subrayado y resaltado propio).

El Arbitraje se acopla a la protección del artículo citado ya que es un procedimiento amparado por la ley de Belice, a través del *Arbitration Act*; determina alcances de obligaciones y derechos; y cuenta con la autoridad que representa el tribunal arbitral, ya sea que se componga de uno o más árbitros. Cabe decir que este método extrajudicial forma parte de la protección de los derechos fundamentales. Belice también se nutre de instrumentos internacionales para la determinación de la protección del arbitraje como el protocolo de Ginebra sobre cláusulas de arbitraje de 1923 y la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 “Convención de Nueva York”.³

Para puntualizar el vínculo que hay entre el Arbitraje y los Derechos Fundamentales, a luz de una interpretación constitucional, hay que remitirse al derecho a la protección de la ley. Ninguna

³ Aunque Belice no forma parte de esta Convención, mediante la sentencia del Tribunal de Justicia del Caribe en el caso *BCB Holdings and the Belize Bank Limited v. the Attorney-General of Belize* [2013] CCJ 5 (AJ) se determinó que las disposiciones de la Convención que se incorporaron en su Ley de 1980, dan efecto a la misma en la legislación nacional.

de las partes que participen dentro de un arbitraje podrán ser violentadas, irrespetando las garantías que la Constitución, el *Arbitration Act* y todas las demás fuentes de derecho en Belice les han otorgado, asegurando así el cumplimiento de la libertad de acceso a la justicia, el debido proceso y una tutela efectiva; todos estos regulados mediante el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumento ratificado por Belice.

GUATEMALA

Por medio de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 de la Asamblea Nacional Constituyente, se instauro el Estado Democrático de Derecho, encontrándose aún dicha constitución vigente hasta la actualidad, a excepción de algunas reformas realizadas en 1993.

El preámbulo constitucional establece los principios y fines que el Estado busca conseguir mediante su accionar. En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad, que constituye el máximo órgano de control constitucional de Guatemala, menciona que: “El preámbulo de la Constitución Política contiene una declaración de principios por la que se expresan los valores que los constituyentes plasmaron en el texto, (...) Podría, eso sí, tomando en cuenta su importancia, constituir fuente de interpretación ante dudas serias sobre alcance de un precepto constitucional...” (Corte de Constitucional, Expediente No. 12-86).

Teniendo lo anterior en mente, agregamos que la Carta Magna de Guatemala, en su preámbulo constitucional establece: “... afirmando a la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social (...) al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, **justicia**, igualdad, libertad y paz...” (Subrayado y resaltado propio).

De dicha lectura, se puede comprender que la justicia es un principio que, desde el preámbulo constitucional, Guatemala busca reconocer y darle una interpretación de su alcance *pro homine*, al mismo tiempo que lo asigna como Deber del Estado; ello se determina con base en el artículo número 2 del texto constitucional.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico guatemalteco, vía su Constitución Política, no contempla expresamente la utilización de algún método alternativo para el ejercicio del derecho al libre acceso a la justicia; sin embargo, como se menciona a continuación, de acuerdo a una interpretación *pro homine* del texto constitucional, se puede establecer que los mismos se encuentran reconocidos mediante los artículos 44 y 203 del cuerpo normativo relacionado.

El artículo 44 de la Constitución Política de Guatemala que se titula “Derechos inherentes a la persona humana” y que se encuentra en la parte dogmática de esta, establece en su párrafo primero que: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”.

De lo anterior, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha precisado que: “...el catálogo de derechos humanos reconocidos en un texto constitucional no puede quedar agotado con este, ante el dinamismo propio de estos derechos, que propugna por su resguardo, dada la inherencia que le es incita respecto de la persona humana” (Corte de Constitucional, Expediente No. 1356-2006).

Es por ello que, al ser el libre acceso a la justicia un Derecho Humano resguardado por la Constitución Política guatemalteca, que tiene un propósito teleológico, sus modos de hacerlo cumplir para plantear pretensiones o defenderse de ellas ante tribunales imparciales, no se limitan únicamente a acudir a los estatales del Poder Judicial, sino también a métodos alternos de resolución de controversias como lo es el Arbitraje, con el fin de obtener Justicia.

De acuerdo al Doctor mexicano González de Cossío: “El derecho a acudir a los tribunales ordinarios es justamente eso: un derecho, no una obligación” (Cossío, p. 16). Por lo que puede ejercerse el Derecho al libre acceso a la justicia mediante un método alternativo, como lo es el Arbitraje, pudiendo llegar a considerarse este como un Derecho Humano que se encuentra entre los inherentes a la persona humana, no obstante que el mismo no se encuentre expresamente regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por otro lado, como se mencionó, se puede adoptar la posición de que el Arbitraje, como Derecho Humano, es reconocido por la Constitución Política de la República de Guatemala, mediante su artículo 203 que se titula “Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar” y que se encuentra en la parte orgánica de ésta, puesto que establece, en su párrafo cuarto, que: “**La función jurisdiccional se ejerce**, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia **y por los demás tribunales que la ley establezca**” (Subrayado y resaltado propio).

En el artículo relacionado, los legisladores reconocen que la administración de justicia puede ser ejercida por los demás tribunales que la normativa ordinaria vaya creando para materias específicas, como lo es para las que gozan de arbitrabilidad objetiva que puedan ser sometidas a Arbitraje. Por lo que, al ser los tribunales arbitrales reconocidos por la Ley de Arbitraje, Decreto número 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, gozan también de la función jurisdiccional para impartir justicia y, por ende, constituye su uso un Derecho Humano para obtener una tutela judicial efectiva.

Es por lo expuesto que se pueden apreciar dos posiciones para considerar en Guatemala el Arbitraje como Derecho Humano, siendo la primera que su uso constituye un derecho inherente no contemplado en la Constitución Política de manera expresa, pero que se deduce como medio para alcanzar el acceso a la justicia, y la segunda, que su reconocimiento se encuentra incorporado por referencia mediante el artículo 203 de la Carta Magna, ya que este enuncia que los demás tribunales que vaya adoptando la legislación ordinaria, pueden ejercer la función jurisdiccional⁴.

⁴ El reconocido árbitro guatemalteco, Álvaro Castellanos Howell, en su artículo titulado “Los Árbitros y el Ius Imperium. ¿Compatibles o Incompatibles?”: arriba a la conclusión de que el fundamento constitucional que debe dársele en Guatemala a los métodos alternativos de solución de conflictos, es el de un derecho humano individual o un derecho fundamental y no así, uno con base en el artículo 203 de la Constitución guatemalteca, ya que este no persigue ese fin, sino uno complementario e integrador (Castellanos, p. 17).

EL SALVADOR

Por medio de los Diputados de la Asamblea Nacional Constituyente en 1983, se da vida a la Constitución Política de la República de El Salvador, la cual se encuentra vigente en la actualidad. Dicha Carta Magna, mediante su artículo número 23, que pertenece al capítulo sobre los Derechos Individuales y su Régimen de Excepción, perteneciente al título II sobre los Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona, establece que: “Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción **o arbitramento**...” (Subrayado y resaltado propio).

El artículo citado representa un claro fundamento constitucional del reconocimiento, como Derecho Humano, del Arbitraje como medio para acceder a la justicia, ya que éste, tal y como lo señaló la Sala Constitucional de El Salvador: “...representa ventajas que permiten un conocimiento del conflicto en plazos muchos más breves” (Sala Constitucional, Sentencia No. 620-2010).

Cabe mencionar que la forma en la que se encuentra regulado el Arbitraje dentro de la Carta Magna de El Salvador es muy similar a como se encuentra contemplado en Honduras, con quienes se diferencian únicamente en que ellos hacen referencia dentro de su normativa solo a los asuntos civiles, mas no a los comerciales, como es el caso de El Salvador. Sin embargo, esto no deja de mostrar el interés de los legisladores centroamericanos de resguardar el Arbitraje dentro de sus Constituciones.

Ahora bien, este precepto constitucional relacionado es desarrollado por la normativa ordinaria, por medio del Decreto No. 914 de la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador que contiene la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. La normativa relacionada, dentro de su segundo considerando, muestra las intenciones del legislador al momento de emitirla, la cual precisa que conviene: “**fomentar dentro de la cultura jurídica** el acercamiento de los interesados en la solución de sus diferencias, por medio del diálogo y la utilización de medios alternativos, que a su vez **permitan la búsqueda de soluciones creativas y ágiles** a los asuntos tratados, con sencillez y mayor privacidad” (Subrayado y resaltado propio).

Por ello, es claro el fundamento constitucional y ordinario del Arbitraje dentro del ordenamiento jurídico del El Salvador, más por ser este reconocido por medio del artículo 23 constitucional, como un Derecho Individual para ser utilizado como mecanismo para la administración de justicia, asegurando así, su respeto y reconocimiento por el Estado.

HONDURAS

En 1957, los Diputados de la Asamblea Nacional Constituyente promulgaron su actual Constitución Política, la cual constituye la norma suprema del ordenamiento jurídico de Honduras. De acuerdo a su artículo 110, que pertenece al capítulo II relacionado a los Derechos Individuales, contenido dentro del título III sobre las Declaraciones, Derechos y Garantías, se establece que: “**Ninguna persona natural** que tenga la libre administración de sus bienes, **puede**

ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción **o arbitramento**⁵ (Subrayado y resaltado propio).

De acuerdo al artículo citado y a una interpretación constitucional, el Estado debe organizarse de tal manera que impida que alguna persona pueda ser privada de su Derecho a resolver sus asuntos civiles por medio del arbitraje, dando lugar a la ejecución de Garantías Constitucionales cuando dicho derecho se encuentre limitado o amenazado.

Conforme a los abogados hondureños Ulises Mejía y Gustavo León Gómez (Mejía Ulises y León, Gustavo, 2009, p. 446) dicho precepto constitucional se encuentra íntimamente relacionado con el artículo 304 del mismo cuerpo normativo que establece que: “...en ningún tiempo podrá crearse órganos jurisdiccionales de excepción”, ya que lo expuesto permite concluir que:

“a nivel constitucional se creó una jurisdicción arbitral distinta de la ordinaria, por lo que además de los órganos jurisdiccionales que aplican las leyes a casos concretos, juzgan y ejecutan lo juzgado, existe en virtud de estas mismas disposiciones constitucionales, otros órganos jurisdiccionales encargados de aplicar las leyes a casos concretos, como los son ahora los tribunales arbitrales”.

El desarrollo de este principio constitucional se realiza en Honduras por medio de su Ley de Mediación y Arbitraje, la cual, de acuerdo a su artículo uno, tiene por objeto: “**establecer métodos idóneos**, expeditos y confiables para resolver conflictos y fortalecer de esta manera la **seguridad jurídica y la paz**” (Subrayado y resaltado propio).

Es importante señalar que, al igual que en el caso de Costa Rica, Honduras le da la característica de **idóneo** al Arbitraje como mecanismo para la administración de justicia, lo cual manifiesta el avance en la concepción que se tiene sobre el Arbitraje dentro del ordenamiento jurídico.

El hecho que el arbitramento de controversias civiles se encuentre regulado desde la parte Dogmática de la Constitución y, más en específico, en el capítulo de los Derechos Individuales de los ciudadanos hondureños, permite demostrar esa relación *in toto* que existe entre el Arbitraje como método idóneo para la resolución de conflictos, con los Derechos Humanos, permitiendo considerar este encuadrado dentro de esta última categoría de acuerdo a la regulación que recibe dentro del sistema normativo de Honduras.

NICARAGUA

El cuerpo legal que regula el arbitraje en la República de Nicaragua es la Ley de Mediación y Arbitraje, que en su artículo tercero define sus principios y estipula: “Los principios rectores de la presente Ley son: Preeminencia de la autonomía de la voluntad de las partes, igualdad de las partes, confidencialidad, privacidad, informalidad y flexibilidad del procedimiento, celeridad, concentración, inmediación de la prueba, buena fe, principio pro arbitraje, debido proceso y derecho de defensa”.

⁵ Como se señaló en el apartado anterior, el artículo 110 de la Constitución de Honduras es muy similar al artículo 23 de la Constitución de El Salvador. Salvo por los asuntos comerciales que uno de ellos contempla que el otro no.

Resaltar los principios con los que la ley nicaragüense caracteriza al arbitraje permite encontrar un primer punto que vincula al mismo con los derechos humanos. Los principios de igualdad de las partes, debido proceso y derecho de defensa son garantías procesales que se encuentran en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos instrumentos ratificados por Nicaragua.

En un segundo punto, la Constitución nicaragüense en su artículo 160 regula que la administración de la justicia garantiza el principio de la legalidad; protege y tutela los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia. Por lo tanto, ninguna ley que pretenda resolver un conflicto, en especial la Ley de Mediación y Arbitraje, puede ignorar los derechos inherentes que tiene toda persona de un proceso con igualdad de oportunidades para las partes, ya sean particulares o personas jurídicas; donde se respete cada una de las fases del proceso; y no se vulnere ninguna de las garantías de las partes, respetando su facultad a proteger y abogar por sus derechos ante un tribunal competente.

Así, aunque el arbitraje tenga como fundamento la autonomía de la voluntad de las partes y se constituya como un método extrajudicial para resolver conflictos, no se encuentra exento de resguardar los derechos fundamentales y las garantías de cada una de las partes. Ni la Constitución nicaragüense, ni su Ley de Mediación y Arbitraje le dan calidad al arbitraje de derecho humano, pero sí reconoce que el mismo debe estar revestido de todos aquellos sin los cuales no puede alcanzar su fin último: resolver el conflicto de forma justa.

COSTA RICA

La Constitución Política de la República de Costa Rica, regulada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, constituye el actual pilar fundamental del ordenamiento jurídico costarricense. Dicho texto constitucional, mediante su artículo número 43, que pertenece al capítulo único, del título IV relacionado a los Derechos y Garantías Individuales de todos los ciudadanos, establece que: “Toda persona tiene Derecho a terminar sus diferencias patrimoniales **por medio de árbitros**, aun habiendo litigio pendiente” (Subrayado y resaltado propio).

Por medio de dicho artículo, que además pertenece a la parte dogmática de la Carta Magna, se eleva a rango de Derecho Humano de los ciudadanos de Costa Rica, el acceso a los tribunales arbitrales para poder resolver controversias permitidas por la materia objeto de *litis*. En ese sentido, la Sala Constitucional, que constituye el máximo órgano de control constitucional de Costa Rica, señala que la utilización de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos, como el arbitraje: “...como medio para dirimir este tipo de conflictos no solo es legítimo, sino tal vez una forma muy apropiada para hacerlo, prevista en el artículo 43 de la Constitución Política” (Sala Constitucional CR, Sentencia No. 01344, 1995).

El hecho que la sentencia relacionada le otorgue al arbitraje un trato de método adecuado para la resolución de controversias, demuestra el avance filosófico-práctico del arbitraje en Costa Rica, ya que este no solo es considerado como un método alternativo, sino también, uno adecuado para resolver controversias en comparación a los órganos de justicia estatales.

Además de ser visto el Arbitraje como un método adecuado, también se equipara a los órganos de justicia ordinarios, tal y como lo señala la Sala Constitucional al mencionar que: “...**el arbitraje** se asemeja a la función pública de la administración de justicia; es decir, **es muy similar a la de los jueces ordinarios**, puesto que lo que se resuelva tendrá carácter de cosa juzgada, será obligatorio para las partes y, además, no podrán éstas objetar la ejecución del contenido del laudo” (Sala Constitucional CR, Sentencia No. 02307, 1995) (Subrayado y resaltado propio).

Ahora bien, el principio constitucional del libre acceso a la justicia por medio del arbitraje se ve reflejado y desarrollado en la normativa ordinaria, como lo es, por ejemplo, mediante la ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de 1997, que en su artículo número 2 establece que: “Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, al arbitraje y a otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponibles”⁶.

Aunado a lo expuesto, el ordenamiento jurídico de Costa Rica no solo protege como Derecho Humano el libre acceso a la justicia por medio del Arbitraje, sino además garantiza que este no podrá ser limitado o restringido por normativa ordinaria, tal y como lo señaló la Sala Constitucional que puntualiza que: “...no es constitucionalmente posible que el legislador ordinario suprima el arbitraje en materia patrimonial, ni puede por ley común limitar o suprimir el derecho de las partes de resolver sus controversias mediante arbitraje...” (Sala Constitucional CR, Sentencia No. 10352, 2000). Dejando únicamente como excepción a dicha norma, aquella materia que no goce de arbitrabilidad objetiva⁷.

Es por ello que en Costa Rica el Arbitraje encuentra un anclaje constitucional que le permite poder ser analizado como un Derecho Humano para obtener el libre acceso a la justicia, asimismo, aplicársele todas las garantías constitucionales que procedan para resguardar y hacer cumplir este.

PANAMÁ

El Estado de Panamá y el Arbitraje tienen una relación estrecha, un vínculo tal que la misma Constitución Política de 1972, a través de la reforma del Acto Legislativo No. 1 del 2004, decide reconocer a la institución mediante su artículo 202 donde regula: “El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca. **La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral** conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia” (Subrayado y resaltado propio).

⁶ La ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz social de 1997, es la normativa que regula los Arbitrajes Domésticos en Costa Rica, quienes cuentan con una normativa específica para los Arbitrajes Internacionales, la cual es la ley Sobre Arbitraje Comercial Internacional Basada en la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI) de 2011.

⁷ De acuerdo al artículo 18 de ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz social, “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”.

El hecho que la República de Panamá reconozca al Arbitraje -no a los medios alternos de resolución de conflictos- como herramienta para administrar justicia, representa una ventana que se abre para considerar al Arbitraje como algo más que un medio alternativo, lo dota de la capacidad para comenzar a equipararse a un Derecho Humano a la luz del derecho de acceso a la justicia.

El Derecho de acceso a la justicia no solo es reconocido por el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se encuentra también dentro de la legislación panameña a través de los artículos 17, 32, 201 y 202 de su Carta Magna. Previamente en su jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia de Panamá se ha pronunciado al respecto reconociéndolo como un Derecho Humano (Corte Suprema de Justicia de Panamá, Expediente 649-06) y definiéndolo como: "...uno de los derechos que, junto al debido proceso y al derecho a la ejecución de la sentencia, integran la tutela judicial efectiva..." (Corte Suprema de Justicia de Panamá, 2003)⁸. Y delimita la protección que los derechos humanos otorgan, aseverando: "...el marco protector de estos derechos está destinado a proteger a los individuos y a los grupos de ciudadanos, de las acciones que puedan afectar la dignidad humana y las libertades fundamentales. Podemos señalar como características de los derechos humanos las siguientes: se basan en el respeto de la dignidad de cada persona; son universales, lo que implica que son innatos a cada persona sin discriminación; son inalienables, lo que significa que una persona o grupo de personas no puede ser privado de éstos, salvo situaciones especiales; son indivisibles e interdependientes, lo que implica que en la práctica, la violación de un derecho suele afectar otros derechos"⁹.

El arbitraje, por medio del artículo 202 de la Constitución de Panamá, se le otorgó el reconocimiento de mecanismo para la administración de justicia; por lo tanto, privar a cualquier persona de acudir al mismo por razones fuera de los límites legales, se convertiría en una violación al derecho humano de acceso a la justicia en el sentido de la interdependencia que este último tiene al arbitraje. Y es imperante la interpretación integral de la Carta Magna de la República, ya que en su título III y Capítulo I, consagra como garantía fundamental, a través del artículo 17, los derechos y garantías que consagre el mismo cuerpo legal, sin excluir otros que incidan sobre los derechos fundamentales.

El arbitraje en Panamá es un derecho humano, sin necesidad que se encuentre regulado dentro del capítulo sobre garantías fundamentales; por razón de reconocerse como un mecanismo para acceder a la justicia y cuya privación sería una violación a las facultades inherentes que la Constitución otorgó a las partes: decidir a través de qué vía resolver su conflicto.

CONSIDERACIONES FINALES

El Arbitraje como Mecanismo Adecuado de Resolución de Conflictos ha demostrado ser una herramienta que tiene un amplio vínculo con los Derechos Humanos. Como fue expuesto, dentro de los países que forman Centroamérica, sus Constituciones contienen un reconocimiento expreso a la figura del Arbitraje como mecanismo para la administración de justicia, con ello elevan este a una importancia tal, que refuerza la tesis que establece que los Derechos Humanos

⁸ Corte Suprema de Justicia de Panamá, 14 de agosto del 2003, recurso de apelación promovido dentro de una Acción de Garantías Constitucionales

⁹ Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Acción Contenciosa Administrativa, Protección de derechos humanos, expediente 432-07 de fecha 07 de marzo de 2014.

no pueden categorizarse ni son ajenos a las demás ramas del Derecho. Arbitraje y Derechos Humanos, son la muestra perfecta de la relación íntima que guarda la rama Privada y Pública del Derecho.

El debido proceso, la tutela efectiva e incluso el libre acceso a la justicia se convierten en garantías que los árbitros deben respetar. Claro, tomando en cuenta las diferencias que existen entre la justicia ordinaria en tribunales del Estado y la justicia que imparten árbitros imparciales. Luego del análisis constitucional comparado realizado, se puede apreciar que la región centroamericana cuenta con una legislación interna que es amigable con la práctica del Arbitraje Internacional, encontrando este, en la mayoría de los países, un asidero constitucional.

A pesar que únicamente en Guatemala y Nicaragua el arbitraje no encuentra de manera expresa un anclaje constitucional que le permita ser analizado como un Derecho Humano por la manera en la que se encuentra regulado, con base en una interpretación *pro homine* de los Derechos Inherentes regulados como *numerus apertus*, el Arbitraje en los países mencionados puede ser elevado a dicha categoría.

Es por ello que el Arbitraje por encontrarse regulado, en la mayoría de los casos, dentro del apartado de Derechos Individuales que se encuentra contenido dentro de la parte dogmática de las distintas normas fundamentales de los países centroamericanos, puede llegarse a considerar al Arbitraje, ya no solo como un Método Adecuado para la Resolución de Controversias, sino además como un Derecho Humano que permite la administración de justicia. Mencionado también, sin perjuicio de lo anterior, que para la postura que aboga que el Arbitraje no puede ser considerado como Derecho Humano, con el presente artículo no se puede negar la relación *in toto* que guardan ambas figuras.

BIBLIOGRAFÍA:

- Bobbio, N. (1994). Estado, Gobierno y Sociedad. México: Fondo de Cultura Económica.
- Castellanos, A. Los Árbitros y el Ius Imperium. ¿Compatibles o Incompatibles?. Guatemala: disponible en: <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/arbitros-ius-imperium.pdf> Consultado el 5 de noviembre de 2018
- González, F. El Derecho Humano Arbitral: El Derecho Fundamental a Contar con Procesos Arbitrales Libres de Interferencia Judicial. México: disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EL%20DERECHO%20HUMANO%20ARBITRAL.pdf> Consultado el 5 de noviembre de 2018.
- Mejía, U; León, G. (2009). El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial. España: Wolters Kluwer.

Normativa:

Belice:

- Constitución de Belice. (1984).

Guatemala:

- Asamblea Nacional Constituyente. (1986) Constitución Política de la República de Guatemala.
- Congreso de la República de Guatemala. (1995) Ley de Arbitraje, Decreto legislativo No. 67-95.

El Salvador:

- Asamblea Nacional Constituyente (1983) Constitución Política de la República de El Salvador.
- Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. (2002) Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, Decreto No. 914.

Honduras:

- Asamblea Nacional Constituyente. (1957) Constitución Política de Honduras.
- Congreso Nacional. (2000) Ley de Mediación y Arbitraje, Decreto 161-2000.

Nicaragua:

- Asamblea Nacional. (1986) Constitución Política de la República de Nicaragua.
- Asamblea Nacional de la República de Nicaragua (2005) Ley de Mediación y Arbitraje, Ley No. 540.

Costa Rica:

- Asamblea Nacional Constituyente (1949) Constitución Política de Costa Rica.
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2011) Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Expediente 17.593.
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1997) Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

Panamá:

- Asamblea Nacional. (1972) Constitución Política de la República de Panamá, con sus reformas de 2004.

Jurisprudencia:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2017. Párr. 141

Belice:

- Corte Suprema de Belice. Caso No. 668 de 2010. Caleb Orozco vs. the attorney general of Belize. 2016.

Guatemala:

- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Gaceta No. 82. Expediente 1356-2006. Fecha de sentencia: 11/10/2006
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Gaceta No. 1. Expediente 12-86. Fecha de sentencia: 17/09/1986.

El Salvador:

- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Número de referencia 620-2010. Fecha de sentencia: 25/06/2014.

Costa Rica:

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Expediente No. 0726-S-95- No. 1344-95. Fecha de sentencia: 10/03/1995.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Expediente No. 2510-E-94- No. 2307-95. Fecha de sentencia: 09/05/1995.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Expediente No. 99-008998-0007-CO- No. 10352-2000. Fecha de sentencia: 22/11/2000.

Panamá:

- Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Acción contenciosa administrativa, Protección de derechos humanos. Expediente 649-06. Fecha de sentencia: 27/11/2008.
- Corte Suprema de Justicia de Panamá. Recurso de apelación promovido dentro de una Acción de Garantías Constitucionales. Fecha de sentencia: 14/08/2003

Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica¹ 20 años de servicio

Salomé Vega Morera²

Resumen:

El primer Centro de Resolución Alternativa de Conflictos privado que se creó en Costa Rica, representa un hito en la historia empresarial costarricense. Es una muestra más de la cultura y el compromiso social de los comerciantes, con la visión de impulsar y facilitar la dinámica económica del país.

La historia demuestra que los esfuerzos conjuntos entre el sector público y privado generan resultados positivos y que el compromiso con el que se deben asumir los retos, es la clave para el éxito.

El CCA se mantiene constante en los esfuerzos para promover y desarrollar los métodos de resolución alternativa de controversias, no obstante, esta labor debe ser compartida con el Estado en la elaboración de política pública; en la puesta en marcha de los planes de gobierno; y en la realización de proyectos público-privados.

El sector académico es también un actor clave en la materia, y tiene importantes retos por atender en la preparación integral de los profesionales en derecho.

Por otro lado, el uso de las tecnologías de la información y comunicación, y la modernización de los procedimientos y la normativa aplicable en los procesos de resolución alternativa de conflictos, es una necesidad impostergable para expandir y facilitar el acceso a los métodos de resolución alternativa de controversias. El CCA ha reconocido esta necesidad y ha puesto en marcha proyectos importantes para mantenerse a la vanguardia en el campo.

Los 20 años del CCA son tan sólo el inicio de un largo camino. Los métodos RAC son lo más natural a la civilización, por lo que dejarán algún día de considerarse “alternativos” para convertirse en tradicionales e inherentes a la sociedad.

Palabras Clave:

CCA; Cámara de Comercio; métodos RAC; plataforma en línea; vanguardia

¹ **Información de contacto del CCA: Sitio Web:** www.camara-comercio.com/ **Teléfonos:** (506) 4052-4400 ext. 1080, 1081/ **E-mail:** directoracca@camara-comercio.com, asistentecca@camara-comercio.com

² Salomé Vega Morera es costarricense, abogada por la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología - ULACIT, egresada de la maestría en derecho del trabajo y seguridad social por la Universidad Estatal a Distancia - UNED. Ha sido Asesora de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Actualmente asume el cargo de Directora Ejecutiva del Centro de Conciliación y Arbitraje de dicha Cámara. Ha asesorado a gremios empresariales y cuenta con experiencia en temas de desarrollo social y desempeño en cargos jurídicos en empresas a nivel regional.

Summary:

The first private Alternate Dispute Resolution Center that was created in Costa Rica, represents a milestone in Costa Rican corporate history. It is another prime example of the culture and social commitment of the merchants, with the vision of promoting and enabling the country's economic dynamics.

History shows that joint efforts between the public and private sectors, generate positive results and that the commitment with which challenges must be faced, is the key to success.

The CCA (Conciliation and Arbitration Center of the Chamber of Commerce of Costa Rica) it has remained steady in its efforts to promote and develop alternative dispute resolution methods, however, this endeavor must be shared with the Government in the making of public policy; in the execution of government plans; and in carrying out public-private projects.

The academic sector is also a key player in this matter, and has important challenges to address in the thorough preparation of professionals in Law

On the other hand, the use of information and communication technologies, and the modernization of procedures and regulations applicable to alternative dispute resolution processes, is an urgent need to broaden and simplify access to alternative dispute resolution methods. The CCA has acknowledged this need and has started important projects to stay ahead in the field.

Keywords:

CCA; Chamber of Commerce; ADR methods; online platform; forefront

I. La historia que nos une:

El nacimiento del primer centro privado de resolución alterna de conflictos en Costa Rica tuvo lugar durante la década de los años noventa.

Ya desde los 70's corrían aires de búsqueda en torno al mejoramiento de la justicia y la promoción de la paz social en Costa Rica. Este sentimiento fue cobrando fuerza, tanto en nuestro país, como en los hermanos países de la región centroamericana.

Como resultado, en los años siguientes, los sistemas judiciales iniciaron procesos de modernización.

En nuestro país se creó el Programa de Resolución Alterna de Conflictos ("Programa RAC") de la Corte Suprema de Justicia ("CSJ"). Estaba integrado por varios componentes o ejes de acción y fue posible gracias al convenio de cooperación entre la Corte Suprema de Justicia ("CSJ"), la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional ("USAID") y el Servicio Informático y Cultural de la Embajada de los Estados Unidos de América, en el año 1993.

A pesar del gran desconocimiento generalizado que se tenía sobre la materia, los empresarios agremiados a la Cámara de Comercio de Costa Rica (“CCCR”) confiaban en la importancia de los métodos de resolución alterna de conflictos (“RAC”), así como en las ventajas que traerían al país la implementación y profesionalización de dichos mecanismos.

Uno de los pilares importantes del “Programa RAC” de la Corte Suprema de Justicia consistía en crear un “Centro RAC”, especializado en materia comercial. Los comerciantes de la época realizaron esfuerzos conjuntos con la Corte Suprema de Justicia para apoyar esta importante iniciativa.

Así ve la luz uno de sus principales logros: el **Primer Centro RAC privado** que tendría su sede en la Cámara de Comercio de Costa Rica, mediante el convenio de cooperación suscrito en 1995 entre la Cámara y el Programa RAC de la Corte Suprema de Justicia.

El Centro de Conciliación y Arbitraje (“CCA”) de la Cámara de Comercio de Costa Rica inició como un “proyecto piloto”, con el objetivo de prestar servicios de mediación, conciliación y arbitraje, especialmente en materia mercantil, así como servir de mediador, conciliador o árbitro en conflictos internacionales de naturaleza comercial.

Con la participación de asesores y expertos internacionales que apoyaron al país en esta gran tarea, el CCA desarrolló una intensa labor de capacitación y formación de los profesionales en derecho, a fin de preparar neutrals especializados y elaborar la normativa propia de una entidad de esta naturaleza.

Al cumplirse el plazo de ejecución (1996), la Cámara de Comercio de Costa Rica avanzó hacia la siguiente etapa de este proceso, enfocada en **convertir el “proyecto piloto” en un Centro RAC permanente y consolidado en el tiempo.**

Con el invaluable apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (“BID”), el cual respondió a las necesidades de asistencia técnica solicitadas por la Cámara de Comercio de Costa Rica, se construyeron las instalaciones donde hoy se ubica el Centro de Conciliación y Arbitraje. De esta manera, fue posible continuar con la formación de profesionales en esta área, se elaboraron los reglamentos y la normativa interna del Centro y se generó la estructura de continuidad necesaria.

Para el mes de diciembre de 1997, entró en vigencia la Ley No. 7727 “*Ley Sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social*”, la cual fue reglamentada el siguiente año. Con la promulgación de la Ley No. 7727 y su Reglamento, se establecieron los requisitos necesarios para que un Centro administre institucionalmente métodos “RAC”.

Estaban dadas las condiciones para que el **26 de octubre de 1998** el Ministerio de Justicia y Paz por medio de su jerarca, la señora Mónica Nágel, otorgara la autorización para prestar servicio al primer Centro “RAC” privado creado en Costa Rica: el Centro de Conciliación y Arbitraje (“CCA”).

Esta autorización sentó las bases de la historia que hoy transitamos. El Centro de Conciliación y Arbitraje abrió camino y brindó credibilidad y confianza en los métodos “RAC”, tanto en la comunidad empresarial como en la ciudadanía en general.

Gracias a la labor ética y profesional de este Centro, surgió el ambiente propicio para alcanzar sus objetivos más preciados: la promoción y el desarrollo de los mecanismos de solución alterna de controversias. También generó en nuestra sociedad la confianza necesaria para el surgimiento de otros Centros “RAC”, de importante trayectoria en nuestro país.

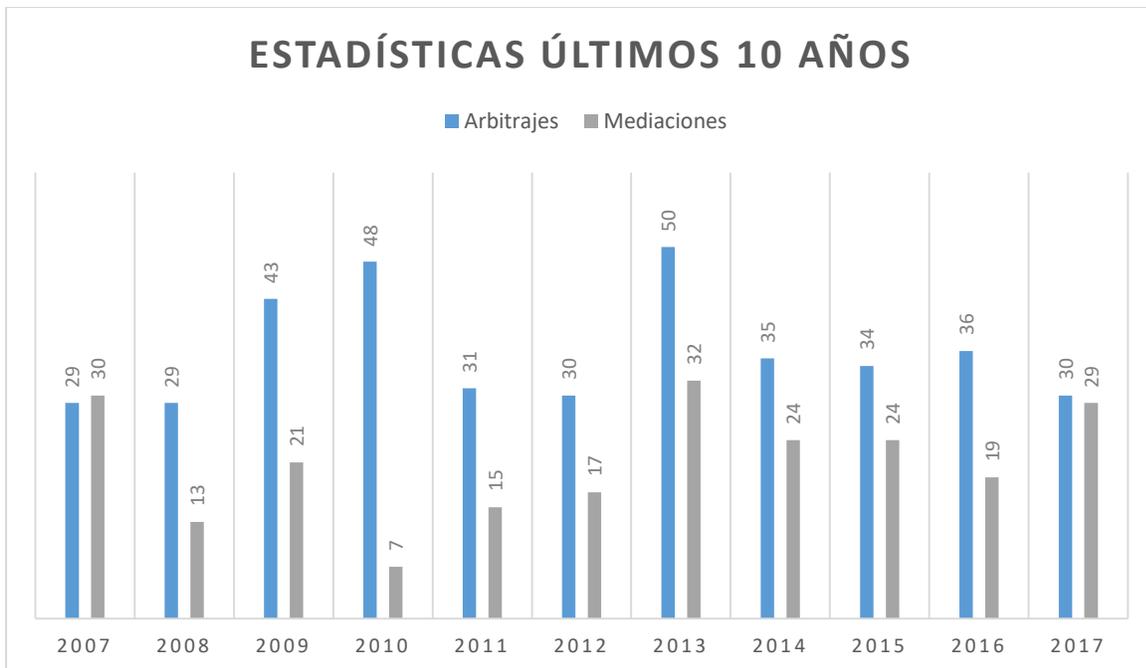
Sin duda alguna, el Centro de Conciliación y Arbitraje es un actor trascendental en la generación y defensa de la cultura pacífica de la sociedad costarricense.

Esta historia cobra vida y se renueva constantemente gracias a todos los actores claves que participaron en la consolidación de tan importante Centro. Gracias a esos empresarios comerciantes con su visión vanguardista que, junto a un inmenso grupo de instituciones públicas y privadas, transformaron una aspiración en una exitosa obra que cambia positivamente al individuo, la comunidad y el mundo.

II. Datos estadísticos:

Con 20 años de trayectoria, el CCA se ha especializado en procesos de arbitraje y mediación, con mayor incidencia en materia comercial; sin embargo, también se ha llevado a cabo una cantidad importante de procesos arbitrales en áreas como: proyectos inmobiliarios, turismo, servicios, Bancos, entre otros.

A continuación datos de interés de los últimos 10 años:



III. Retos a corto plazo:

Las estadísticas reflejan que aún hay una gran tarea en promoción de los métodos de resolución alterna de conflictos en Costa Rica, después de 20 años de entrada en vigencia de la Ley que regula esta materia.

Considerando el aporte social que entrañan los métodos alternativos de solución de controversias y la contribución al Estado en la reducción de procesos judiciales -que generan un costo importante a las finanzas públicas- deberían estos métodos ser más aprovechados por los ciudadanos.

La promoción de los métodos RAC no debe recaer únicamente en los Centros privados o en las Cámaras empresariales, como lo ha sido. Deben existir políticas de gobierno tendientes a fortalecer la cultura de resolución alterna de conflictos, sacando siempre provecho del diálogo, la negociación y la paz social.

La generación de política pública en esta materia no debe interpretarse con ligereza, se requiere de convicción real en los beneficios para la sociedad. Tampoco se trata de considerarlo únicamente como un negocio privado, pues en la actualidad es una verdadera necesidad que demanda la dinámica social y económica cada día más globalizada.

Por otra parte, debe existir un compromiso por parte de las entidades de educación superior costarricenses, que garantice la formación integral de los profesionales en derecho, los cuales por décadas hemos extrañado una verdadera preparación profesional en la materia.

Es necesario no postergar más en Costa Rica, la incorporación obligatoria en los programas de estudio de las universidades que imparten la carrera de derecho, de cursos formales y completos sobre métodos de resolución alterna de conflictos, para que los futuros profesionales se desenvuelvan con mejores herramientas y puedan satisfacer las necesidades de sus clientes, quienes se encuentran inmersos en una realidad de mercado que impone a los abogados que les representan una mejor preparación en el campo.

IV. Un Centro RAC para el futuro:

El CCA realiza esfuerzos permanentes y constantes en la materia. Ha impartido diversa cantidad de cursos, seminarios y convenciones, con la finalidad no sólo de promover los métodos RAC en la comunidad empresarial y la ciudadanía en general, sino también con el objetivo de generar sana discusión sobre los diferentes métodos RAC y prácticas actuales.

Con el fin de prepararse para el futuro, el CCA ha estado en constante revisión de sus reglamentos. Recientemente en el 2018, se aprobó una reforma integral al reglamento de arbitraje nacional con el objetivo de actualizar las prácticas arbitrales y hacerlas congruentes con las mejores experiencias a nivel internacional.

El CCA también se encuentra autorizado para realizar arbitrajes internacionales, con tarifas muy competitivas, para lo cual cuenta con una Reglamento específico inspirado en la normativa internacional.

Como proyecto a corto plazo, se tendrá la posibilidad de realizar arbitrajes abreviados para procesos de cuantías menores.

Las mediaciones por su parte, siguen siendo aprovechadas por los usuarios por su gran efectividad, bajo costo económico y por la prontitud con que se llevan a cabo. Este fue el método que abrió la puerta a los otros métodos RAC que se han explorado y profesionalizado en nuestro país, de hecho según las estadísticas de la Dirección Nacional de Resolución Alterna de Conflictos³, es el método RAC que más se utiliza en Costa Rica.

V. Plataforma de expediente electrónico del CCA:

En julio de 2018, el CCA dio un gran paso a la modernización con la puesta en marcha de una **“plataforma de expediente electrónico”** para los procesos de arbitraje. Con esta herramienta, ya no es necesario el uso del papel ni la existencia de expedientes en modalidad física. El proceso se tramita totalmente en formato electrónico, con acceso por medio de Internet desde cualquier parte del mundo, las 24 horas durante los 365 días del año, y lo mejor de todo, sin costo adicional para los usuarios.

Al mes de noviembre, se llevan 20 arbitrajes en modalidad electrónica por medio de dicha plataforma, lo que pone a este Centro a la vanguardia tecnológica en los arbitrajes de la Región Centroamericana y del Caribe.

Este importante proyecto se puede describir resumidamente de la siguiente manera:

1. Información:

Se informa anticipadamente y de manera continua a los usuarios sobre la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en el arbitraje por medio de:

- a. Página web;
- b. Reglamento de arbitraje;
- c. En la plataforma de expediente electrónico;
- d. Redes sociales y otros medios de difusión.

2. Se diseñó la plataforma con “tecnología neutra”:

- a. Sistema intuitivo accesible a todos los usuarios por medio de Internet;
- b. Desde cualquier dispositivo (teléfono, computadora) y sistema operativo;
- c. Utilización de firma electrónica;
- d. Cuenta con lineamientos de uso de la plataforma;
- e. Cuenta con manual de usuario.

3. Acceso permanente a la prueba:

- a. Las partes y el Tribunal tienen acceso permanente a la prueba por medio del sistema;
- b. Las partes tienen acceso permanente a todas las gestiones de parte y a las resoluciones del Tribunal Arbitral;

³ <http://www.mjp.go.cr/viceministeriopaz/DepenDinarac?nom=centros>

- c. Las audiencias se pueden llevar a cabo con apoyo de medios tecnológicos (por ejemplo videoconferencias).

4. Sistema genera reportes en tiempo real:

- a. Notificaciones;
- b. Comprobante de presentaciones de escritos;
- c. Alertas y recordatorios;
- d. Bitácora (respaldo y reporte de las actuaciones de cada usuario en el uso de la plataforma con fechas y horas);
- e. Permite descargar archivos y almacenarlos de manera ordenada.

5. Celebración de audiencias:

- a. Presenciales;
- b. Videoconferencia;
- c. Drones: Reconocimientos e inspecciones. Como complemento o auxiliar de la labor del Tribunal.

Se dan pasos importantes hacia el desarrollo de los métodos de resolución alterna de conflictos en Costa Rica. El CCA ha sido un actor clave en esta labor durante sus 20 años de trayectoria, pero la tarea tan sólo comienza, el compromiso con la promoción y desarrollo de los métodos de resolución alterna de controversias es una constante en los objetivos de nuestra organización.

Aún quedan muchos proyectos por emprender con el afán de continuar ofreciendo servicios de calidad y satisfactorios para toda la comunidad en general, la mayoría de los cuales se deben abordar en sinergia con el apoyo de otras organizaciones, el Estado, la comunidad jurídica, la academia y los ciudadanos.

Llevar el arbitraje a todos los rincones del país; continuar con la labor formativa de los profesionales, particularmente en litigio arbitral; formar profesionales con capacidades integrales en materia de mediación; ofrecer alternativas para arbitrajes de consumo y cuantías bajas; hacer un buen aprovechamiento de las herramientas que ofrece la tecnología para facilitar los procesos y reducir costos; y promover al país como sede de arbitrajes internacionales, son tan sólo algunos de los objetivos estratégicos del CCA con miras al futuro.

CIBERNOTARIO Y CIBERARBITRAJE, ¿MITO O REALIDAD?

Yelena Piedra Matsenko¹

Resumen:

El desarrollo tecnológico del siglo XXI ha transformado la manera de ejercer la profesión. Mensajes de texto, correos electrónicos, videoconferencias apoyadas en la web y redes sociales son algunos de los resultados. Inclusive sucede en el área del notariado y/o arbitraje que son conocidos por su enfoque conservador en razón al ejercicio de la profesión legal, la cual la tecnología ha conmocionado. Vivimos en un mundo prácticamente digitalizado, computarizado y conectado. Y, ¿en el notariado y arbitraje como impactará esto? Es imperioso para entender la realidad que nos envuelve, dominar nuevos términos que fusionan puntos legales, tecnológicos y económicos, tales como *start-up*, economía colaborativa, *blockchain*, etc. La actuación protagónica del notario en el arbitraje surge en dos momentos diferentes. Primero, mediante su gestión cautelar de asesoramiento y labor de control de la legalidad. Segundo, en la prevención de controversias. Hablemos de un futuro, pero, de un futuro más próximo de lo que se pudiera creer.

Palabras clave:

Notariado; Arbitraje; Blockchain; Protocolo digital; Siglo XXI.

Abstract:

The technological development of the 21st century has transformed the way we exercising our profession. Text messages, emails, videoconferences supported on the web and social networks are some of the results. Even in the areas of notary and/or arbitration, that are known for their conservative approach to the exercise of the legal profession, a profession that technology has challenged. We live in a virtually digitized, computerized and connected world. So, in the notary and arbitration areas how will it impact? It's imperative to understand the reality that surrounds us, to master new terms that merge legal, technological and economic points, such as *start-up*, collaborative economy, *blockchain*, etc. The role of the notary in the arbitration emerges in two different moments. First, through its prudential management of advice and control of legality. Second, in the prevention of controversies. Let us speak of a future, but, of a future closer than you might believe.

Keywords:

Notary; Arbitration; Blockchain; Digital notary protocol; 21st century.

¹ Yelena Piedra Matsenko. Abogada y Notaria. Bufete Studio Jurídico. Costa Rica.

I. INTRODUCCIÓN

“¿*La escritura o la vida?*”, la pregunta que nos pasa por la mente a todos los que estamos día con día imprimiendo escrituras públicas. Con la mayor cautela, de los vueltos de la página, de los márgenes, de la tinta... en fin, que el resultado final de la impresión sea la correcta.

Por bastante tiempo el ejercicio de la función pública notarial se pensó como una actividad de escritorio, completada por papeles y sellos, raramente usando equipos tecnológicos. Actualmente, la tecnología es una de las herramientas importantes del trabajo, y la función notarial no queda exenta. El notario hace uso de dispositivos tecnológicos que le permiten desenvolver su labor de una manera expedita, como por ejemplo el uso de computadoras, tablets, programas informáticos, impresoras, correo electrónico, etc. Ejerce su función bajo los límites que contiene la legislación notarial, garantizando la seguridad jurídica como uno de los fines del Estado. El notario debe estar de cara al contexto de este siglo, siendo parte del progreso, con nuevas soluciones a los escenarios jurídicos que la sociedad le presenta.

El protagonismo del notario en el arbitraje surge en dos instantes diferentes. Primero, mediante su gestión cautelar de asesoramiento y labor de control de la legalidad. Segundo, en la prevención de controversias.

El nuevo arbitraje renace como una figura restaurada del Derecho Romano, de una figura que en permaneció en estado inactivo durante siglos, así quitándose la trabazón de la justicia tradicional conformada por gestiones engorrosas y formalistas. Así, el arbitraje se ha distinguido por ser un proceso expedito y efectivo que ha ido progresando. Vivimos en un mundo prácticamente digitalizado, computarizado y conectado. Y, ¿en el notariado y arbitraje como impacta esto?

II. CONTEXTO

Desde el principio de la civilización, el hombre continuamente escrutó el modo de proporcionar carácter formal a las disímiles contrataciones, amparándose de pruebas como la testimonial para asegurar sus negociaciones; a partir de allí, se desarrollaron los medios probatorios hasta alcanzar a la prueba escrita.

La particularidad primordial de la función notarial, desde su comienzo hasta la actualidad, es la de solemnizar y dar fe de los derechos y obligaciones de los comparecientes o contratantes. El notario, en su conducta honesta y categórica, busca impedir vacilaciones y disputas. Es encargado de la prudencia y cautela entre los intereses del Estado y de los individuos. El notario posee una labor provisoria, neutral, de protección de todos, sin diferencia o favoritismo.

La labor de la función notarial no solamente se demarca a una acción formal y rigurosa, ajustada a ejercer detrás de un escritorio atestado de libros y códigos; el notario debe estar de cara al contexto de este siglo, no puede aferrarse al pasado, sino salvaguardar el futuro con novedosas soluciones a las dificultades que la vida cotidiana demuestra. Entre toda la comunidad jurídica, el notario es quien tiene mayor responsabilidad de responder a la celeridad de la historia de la sociedad tecnológica. La tecnología no debe ser un sucesor de la persona, ni un opuesto de su libertad ni de sus derechos fundamentales.

Empero a lo anterior, no se trata exclusivamente de un esfuerzo separado de cada notario, sino que además se requiere desarrollo legislativo y tecnológico. De modo tal que alcance a ejercer su función y garantizar la seguridad jurídica en las relaciones contractuales que día a día afronta y debe autorizar. Lo trascendental es que la seguridad jurídica en la transmisión de bienes y servicios, no se vea perjudicada por los adelantos tecnológicos que son integrados en la labor notarial.

El Dr. Herman Mora Vargas, experto en Derecho Notarial, coreactor del Código Notarial costarricense, Presidente de la Academia Costarricense de Derecho Notarial y Miembro de la Academia Notarial Americana y profesor universitario en varias Universidades de América Latina exteriorizó, como participante activo de la reforma integral, de la Ley No. 7764 de 22 de mayo de 1998, el Código Notarial, lo siguiente:

*“Si bien es cierto que la promulgación del Código esculpió una “nueva cultura notarial”, lo que significa que estamos frente a una nueva forma de hacer las cosas, una nueva manera de percibir el quehacer notarial y la figura del notario, no ha sido una respuesta suficientemente amplia y eficaz para contener la gran cantidad de problemas que el Notariado ha provocado, en especial la delincuencia”.*²

En reparo a lo anterior, es posible instaurar la inclusión tecnológica a la labor notarial, lo que supone una ventaja figurada o transcrita en ganancia de tiempo, espacio y dinero, según como lo planteo el Doctor Herman Mora en la aludida reforma integral. El *protocolo electrónico* es el acumulado de documentos, instrumentos y archivos electrónicos en que constan los hechos y actos autorizados por el notario por ese medio. El Estado, como máximo exponente del poder público y primer regulador de las relaciones en sociedad, debe crear las disposiciones legales necesarias. El Estado ha concedido al notario el poder de dar fe pública, así como la facultad de recibir, interpretar, redactar, dar forma, *fecha cierta* legal y certeza jurídica a la voluntad de las personas que ante él asisten para hacer constar u otorgar ciertas declaraciones, hechos o actos jurídicos.

¿El *blockchain* enterrará el oficio del notario y del árbitro? Si bien consideran muchos, que se trata de géneros distintos, la fe pública, el arbitraje y el *blockchain* comparten una necesidad de certeza, seguridad y firmeza. El *blockchain* acomete conceder certitud y seguridad al traspaso de información. Por tanto, desde la perspectiva legal, sería más adecuado hablar de “*registrar*” en el *blockchain*. Las características que ofrece el *blockchain*, son tales como la integridad del documento y/o su *fecha cierta*. Como árbitros y/o notarios una de las inquietudes que se puede poseer en el momento de utilizar el *blockchain* es acerca del valor legal probatorio en caso de una controversia arbitral. El valor probatorio en materia de *blockchain*, por su naturaleza y estructura y con la robustez que procede de su seguridad y publicidad, apuntaría fácilmente como indisputable, como lo es, el documento escrito. Fundado en el papel, ha poseído tanta recepción por nuestros sistemas jurídicos por manifestar la voluntad; por ejemplo, el tiquete del cine, el boleto aéreo, la escritura pública y su testimonio, etc. A los fines probatorios, puede importar como medio de acreditación.

² Pág.3. Expediente 20.079. Reforma Integral a la Ley No. 7764 de 22 de mayo de 1998. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

Amparo que haya una norma jurídica que ubique expresamente, no puede pensarse al *blockchain* como un registro oficial, dándole iguales efectos jurídicos que posee el Registro Nacional. El notario no adjunta documentos, sino que los crea. El *blockchain* no es de carácter público ni privado sino un mero soporte basado en un software. Si cualquiera intenta alterar la información que tiene uno de los bloques del blockchain, debe turbar todas las computadoras de manera sincrónica y alterar el historial de red porque cada nuevo bloque se basa en el antepuesto, estableciendo así, una red transparente e inalterable. El notario es un profesional del Derecho que brinda una labor compleja y el blockchain no es más que un medio técnico, como también lo es la tarjeta madre, la firma electrónica, etc.

Ante una nueva tendencia disruptiva de la tecnología, se puede decir que el arbitraje y la tecnología comparten una relación compatible. Por un lado, las nuevas tecnologías pueden mejorar la eficiencia, reducir los costos y promover la “democratización” del arbitraje en nuevos segmentos del mercado. El arbitraje provee simplicidad, flexibilidad y especialización para las controversias con nuevas tecnologías.

Hablar de medios alternativos es hablar de mecanismos distintos a los establecidos en el sistema de administración de justicia estatal, que buscan como fin resolver conflictos sociales pero de manera más directa entre las partes que los han generado.

Estos medios alternativos, en gran parte se ha ido acentuando por la necesidad del ser humano de resolver de manera más inmediata y expedita sus problemas, buscando soluciones entre las partes que benefician en lugar de someterse a litigios que a veces nunca finalizan ni llevan a nada.

A medida que la tecnología evoluciona, está claro que el arbitraje tendrá un papel fundamental. Como notarios y/o árbitros, necesitamos familiarizarnos con esta nueva tecnología: comprender el proceso, los beneficios y las posibles dificultades, perfeccionar nuestras habilidades y nuestra capacidad para adaptarnos a los cambios continuos y prepararnos para convertirnos en parte integral de esta nueva y desafiante frontera.

La consideración del soporte material del “*protocolo digital*” cobra aquí una especial relevancia, pues seguirá siendo una obligación del notario el conservar los documentos matrices originales, el avalar su probidad.

Ahora, los Centros de Arbitraje son más digitalizados, y en pocos años en la práctica jurídica cotidiana, vamos a ver y utilizar en nuestro trabajo, estos avances que van surgiendo y que ahora pueden parecer futuristas, producto del mundo digital en el que estamos.

III. CONCLUSIONES

En la actualidad la participación de los medios alternativos de resolución de conflictos se hace más presente en los sistemas de justicia de los países, porque existe la necesidad del hombre de resolver sus propios conflictos.

El camino a seguir en el futuro deberá centrarse en cómo deben aplicarse estas nuevas e invaluable herramientas a la práctica de la función notarial, para obtener resultados fructíferos en términos de eficacia, de celeridad, en una agilización y acortamiento de los tiempos y las distancias, en la despapelización y el reemplazo del soporte documental. En definitiva, para brindar un servicio de excelencia a la sociedad, mediante el aprovechamiento, serio y consciente, de estas nuevas herramientas tecnológicas que la informática nos brinda. Así, yendo de la mano con el arbitraje en una era digital.

Los documentos físicos, aún con los mejores sistemas de seguridad, pueden ser falsificados; pero los documentos electrónicos son difícilmente falsificables. La firma de los notarios, como la de cualquier persona, puede variar con el tiempo, por la edad o bien por algún impedimento físico. A lo largo de los años puede variarse poco a poco, y al paso de una década tiene diferencias notables. La firma electrónica no varía en absoluto. Por tanto, los documentos firmados electrónicamente pueden ser más seguros. Lo mismo puede aplicar para los comparecientes a las operaciones notariales, cuya firma autógrafa puede variar, pero la electrónica avanzada no. El que un documento sea cuestionado y que se hagan peritajes puede evitarse haciendo uso de la firma electrónica avanzada.

Además, por ejemplo, si a un notario, o bien, a un Juzgado, le llega un poder de un notario, aún con sello y firma de un notario, algunos podrían dudar del documento. Los funcionarios más meticulosos bien tomarían las previsiones necesarias para lograr un mayor grado de certeza sobre la veracidad del documento. Pero, si dicho documento fuera electrónico y resultara verificable con la firma electrónica del notario o del funcionario judicial que lo toma y con el medio informático que se ofrezca al público para tal objetivo, ¿qué duda puede haber?

En materia de Derecho Mercantil Societario se está inclinando de manera gradual al amparo del arbitraje, como vía de resolución de conflictos. Por otro lado, la labor notarial muestra paralelismo con el arbitraje testamentario. Entre las diversas facultades que tiene el notario costarricense, se halla la transmisión de sucesiones; es decir, es el garante de que se cometa la voluntad de las personas que confirieron un testamento.

Desde la publicación del Código Notarial, los operantes del Derecho costarricense no se han mirado palpables a una innovación tecnológica tan destacada como lo es la firma digital. No obstante, ha habido reformas y ampliaciones al Código Notarial, pero de ningún modo hay en el país reforma vigente que transforme el actuar notarial de forma fundamental, donde el notario tenga que interactuar en un contexto digital y tecnológico moderno.

Apartarse del célebre papel, que en diversas ocasiones se nos termina este recurso y que nos proporciona aprieto en tiempo y dinero, como también las impresiones que son de tinta o laser. Demora en firmas y autorizaciones, son diversas situaciones que con la utilización de la tecnología en el ámbito notarial y/o arbitral desvanecerían. Asimismo, sería útil la custodia de la información en bases electrónicas.

Sabemos además que los artefactos tecnológicos, por estupendos que sean, no reemplazan ni el criterio jurídico, el juicio, prudencia, sensatez y acierto del hombre; la labor del notario de

ningún modo será suplantada por la tecnología, sino, lo opuesto, será fomentado y desarrollado a su excelencia.

Hablemos de un futuro, pero, de un futuro más próximo de lo que se pudiera creer.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2016). *Expediente 20.0079-Reforma Integral a la Ley No. 7764 de 22 de mayo de 1998*. Consultado el 26 de setiembre del 2018 en: https://www.masterlex.com/descargas/PuntoJuridico/2016/Agosto/Proyecto-20079_Codigo_Notarial.pdf
- Born, A. (2017). *¿Sobrevivirán los notarios al desarrollo del “blockchain”?*. Consultado el 24 de setiembre del 2018 en: <http://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2017/11/21/5a1478b2ca474198058b4653.html>
- Bryanov, K. (2018). *Arbitraje en un Blockchain Gobernado: crisis en resolución de disputas en EOS*. Consultado el 25 de setiembre del 2018 en: <https://es.cointelegraph.com/news/arbitration-on-a-governed-blockchain-eos-crisis-of-dispute-resolution>
- Calderón, R. (2016). *Los nuevos retos de la función notarial costarricense: El notario digital*. Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho.
- CIAR GLOBAL. (2018). *Aplicación del Arbitraje a los Contratos Inteligentes o “Smart Contracts”*. Consultado el 24 de setiembre del 2018 en: <http://ciarglobal.com/aplicacion-del-arbitraje-a-los-contratos-inteligentes-o-smart-contracts/>
- Chámul, F. De Paz, C. Hernández, V. Palacios, E. (2011). *El ejercicio notarial frente a los avances tecnológicos, tales como la firma digital y la seguridad jurídica en el tráfico de bienes y servicios*. El Salvador: Universidad de El Salvador, XIII Proceso de Graduación para Optar al Grado de Licenciado (a) en Ciencias Jurídicas.
- Falbo, S. (s.f). *Protocolo digital. Nuevas tecnologías y función notarial. (Otorgamiento del documento notarial digital, y circulación electrónica del documento notarial)*. Consultado el 25 de setiembre del 2018 en: http://www.cfna.org.ar/biblioteca_virtual/doc/PROTOCOLO%20DIGITAL.%20NUEVA%20TECNOLOGIAS%20Y%20FUNCION%20NOTARIAL.pdf
- Ibáñez, J. (s.f). *¿Blockchain el nuevo notario?*. Everis, an NTT Data Company. Consultado el 26 de setiembre del 2018 en: https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/14564/Blockchain_el_nuevo_notario.pdf?sequence=1
- Jones Day. (2018). *Arbitraje y litigios transnacionales en las nuevas tecnologías: Blockchain y Criptomoneda*. Consultado el 24 de setiembre del 2018 en: <https://www.jonesday.com/es/arbitraje-y-litigios-transnacionales-en-las-nuevas-tecnologias-06-13-2018/>

- Kelleher, L. (2018). *El arbitraje jugará un papel crítico en la tecnología Blockchain*. Consultado el 25 de setiembre del 2018 en: <https://coinnewstelegraph.com/es/arbitration-will-play-a-critical-role-in-blockchain-technology/>
- Ley, A. (2018). *¿El ascenso de Blockchain Arbitraje?*. Consultado el 25 de septiembre del 2018 en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/rise-blockchain-arbitration/>

Normativa:

- Ley No. 7727, sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.
- Ley No. 8454, Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos.
- Resolución No. 085-2015-VI de las 15:00 hrs del 22 de mayo del 2015, del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta del II Circuito Judicial de San José.

Consulte las bases para publicar en
www.cyacr.com

