

# Y

# Young Arbitration Magazine

AN ACADEMY MAGAZINE

JUNIO 2018 | V EDICIÓN | COSTA RICAN YOUNG ARBITRATORS



# TABLA DE CONTENIDOS

## CONSEJO EDITORIAL

### Sophia Villalta Chong

- Presidenta 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

### Daniel Rivera Melara

- Vicepresidente de la Junta Directiva de Honduran Young Arbitrators
- Asistente legal en Luz y Fuerza de San Lorenzo, S.A.
- Pasante en maestría de Derecho Empresarial en Universidad tecnológica centroamericana (UNITEC)

## Presentación

Adrián Rivera 1

**“Lo que callan los peritos”:  
Comentarios acerca de su  
papel en los arbitrajes de  
construcción**

Leandro García 3

**Oferta sellada: El nuevo actor  
de América Latina**

Emiliano Cernaz 13

**La urgente descentralización  
de la buena praxis del  
arbitraje en Perú ¿Cómo  
solucionar la mala praxis de  
los árbitros en el país?**

Alejandra Tamayo 18

**La buena diligencia del  
nombramiento de un árbitro**

Reynaldo Herrera 29

**El acceso a la justicia arbitral**

Roberto Yglesias 35

**La conciliación y el arbitraje  
institucional ¿Qué proceso  
extrajudicial brinda a  
las personas, mayores  
garantías de eficiencia en la  
solución de los conflictos?**

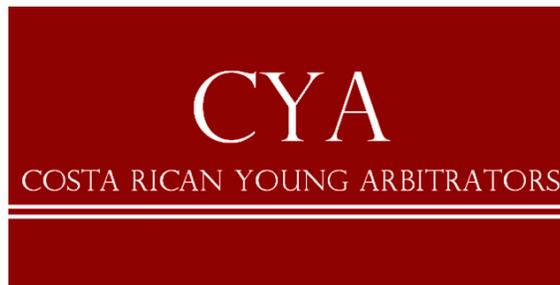
Roberto Williams 48

**15 Años de Trayectoria en la  
Prestación de Servicios de los  
Métodos Alternos de Solución  
de Conflictos (MASC)**

Paola Díaz 57

**¿Arbitraje, mecanismo viable  
para la recaudación tributaria  
en Costa Rica?**

Yelena Piedra 61



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

La creciente popularidad del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos ha generado la reevaluación de los alcances que pueda tener la práctica del arbitraje a nivel doméstico e internacional. Con ello se propician nuevas discusiones que impulsan el desarrollo y la difusión de un mecanismo extrajudicial de solución de disputas que ha probado ser muy efectivo.

Costa Rican Young Arbitrators presenta la V Edición de Young Arbitrators 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 ocho artículos que permitirán adentrarse en el panorama del arbitraje a nivel internacional, reconsiderar los alcances y limitaciones de este medio de solución de controversias y evaluar técnicas de la práctica profesional que cada vez se vuelven más relevantes.

Los peritos en arbitrajes de construcción tienen una gran relevancia para el correcto desarrollo y resolución del conflicto que se conoce en estos arbitrajes. Leandro García, autor peruano, ilustra el proceso de elaboración y presentación del informe pericial como una pieza fundamental para sustentar las pretensiones de las partes, especialmente en los arbitrajes de construcción.

Con la reciente incorporación del instituto de la oferta sellada a los arbitrajes de la

Cámara de Comercio Internacional, el argentino Emiliano Cernaz ofrece un artículo donde entra en el análisis de los orígenes y la aplicación de este mecanismo a nivel internacional. Aunado a esto, impulsa la aplicación de esta figura en los centros de arbitraje latinoamericanos, pero no sin antes ofrecer algunas ideas prácticas para que las partes garanticen el éxito en la aplicación de la oferta sellada a su controversia.

Al plantearse *¿cómo solucionar la mala praxis de los árbitros en el país?*, Alejandra Tamayo, autora peruana, ofrece un adentramiento práctico a las consideraciones sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros en Perú. En su análisis, expone como en virtud de las intenciones de estandarización de la transparencia de los árbitros por parte del Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado, se han ignorado otras problemáticas –como la calidad de los árbitros–, que con los mecanismos y exigencias del régimen actual no son filtrados por los centros arbitrales.

Reynaldo Herrera, quien es salvadoreño, exhibe los retos y consecuencias que puede presentar la elección de un árbitro adecuado para una determinada controversia. En razón de ello, invita a que el proceso de nombramiento de árbitros se realice de la manera más diligente posible, y para ello ofrece consideraciones prácticas que pueden ayudar a las partes a obtener un mejor tribunal arbitral y con ello un mejor laudo.

Ante la creciente popularidad y éxito del arbitraje, los beneficios de este mecanismo son cada vez más visibles al público, sin embargo, la accesibilidad es muy reducida. *El acceso a la justicia arbitral* del autor costarricense Roberto Yglesias cuestiona esta situación y propone la creación de mecanismos de arbitraje popular reducido a ciertos tipos de conflictos y con apoyo estatal, para que aun mas personas puedan verse beneficiadas del arbitraje.

Roberto Williams, autor hondureño, ofrece un artículo en el que analiza los beneficios en cuanto a eficacia y eficiencia de dos mecanismos alternativos de solución de conflictos, el arbitraje y la conciliación. Expone los elementos y características propios que contribuyen a que los procesos arbitrales y conciliatorios sean eficaces y eficientes y la forma en que su práctica beneficia a las partes del conflicto. El arbitraje como “*one shot*” y la conciliación como mecanismo amigable de solución de disputas, son algunas de las razones por las que estos mecanismos sirven para hacer frente a las complicaciones de un proceso judicial.

En su artículo la autora hondureña Paola Díaz, expone la situación pasada, actual y las proyecciones del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Tegucigalpa (CCA-CCIT). Con los datos estadísticos y el relato de las experiencias del CCA-CCIT para la promoción del arbitraje en Honduras, ilustra una visión de la trayectoria, el alcance de las actuaciones y los retos que debe enfrentar un centro de arbitraje en la región centroamericana.

Ante la mora judicial y la litigiosidad de las controversias tributarias, la costarricense Yelena Piedra analiza el escenario actual que enfrentan las personas y las empresas en la solución de conflictos de esta naturaleza. Para procurar la eficiencia de la resolución de estas disputas, propone adaptar la legislación aplicable de tal forma que permita que actos administrativos que fijen obligaciones impositivas a favor del Estado –revisables en la jurisdicción ordinaria–, lo sean también en la vía arbitral.

Sin duda alguna, el trabajo de todos los que han contribuido a la publicación de esta nueva edición de YAM ha rendido sus frutos. 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.  
Adrián Rivera Fumero

## **“Lo que callan los peritos”: Comentarios acerca de su papel en los arbitrajes de construcción**

**Leandro García Valdez<sup>1</sup>**

El dictamen pericial constituye uno de los medios probatorios más importantes en el arbitraje de construcción, en vista que el perito a través de su experiencia y conocimiento<sup>2</sup> examina técnicamente los actos y los hechos invocados por las partes. En otras palabras, la función del perito es la de “separar la paja del trigo”, indicando qué afirmaciones tienen fundamento técnico a partir de la documentación registrada en el proyecto y cuáles constituyen anécdotas carentes de sustento.

Mediante el presente artículo, describiremos el camino que tiene que recorrer el perito en los arbitrajes de construcción. Asimismo, propondremos recomendaciones que le permitan mantener su solvencia técnica, independencia e imparcialidad durante el proceso de preparación del dictamen pericial. Como último punto, examinaremos su participación en la Audiencia Probatoria.

### **I. Conceptos preliminares**

La intervención del perito en la industria de la construcción puede presentarse en dos facetas. “(1) Como medio de solución de disputas previo al arbitraje, donde se emite una determinación que puede ser obligatoria o no para las partes, dependiendo de la normatividad de cada nación; o (2) Como medio de auxilio al juez o al tribunal arbitral al ayudarlo a comprender, entender o conocer sobre una materia generalmente sujeta a disputa donde existe un particular índole técnico, financiero o legal de especial dificultad.” (Gray, 2007, p. 119)

En el presente artículo analizaremos la segunda faceta, en donde el papel del perito está circunscrito a brindar mejores luces al tribunal arbitral respecto una controversia. Así, en un proceso en donde las partes se imputan atrasos, la misión del dictamen pericial será

---

<sup>1</sup> Bachiller en Derecho y especialista en Derecho de la Construcción por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Asistente Legal de NPG Abogados. Mención especial a mejor orador (2016) y miembro del equipo ganador (2015) de la Competencia Internacional de Arbitraje organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Bogotá. Miembro de Young International Arbitration Group y de International Council for Commercial Arbitration. [lgarciavaldez@gmail.com](mailto:lgarciavaldez@gmail.com).

<sup>2</sup> Al respecto, Rodríguez indica que: “La formación técnica o profesional del perito es uno de los principales requerimientos que debe cumplir toda persona que desee ser reconocida o designada como tal. Mas esa formación y subsecuente experiencia demanda que sea dinámica, esto es, que a lo largo del tiempo se mantenga vigente, actual, de forma tal, que el denominado “expertise” permita que la opinión que vierta a través de su informe o dictamen responda a condiciones del presente y no a criterios académicos que pueden haber quedado desfasados por el tiempo, sin que ello pueda ser entendido en grado alguno, como que a un caso específico se apliquen criterios técnicos del presente respecto de circunstancias que, al momento en que se desarrollaron los hechos, eran desconocidas para la ciencia o técnica y por ende, de las partes.” (Rodríguez, 2014, p. 183)

probar, por ejemplo, la relación causa- efecto<sup>3</sup> de los atrasos y/o la cuantificación del sobrecosto reclamado. Siendo estos los insumos a partir de los cuales el tribunal arbitral definirá la responsabilidad por los daños generados.

Dentro de un proceso arbitral, el dictamen pericial puede ser ofrecido por alguna de las partes o de oficio, conforme lo regulado en el inciso 1 del artículo 5<sup>4</sup> y el inciso 1 artículo 6<sup>5</sup> de las Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional<sup>6</sup>, respectivamente. Incluso, puede presentarse los dos supuestos, en caso que el tribunal arbitral necesite dilucidar algún o algunos puntos específicos de la controversia a través de una tercera opinión técnica, dada la complejidad del caso.

## **II. Calentando motores: tres aspectos a tener en cuenta durante la elaboración del dictamen pericial**

En primer lugar, el cliente debe definir cuál es el alcance del dictamen pericial, es decir, identificar los temas problemáticos o las consultas generales o específicas que absolverá el perito. Cabe precisar que cuando hacemos alusión a “cliente” no estamos incluyendo a los asesores legales patrocinantes en el proceso arbitral, en vista que, el papel del perito no es integrarse a la defensa técnica ni mucho menos legal de su cliente, sino ejecutar de la manera más objetiva e independiente el alcance solicitado.

Así, el alcance de la pericia puede circunscribirse a uno genérico: “Para la determinación del huso granulométrico de un predraplén de enrocado (para tamaños entre 10 y 70 cm y para tamaños entre 30 y 130cm) ¿es suficiente contar con el tamaño máximo y mínimo de la roca, así como el requerimiento de ser bien graduado?”

Como se aprecia, dicho alcance no está referido al análisis de un proyecto en específico, ni mucho menos a un sujeto definido, sino a una pregunta en base a determinado supuesto. En estos casos, el perito tendrá que ser muy claro al indicar que su análisis es teórico y en abstracto.

---

<sup>3</sup> Según Hechenberger, las causas frecuentes de retrasos y sobre costos en proyectos de construcción son los cambios en la ingeniería, obras adicionales, suspensiones formalizadas o no formalizadas, aprobaciones o respuestas retrasadas a solicitudes de información, entrega tardía del terreno, trabajos paralelos con otros contratistas, suministros tardíos, solicitudes para implementar medidas de aceleración, eventos de fuerza mayor, entre otros. Por otro lado, los efectos típicos de las causas antes indicadas son los costos adicionales, los retrasos, daños y perjuicios, entre otros. (Cfr. Hechenberger, 2015, pp. 83-84)

<sup>4</sup> “Artículo 5. Peritos Designados por las Partes

1. Las Partes podrán valerse de Peritos designados por ellas como medio de prueba para materias concretas. Dentro del término fijado por el Tribunal Arbitral, (i) cada Parte deberá identificar a cualquier Perito Designado por la Parte en cuyo testimonio pretenda basarse, así como las materias sobre las versará dicho testimonio; y (ii) el Perito Designado por la Parte deberá presentar un Dictamen Pericial.”

<sup>5</sup> “Artículo 6. Peritos Designados por el Tribunal Arbitral

1. El Tribunal Arbitral, después de consultar a las Partes, podrá designar uno o más Peritos independientes para que dictaminen sobre cuestiones específicas determinadas por el Tribunal Arbitral. El Tribunal Arbitral, previa consulta a las Partes, establecerá los términos de la tarea a desarrollar por el Perito. El Tribunal Arbitral remitirá a las Partes una copia de la versión final de esos términos.”

<sup>6</sup> La IBA ha dictado estas reglas como un recurso que proporcione a las partes y a los árbitros un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de prueba en el arbitraje internacional.

Asimismo, el alcance de la pericia puede referirse a un aspecto particular de la controversia:

“Análisis de los atrasos ocurridos durante la ejecución del contrato de construcción, celebrado el 23 de noviembre de 2017 entre el contratista “Reiss” y el comitente “Trier” para la construcción de un complejo habitacional Casa Blanca, ubicado en la región de Lima, Perú.”

En segundo lugar, el perito debe elegir la metodología aplicable, es decir, las herramientas que le permitan arribar a las conclusiones respecto del problema o la consulta particular o general referida en el alcance.

En el arbitraje de construcción, los temas centrales materia de controversia están vinculados al costo, plazo y alcance de la obra. A modo de ejemplo, si el perito tiene que analizar una pretensión de ampliación del plazo, deberá sustentarla a partir de una metodología, como es el caso del método de la ruta crítica (CPM)<sup>7</sup>, a través del cual se identifica “el tiempo máximo que debe ser ejecutada una serie de actividades para que el proyecto en su totalidad sea ejecutado sin sufrir demoras.” (Lama, 2016, p. 134) Así, mediante la CPM, el perito determinará si el hecho alegado como generador del atraso impactó o no el programa del proyecto. En otras palabras, si solo se basara en la documentación de la obra y en los “dichos” de su cliente, no podría saber a ciencia cierta, si la actividad retrasada se encontraba en ruta crítica y, por ende, si correspondía otorgar o no la ampliación del plazo.

Ahora bien, una primera impresión podría llevarnos a pensar que la sola elección de la metodología es suficiente para defender la solvencia técnica de la pericia. No obstante, el perito no debe limitarse a ello, siendo recomendable que:

- (i) Explique las razones por las cuales ha elegido una metodología y por qué es aplicable al caso en concreto.
- (ii) En el supuesto que sea posible utilizar más de una metodología, el perito debe exponer por qué la elegida es la más idónea a su criterio respecto las otras.  
Por ejemplo, la “ACE International Recommended Practice N° 29R-03: Forensic Schedule Analysis” describe distintas técnicas para establecer los atrasos. Sin embargo, no todas tienen el mismo nivel de confiabilidad, por lo que, dicha elección se hará en base a la disponibilidad de documentación contemporánea del proyecto. Si el perito verifica que el proyecto que se está analizando es sencillo y no cuenta con cronogramas actualizados, podrá inclinarse por utilizar la técnica “As-Planned vs As-

---

<sup>7</sup> La ruta crítica es la secuencia de actividades relacionadas sin holgura, en donde cualquier retraso de una actividad predecesora afecta a la actividad sucesora, impactando el plazo de todo el proyecto.

Build”<sup>8</sup> y no el “Window Analysis”<sup>9</sup>, el cual tiene un mayor nivel de sofisticación y requiere más “ingredientes” documentarios para su realización.

En tercer lugar, comienza la etapa de redacción del dictamen pericial, en la cual el perito debe tomar en cuenta lo siguiente:

- (i) Cumplir con las normas relativas al contenido mínimo del dictamen pericial. Usualmente, las partes lo regulan en el Acta de Instalación o aplican supletoriamente las Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, de acuerdo lo estipulado en el inciso 2 del artículo 5<sup>10</sup>.
- (ii) Tener cuidado con el lenguaje, cuidar el estilo. El perito debe evitar frases “grandilocuentes” que pudiesen dar a entender que está alegando o asumiendo el papel de “abogado” o defensa técnica de su cliente, ya que podría perder credibilidad frente al tribunal arbitral. El perito no alega posiciones, sino identifica, confirma, evidencia, observa o acredita eventos a partir de su análisis técnico. Su lenguaje es objetivo.

A modo de ejemplo, algunos “excesos” típicos en la redacción de los dictámenes periciales:

---

<sup>8</sup> Esta metodología compara el cronograma planificado inicial con el cronograma actualizado o con la información contemporánea de la construcción. Asimismo, puede realizarse con gran detalle o a un nivel muy simple. También se puede desarrollar con pocos datos de la fase de construcción.

Traducción libre del siguiente texto: “This methodology compares an initial planned schedule with the as-built schedule or as-built data. This methodology can be performed in great detail or at a very summary level. It also can be performed with relatively little construction phase data.” (Livengood, 2016, pp. 31-32)

<sup>9</sup> Esta metodología depende de los cronogramas preparados durante el transcurso del proyecto. Usualmente, se le conoce como “análisis de ventanas”. El método de Análisis de Periodos Contemporáneos generalmente identifica demoras dentro de un momento específico o “ventanas de tiempo”. Esta comparación es realizada contrastando el cronograma al comienzo de un periodo con su estado al final del mismo.

Traducción libre del siguiente texto: “This methodology relies on schedules prepared during the course of the project. It is often known as “windows analysis.” The Contemporary Period Analysis (CPA) method generally identifies delays within specific time periods or “windows” of time. This comparison is accomplished by comparing the schedule at the start of a time period with its status at the end of the time period.” (Livengood, 2016, p. 32)

<sup>10</sup> “Artículo 5. Peritos designados por las Partes

(...) 2. El Dictamen Pericial deberá contener: (a) el nombre completo y la dirección del Perito Designado por la Parte, una declaración concerniente a su relación pasada y presente (si la hubiere) con cualesquiera de las Partes, sus asesores legales y el Tribunal Arbitral, y una descripción de sus antecedentes, cualificación, capacitación y experiencia; (b) una descripción de las instrucciones de conformidad con las cuales emitirá sus opiniones y conclusiones; (c) una declaración acerca de su independencia respecto a las Partes, sus asesores legales y el Tribunal Arbitral; (d) una declaración acerca de los hechos en que fundamenta sus opiniones y sus conclusiones como perito; (e) sus opiniones y sus conclusiones como perito, incluyendo una descripción de los métodos, pruebas e información utilizados para llegar a tales conclusiones. Los Documentos en los cuales el Perito Designado por la Parte se base que no hayan sido previamente presentados deberán ser acompañados; (f) si el Dictamen Pericial ha sido traducido, una declaración acerca del idioma en el cual ha sido originalmente preparado, y del idioma en el cual el Perito Designado por la Parte anuncia que declarará en la Audiencia Probatoria; (g) una afirmación de su auténtica convicción sobre las opiniones expresadas en el Dictamen Pericial; (h) la firma del Perito Designado por la Parte, así como la fecha y el lugar de emisión del Dictamen Pericial; y (i) si el Dictamen Pericial ha sido firmado por más de una persona, la atribución de él en su totalidad o de cada parte específica a cada autor.”

<b>“Fragmento” del dictamen pericial</b>	<b>Comentario</b>
“El perito de la contraparte levanta una cortina de humo para desviar la atención del honorable tribunal.”	Los dictámenes periciales buscan absolver consultas específicas, no “desviar la atención” ni levantar “cortinas de humo”. Los comentarios técnicos se absuelven o cuestionan con fundamentos técnicos. El dictamen pericial debe evitar contaminarse con la retórica propia de los abogados.
“En el supuesto que, el perito de la contraparte brinde mayores datos, nos reservamos el derecho de revisarlo y pronunciarnos más adelante.”	El perito no se puede reservar el derecho de nada, ya que su trabajo está circunscrito al alcance asignado. Él no es la parte afectada.

Los ejemplos anteriores evidencian que un perito puede “contaminar” su trabajo (por más prolijo que este sea), si utiliza un lenguaje tendencioso. El perito debe mantenerse siempre como un experto independiente e imparcial.

- (iii) Cuidado con las palabras polisémicas. Cuando el perito se vea en la necesidad de utilizar palabras polisémicas, las cuales dentro de sus múltiples definiciones incluyen acepciones jurídicas, será necesario que indique que todos los términos utilizados en su dictamen pericial corresponden al lenguaje común o técnico, más no jurídico. Por citar un caso, si el perito indica que una de las partes es “responsable” por un atraso, dicha referencia no podrá ser entendida en su acepción jurídica (responsabilidad civil), sino únicamente dentro de lo que en el lenguaje cotidiano se entiende como “responsable”<sup>11</sup>.
- (iv) No hacer apreciaciones legales si el dictamen pericial es técnico. El perito debe recordar que la razón de su convocatoria al proceso arbitral se debe a su probado conocimiento y experiencia técnica, mas no jurídica. Es claro que a través de los años puede aprender aspectos legales de la industria de la construcción, sin embargo, no con el *expertise* de un abogado especialista en el mismo rubro. Además, analizar aspectos ajenos a su especialidad lo expone a que se reste su credibilidad durante los interrogatorios practicados por los abogados de la contraparte en la Audiencia Probatoria.
- Ahora bien, surge la duda respecto si la interpretación de las cláusulas de un contrato se encuentra dentro de lo que llamamos “apreciaciones legales”. Consideramos que no hay una respuesta absoluta, pues ello deberá analizarse caso por caso. Por ejemplo, la administración de los proyectos de construcción, frecuentemente, está en manos de un ingeniero civil, quien tiene la obligación de tener dominio del contenido del contrato y de todas sus obligaciones. (Cfr. Vega, 2003, pp.1-8) Por lo que, en más de una ocasión se verá obligado a interpretar el contrato con el objetivo de adoptar una posición frente a su contraparte (contratista, proyectista, etc.), ya sea absolviendo una incertidumbre o enfrentando un conflicto derivado del contenido del

<sup>11</sup> Según el Diccionario de la Real Academia Española, la primera acepción de responsable es: “Obligado a responder de algo o por alguien.”

contrato. Por lo que, en principio, la interpretación de una cláusula no sería una labor exclusiva de los abogados.

- (v) El tribunal arbitral, generalmente, está compuesto por abogados. Usar un lenguaje técnico no implica que este deba ser “oscuro” o ininteligible. El perito debe ser consciente que quienes van a leer su pericia son, en su mayoría, abogados. Asimismo, debe recordar que los conceptos obvios e implícitos derivados de su experiencia, muy probablemente, no lo sean para otras personas sin su formación profesional. Por lo que, si es necesario dar explicaciones teóricas preliminares o utilizar ejemplos para mejorar el entendimiento, el perito deberá hacerlo, ya que ello repercutirá en el nivel de asimilación y recordación de sus premisas y conclusiones.
- (vi) Un dictamen pericial sin base probatoria es un documento sin “carne”. Si bien el perito tendrá reuniones con el cliente para que este le brinde los pormenores de la controversia y un recuento de los hechos más relevantes, este no puede conformarse con este primer acercamiento del caso, sino, deberá solicitar toda la documentación que le permita absolver el alcance solicitado por su cliente.  
En el supuesto que el perito no haya tenido acceso a la totalidad de la información o únicamente haya tenido como fuente el “dicho” de su cliente a través de su personal, tendrá que indicarlo en el dictamen pericial. Ello implicará que tenga que:
  - a. Señalar qué personas fueron las que le brindaron dicha información y adjuntar el contenido de dichas comunicaciones, para que la contraparte tenga la oportunidad de contrastarlo, ya sea, por ejemplo, invitando a estas personas como testigos en la Audiencia Probatoria.
  - b. Agregar como parte de su metodología la realización de entrevistas al personal que le brindó la información.

Por otro lado, si se presenta la oportunidad de preparar una pericia complementaria, el perito válidamente podrá modificar, corregir o aumentar los fundamentos de su dictamen pericial primigenio. Dicha situación no debe ser entendida en sentido negativo. Todo lo contrario, ello evidencia honestidad técnica y corrobora su independencia. Claro está, que ello no implica tener “carta libre” para presentar otro dictamen pericial. Por lo que, toda modificación, corrección o ampliación deberá estar debidamente motivada, ya sea porque se revisó nueva documentación, por errores numéricos o materiales, entre otras causas.

### **III. El día “D”: Audiencia Probatoria**

El perito debe demostrar un conocimiento pleno, íntegro y extenso sobre los hechos y fundamentos técnicos que sustentan su dictamen pericial. Una presentación inconsistente y débil podría incluso cuestionar su papel como autor del dictamen pericial y su credibilidad. De nada sirve contar con un documento sólido cuando la exposición del mismo en la Audiencia Probatoria no lo es.

Usualmente la distribución de la Audiencia Probatoria está dividida en dos partes: (i) Exposición del dictamen pericial; y (ii) examen o interrogatorio realizado por las partes. Respecto al tipo de interrogatorio, es habitual el uso del “directo y cruzado”.

El examen directo es realizado por la parte que designó al perito y se caracteriza por plantear preguntas abiertas. Este examen tiene como objetivo legitimar al perito y que este ratifique las ideas fuerza o resultados del dictamen pericial. En cambio, el examen cruzado es realizado por la contraparte y las preguntas suelen ser cerradas, buscando obtener como respuesta un “sí” o un “no”. El objetivo de este examen es encontrar incongruencias y contradicciones en los fundamentos del perito, no obstante, no se limitan ello. Frecuentemente la estructura temática del interrogatorio cruzado es la siguiente:

- (i) Sobre la autoridad profesional. El objetivo central de estas preguntas es demostrar que el perito no se encuentra capacitado en los aspectos técnicos relacionados con el alcance del dictamen pericial. Por citar un caso:

<b>Información “extraída” del dictamen pericial</b>	<b>Currículum del perito</b>	<b>Preguntas</b>
<p>La obra materia de análisis es un proyecto inmobiliario en Perú, bajo normas técnicas y jurídicas peruanas.</p> <p>Alcance: Determinar los retrasos a partir del AACE International Recommended Practice N° 29R-03: Forensic Schedule Analysis.</p>	<p>Experiencia: Gestión contractual en hidroeléctricas en Brasil. Preparación de dictámenes periciales sobre costos.</p> <p>Certificación: Project Management Professional por el Project Management Institute.</p>	<p>¿Ha tenido experiencia en la ejecución de proyectos inmobiliarios bajo norma jurídica y técnica peruana? ¿Conoce el Reglamento Nacional de Edificaciones?</p> <p>¿Esta es la primera vez, en todos sus años de experiencia, que prepara un dictamen pericial analizando retrasos? Es decir, no tiene ninguna experiencia previa, ¿Correcto? Tampoco ha utilizado antes el AACE International Recommended Practice N° 29R-03: Forensic Schedule Analysis. ¿Correcto?</p> <p>¿Se encuentra certificado por la AACE International? Es decir, no está acreditado para analizar sus prácticas recomendadas. ¿Correcto?</p>

- (ii) Independencia e imparcialidad. Estas preguntas están destinadas a evidenciar que el perito está actuando como la defensa técnica de su cliente y no con la independencia e imparcialidad requerida. Ya líneas arriba indicamos que el lenguaje usado por el perito puede ser un indicio de parcialidad, por lo que podría utilizarse dicha información en el interrogatorio cruzado.
- Por otro lado, preguntas referidas a si el perito pactó en su contrato de servicios honorarios de éxito o si los borradores de su dictamen pericial fueron remitidos a los abogados patrocinantes para su conformidad, permitirán exponer indicios razonables que pongan en duda su imparcialidad e independencia.

- (iii) Suficiencia técnica. La finalidad de estas preguntas es probar que la metodología utilizada por el perito no era la adecuada para el caso en concreto, ya que su solo “dicho” no es suficiente para admitir como verdades absolutas sus conclusiones. En vista que, las conclusiones del dictamen pericial no pueden sustentarse en lítica persuasiva sino en fundamentos técnicos. Por ejemplo:

<b>Información “extraída” del dictamen pericial</b>	<b>Preguntas</b>
<p>“A partir de la revisión de los documentos contractuales, se concluye que el contratista incurrió en sobrecostos generados por eventos disruptivos imputables al propietario ascendentes a \$ 100,000.00.”</p>	<p>La metodología utilizada para sustentar el concepto “disrupción<sup>12</sup>” de su pericia está basada en la revisión de documentos contractuales ¿Correcto?</p> <p>¿Conoce el Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol? Entonces, sabe que dicho protocolo recoge las mejores prácticas de la industria de la construcción ¿Correcto?</p> <p>Con más razón, sabrá que para el análisis de las disrupciones recomienda técnicas como la milla medida, el valor ganado, entre otras. ¿Correcto? Sin embargo, a pesar de formar parte de las mejores prácticas, usted no las utilizó en su dictamen pericial, ¿Correcto? Además, sabiendo ello, tampoco ha explicado por qué prefirió la revisión documentaria frente a métodos ampliamente respaldados por la industria ¿Correcto?</p>

- (iv) Fundamentos técnicos. Estas preguntas son las que buscan cuestionar el análisis técnico de fondo del perito, ya no su metodología. El objetivo de estas preguntas es evidenciar incongruencias y contradicciones entre sus afirmaciones y conclusiones, así como la falta de respaldo probatorio.

Ahora bien, el examen “directo y cruzado” no es el único tipo de interrogatorio posible en la Audiencia Probatoria, ya que desde hace algunos años está ganando adeptos la variante denominada “reunión de peritos” (expert conferencing) o “prueba concurrente” (hot-tubbing), mediante la cual los peritos de las partes contrarias prestan testimonio al mismo tiempo. (CIADI, 2018, p. 30)

<sup>12</sup> Es la perturbación, el obstáculo o la interrupción del método de trabajo normal del contratista, lo que genera una menor eficiencia. Los reclamos por disrupción se relacionan con la pérdida de productividad en la ejecución de actividades de trabajo. Debido a la disrupción, estas actividades no se pueden llevar a cabo de la manera más eficiente posible.

Traducción libre del siguiente texto: “(...) is a disturbance, hindrance or interruption to a Contractor’s normal working methods, resulting in lower efficiency. Disruption claims relate to loss of productivity in the execution of particular work activities. Because of the disruption, these work activities are not able to be carried out as efficiently as reasonably planned (...)” (Society of Construction Law, 2017)

Respecto a sus ventajas, Jones indica las siguientes:

- (i) “Los peritos pueden llegar a comprender mejor las cuestiones controvertidas al ser interrogados al mismo tiempo que otros peritos y al producirse una interacción entre ellos, lo que también debería conllevar que sea menos probable que se defiendan posiciones extremistas que en condiciones normales nunca serían defendidas por los peritos.
- (ii) Al limitarse la intervención de los abogados de las partes es más fácil que los peritos hagan algún tipo de concesión a la contraparte y que el nivel técnico de la discusión sea más apropiado.
- (iii) La conferencia de peritos permite identificar más fácilmente las debilidades del caso, por lo que, es un método que debería facilitar la suscripción de acuerdos transaccionales.” (Jiménez y Franco, 2016, p. 72)

La decisión respecto qué tipo de examen se realizará será coordinada y propuesta por las partes y, posteriormente, aceptada por el tribunal arbitral, o en su defecto, el tribunal de oficio determinará la estructura de la Audiencia Probatoria y el tipo de examen que se realizará.

Finalmente, luego de terminada la Audiencia Probatoria, la intervención del perito en el arbitraje de construcción habrá terminado, ya no teniendo ninguna tarea adicional. Sin embargo, qué duda cabe, que su contribución en el proceso será gravitante para la preparación futura del laudo arbitral, y, por ende, la resolución de la controversia.

## **Conclusiones**

El dictamen pericial es una pieza clave para concretizar y validar técnicamente el sustento de las pretensiones de las partes inmersas en un proceso arbitral. Sin embargo, es necesario que el perito antes, durante y después de la elaboración del dictamen pericial cumpla una serie de requisitos y recomendaciones para asegurar su solvencia técnica, imparcialidad e independencia. Más aún, debe estar preparado para su momento “estelar” en la Audiencia Probatoria, en donde el tribunal arbitral realmente comprobará la suficiencia de su trabajo.

## Bibliografía

- AACE International (2011) AACE International Recommended Practice N° 29R-03: Forensic Schedule Analysis. (disponible: [http://www.virginiadot.org/business/resources/const/aace\\_recommended\\_practice\\_forensic\\_schedule\\_impact\\_analysis-29r-03.pdf](http://www.virginiadot.org/business/resources/const/aace_recommended_practice_forensic_schedule_impact_analysis-29r-03.pdf)) (consulta: 9 de junio de 2018)
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Notas prácticas para el uso de demandados en el marco del arbitraje del CIADI, (disponible: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Notas%20Practicas%20para%20el%20Uso%20de%20Demandados%20en%20el%20Marco%20del%20Arbitraje%20del%20CIADI%20-%20Final.pdf>) (consulta: 23 de mayo de 2018)
- Gray, J. Casos y situaciones prácticas en arbitraje en materia de construcción (segunda parte). En: Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio N° 54 (octubre 2007), pp. 116-122.
- Hechenberger, E. La prueba del vínculo entre causa y efecto en controversias de construcción. En: Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, pp. 82-93
- International Bar Association (2010) Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. Aprobada el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA. (disponible: [https://www.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/practicadepuebas/practica\\_de\\_prueba.pdf](https://www.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/practicadepuebas/practica_de_prueba.pdf)) (consulta: 9 de junio de 2018)
- Jiménez, G. y O, Franco. Arbitraje y prueba pericial. En: Revista de Derecho. Segunda Época. Año 12, N° 13 (julio 2016), pp. 33-86
- Lama, J. Demora concurrente: propuesta de solución a una responsabilidad compartida. En: Themis- Revista N° 70 (2016), pp. 121-148.
- Livengood, J. Forensic Schedule Analysis and Discretionary Logic. En: Cost Engineering (march/april 2016), pp. 31-40
- Society of Construction Law (2017) Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol. Second edition. (disponible: [https://www.scl.org.uk/sites/default/files/SCL\\_Delay\\_Protocol\\_2nd\\_Edition.pdf](https://www.scl.org.uk/sites/default/files/SCL_Delay_Protocol_2nd_Edition.pdf)) (consulta: 9 de junio de 2018)
- Rodríguez, R. El aporte del perito y la pericia al arbitraje. En: Revista Arbitraje PUCP N° 4 (2014), pp. 183-189.
- Vega, G (2003) (Tesis) Administración contractual en obras de construcción. Lima: Facultad de Ingeniería de la Universidad de Piura

## Oferta sellada: El nuevo actor en América Latina

Emiliano Cernaz<sup>1</sup>

En ocasión de encontrarme en la Conferencia de la CCI organizada en febrero del corriente año, con sede en Buenos Aires, titulada como *“Doing Better what is already being done: Three ICC Court Innovation for 2018”*, tuve la posibilidad de poner en jaque nuevamente mis conocimientos. Entre los excelentes expositores que conformaban el panel, hubo una ponencia en particular que me dejó desorientado, la de la Dra. Deva Villanúa; quien nombró una de las tres innovaciones que había implementado la CCI: las *Sealed Offers*.

Lejos de estar familiarizado con este concepto, al concluir dicha conferencia, me propuse investigarlo y estudiarlo, este instituto ya no iba a tomarme nuevamente con la guardia baja. Luego de tal investigación, caí en cuenta que todos los artículos y ensayos que tratan esta temática (fruto de su origen) son de idioma inglés. Dicha circunstancia, sumada a la idea de poder utilizar este instrumento en América Latina dio como resultado el presente artículo.

### I. El contexto en la práctica Arbitral

Es conocido que los costos del arbitraje internacional no son menores. Dicho esto, existe una creciente preocupación en los litigantes sobre las cargas del proceso y su distribución. Esta preocupación se materializa por casos en que recae exclusivamente en una parte, la obligación de sufragar todos los costos del arbitraje, muchas veces inflados e innecesarios.

Según la encuesta *Queen’s Mary* del 2015, los "costos" y su distribución son vistos como una de las características más controvertidas del arbitraje (*Queen’s Mary, 2015, p.1-2*)<sup>(1)</sup>.

En el Arbitraje CCI se han apreciado tres corrientes acerca de la repartición de los costos procedimentales: La primera de ellas ordena a que la parte perdedora cargue con todos los costos, la segunda asigna los costos en proporción al resultado de la disputa, teniendo en cuenta el éxito que ha tenido en cada rubro reclamado y por último, en tercero y último lugar, aquella que reparte los costos equitativamente o que cada una de ellas soporte sus propios gastos.

Los árbitros continentales a menudo optarán por una adjudicación de costos proporcionales basados en el éxito alcanzado por cada uno de sus reclamos (Austria, Alemania, Suecia, Suiza, etc.), a casi 7.900 kilómetros de distancia, los árbitros estadounidenses tomarán el camino de “cada uno paga lo propio” y por último, el enfoque de los árbitros ingleses, australianos, canadienses tomaran el rumbo del “*perdedor paga*”.

Tomando como base estos **tres enfoques**, profesionales del arbitraje internacional han vislumbrado una tendencia emergente en favor del primero de ellos; *“Es cada vez más*

---

<sup>1</sup> Emiliano Cernaz, Socio en “Rafti & Asociados”, Abogado, Titulo de Grado expedido por la Universidad Nacional de La Plata.

común que el tribunal arbitral ordene a la parte que es derrotada por los méritos de una disputa pagar toda o una parte sustancial de los costos del arbitraje. Esa es tradicionalmente la práctica en algunos países de Common law y ahora ocurre con frecuencia cuando el tribunal arbitral tiene su sede en jurisdicciones continentales como Francia o Suiza"(Fouchard, Gaillard y Goldman, 1999, p. 686)<sup>(2)</sup>. Ejemplo de ello es el Caso CCI No. 6962 en el cual el Tribunal con sede en París condena a la parte vencida a pagar los costos de ambas partes (Caso CCI N° 6962, p. 192-193)<sup>(3)</sup>.

A la luz de ello, es que las partes que están en riesgo de recibir una adjudicación desfavorable deben buscar un remedio por el cual puedan limitar su responsabilidad potencial de costos. Tal remedio existe y tiene nombre: "Oferta Sellada".

## II. ¿Que son las *Sealed Offers* u Ofertas selladas?

Una "oferta sellada" es un concepto basado en la práctica del tribunal inglés para resolver una disputa que ha sido remitida a arbitraje, hecha "sin perjuicio de los costos".

La idea (de la que existen diferentes variantes) es esencialmente que una de las partes, el oferente, hace una oferta para resolver la disputa a la otra parte, el destinatario. Si el destinatario acepta la oferta dentro del límite de tiempo aplicable, entonces la oferta se vuelve vinculante y el destinatario recibe los costos del arbitraje.

De lo contrario, la existencia y el contenido de la oferta se mantendrán en secreto ante el tribunal arbitral hasta que se otorgue una indemnización parcial por responsabilidad y cuantía, pero no por costos. Si los términos de tal adjudicación no son "más favorables" para el destinatario que los de la oferta que ha recibido (es decir, si el destinatario no "supera" la oferta), entonces el destinatario debe pagar los costos del oferente de la disputa a partir de la fecha de la oferta (Grierson y Van Hooff, 2012, p. 5)<sup>(4)</sup>.

Lo que distingue a la oferta sellada de una oferta ordinaria para establecer una disputa es la pena de costo que se espera que el tribunal arbitral atribuya contra el destinatario que no acepta la oferta y falla, posteriormente, para lograr un laudo más favorable al continuar el proceso. La oferta está "sellada" y "sin perjuicio" porque no debe señalarse a la atención del tribunal arbitral antes de la determinación de la controversia sustantiva, además, para que la oferta pueda tenerse en cuenta al evaluar la responsabilidad por los costos, debe señalarse a la atención del tribunal arbitral antes de que el tribunal formule una determinación sobre los costos, de ahí las palabras "sin perjuicio de los costos" (Poupak, 2007, p 39-40)<sup>(5)</sup>.

En otras palabras, el sistema de oferta sellada tiene como resultado el atenuar la "regla inglesa" de que "el perdedor paga", a fin de recompensar al oferente por haber hecho una oferta razonable para resolver la disputa. Esto proporciona un fuerte incentivo para que las partes hagan y acepten ofertas razonables para llegar a un acuerdo, lo que fomenta una negociación sensata y una asignación justa de los costos de cada parte.

### III. Aplicación en América Latina

Ahora bien, siendo que la “oferta sellada” nace como un mecanismo para atenuar la regla general de que el “perdedor paga”, regla utilizada activamente en los arbitrajes que tengan su sede en Inglaterra, Hong Kong, Australia o Canadá; cabe preguntarnos, ¿porqué no aplicar este mecanismo en los arbitrajes que tengan sede en América Latina, siendo que varios de ellos recurren a la misma distribución de costos que los países mencionados *ut supra*? Para ello haremos un breve repaso de los artículos afines de las legislaciones nacionales y reglamentos de sus instituciones arbitrales.

#### **A) Ley Peruana de Arbitraje**

Artículo 73.1. “El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso” <sup>(6)</sup>.

Este Artículo viene a modificar el criterio contenido en su norma antecesora, contenido en el artículo 52 de La Ley General de Arbitraje N° 26.572, dándole un nuevo enfoque; “Existe en la norma actual un énfasis muy claro en el sentido de que el que perdió el arbitraje, en principio, pagara los costos del Arbitraje” (Soto Coaguila CA y Bullard Gonsalez A, 2011, Tomo II. p. 810. Apartado Segundo) <sup>(7)</sup>.

#### **B) Reglamento Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá - Colombia**

Artículo 3.37. 1. “Las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida o las partes vencidas. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide” <sup>(8)</sup>.

#### **C) Reglamento de Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Santiago - Chile.**

Artículo 37- 1. “Sujeto a lo establecido en el párrafo 2 siguiente, los gastos y las costas del arbitraje serán de cargo de la parte vencida a menos que el tribunal arbitral decida prorratearlas entre las partes teniendo en cuenta las circunstancias del caso” <sup>(9)</sup>.

#### **D) Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje - Bolsa de Comercio Uruguay.**

Artículo 45.1. “En principio, los gastos del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estos gastos entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso” <sup>(10)</sup>.

Luego de haber hecho un recorrido por las diferentes legislaciones y reglamentos arbitrales podemos arribar a una conclusión primigenia: Este instrumento puede utilizarse en América Latina. El próximo cuestionamiento a abordar será, ¿cómo hacer una oferta sellada?

## **IV. Consejos Prácticos**

### *1. Haga constar esta oferta por ESCRITO*

Al momento de realizar su oferta sellada es recomendable hacerla por escrito y con la leyenda “Confidencial y sin perjuicio de los costos”. El resultado de dichas palabras (que normalmente se explica en su contenido) es que dicha carta no debe revelarse ante el tribunal, salvo en lo que respecta al decisorio de los costos del arbitraje después de que se haya laudado sobre los méritos de los reclamos sustantivos.

### *2. Haga la oferta sellada con PRONTITUD*

La oferta sellada debe presentarse al tribunal tan pronto como le sea posible en el procedimiento, ello a los fines de poder obtener la máxima protección frente a los costos ya que, quien triunfe generalmente tendrá derecho a sus costos hasta la fecha en que pueda aceptar la oferta.

### *3. Establezca las PENALIZACIONES*

Para evitar confusiones y ambigüedades, la oferta debe establecer sus términos claramente, entre ellos debe establecer cuál es la declaración expresa en cuanto a la repartición de costos, las penalizaciones en caso de no aceptarla y las modalidades de perfeccionar la oferta.

### *4. Limite tal oferta en el TIEMPO*

A los fines de que la contraria deje de incurrir en costos adicionales hasta en tanto acepte la oferta, es recomendable, establecer un periodo de tiempo donde la oferta quede abierta y puede ser aceptada. Tal límite temporario sirve como elemento de presión hacia la contraparte y como una línea de largada para el tribunal a los fines de determinar la fecha desde la cual se impone la penalización de costos.

Habiendo abordado brevemente el contexto arbitral, el concepto de las Ofertas Selladas, su práctica y la posible utilización en América Latina, esta parte permite concluir que:

## **V. Conclusión**

Hemos visto que la legislación y los reglamentos arbitrales de países e instituciones de América Latina pregonan la misma regla de distribución de costas que países como Inglaterra, Canadá, Australia y hemos visto también, que su funcionamiento en dichos países es esencial para atenuar la regla del “perdedor paga”. Ello nos permite concluir con un deseo y una reflexión, el primero de ellos es incentivar a que los actores arbitrales de América Latina se familiaricen con esta temática y, por otro lado, reflexionar acerca de la existencia de varios factores en común con países *pro sealed offers*, lo que da como resultado la posibilidad de aplicar dicha herramienta en América Latina. Tal idea, constituirá entonces, uno de los tantos pasos que debe dar nuestro arbitraje para poder ubicarse a la altura de las grandes sedes arbitrales.

## **Bibliografía**

- (1) Queen Mary College of Law, London y White & Case LLP, (2015) International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration.
- (2) Fouchard et al. (1999) "International Commercial Arbitration". Kluwer Law International.
- (3) Caso CCI N°6962 (1992), XIX (1994) YB Comm Arb, p. 192-193.
- (4) Grierson J y Van Hooft A. (2012) "Part II: Opening Moves, Chapter 6: Negotiation and Mediation - Arbitrating under the 2012 ICC Rules". Kluwer Law International.
- (5) Poupak, A. (2007) "Cost awards in international arbitration and the use of "sealed offers" to limit liability for costs", International Arbitration Law Review. Kluwer Law International
- (6) Ley Peruana de Arbitraje (2008). Título VII "Costos arbitrales". Artículo 73, Asunción o distribución de costos.
- (7) Soto Coaguila CA y Bullard Gonzalez A. (2011). "Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje". Lima, Perú. Instituto Peruano de Arbitraje.
- (8) Reglamento centro de arbitraje y conciliación cámara de comercio de Bogotá (2017). Parte III, "Disposiciones generales". Artículo 3.37, Asignación de gastos y costas.
- (9) Reglamento de arbitraje comercial internacional centro de arbitraje y mediación de Santiago (2006). "Pronunciamiento del laudo y terminación del procedimiento arbitral". Artículo 37, Distribución de Gastos y Costas.
- (10) Reglamento centro de Conciliación y Arbitraje Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur Bolsa de Comercio de Uruguay (2000). Sección V, "Gastos del arbitraje". Artículo 45, Asignación de los gastos.

# La urgente descentralización de la buena praxis del arbitraje en Perú ¿Cómo solucionar la mala praxis de los árbitros en el país?

Alejandra María Tamayo Jacinto<sup>1</sup>

El presente artículo versa sobre la deplorable percepción de la *praxis*, que padece el abogado en Perú; reconocida no solo en los diferentes ámbitos judiciales, sino arbitrales. Puede afirmarse que, no estamos preparados para ejercer las buenas prácticas del arbitraje, sin distorsionar su naturaleza; como si se tratase de un proceso judicial. Primero, se cuestiona la intención del OSCE, en los modelos arbitrales. Seguidamente, se analizan las incongruencias en el registro de árbitros y la vulneración de la ética ligada a la recusación de los mismos. Finalmente, presento propuestas para la descentralización, de la buena *praxis* del arbitraje en Perú.

## Palabras clave:

Arbitraje – Código de ética – Buenas prácticas – OSCE – Recusación – Responsabilidad – Descentralización.

## Abstract:

This article is about the regrettable perception of *praxis*, of the lawyer in Peru; recognized not only in the different judicial areas, but arbitration. It can be said that we are not prepared to exercise good practices of arbitration; without distorting its nature, as if it were a judicial process. In the first part, it questioned, the intention of OSCE, in arbitral models. In the second part it discusses the inconsistencies in the register of arbitrators and the violation of ethics related to the disqualification of the same. Finally, I'll present proposals for decentralization, of the good *praxis* of arbitration in Peru.

## Keywords:

Arbitration – Code of Ethics - Good practices – OSCE - Challenge - Responsibility – Decentralization.

## Sumario:

I. Introducción; II. Existe una exclusión “intencional” del OSCE, al ponderar el arbitraje institucional *contrario sensu* al arbitraje ad hoc en Perú ¿Es una cuestión de buena fe?; III. Las incongruencias del OSCE en el registro de árbitros; IV. La vulneración de la ética profesional ligada a la recusación del árbitro en Perú; V. Conclusiones.

---

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo. – Cajamarca. Puesto de trabajo: Dirección de imagen corporativa en Círculo de Arbitraje con el Estado (CAE - PERÚ), Lima, Perú.

## I. Introducción:

Para ejercer la profesión de Derecho y ciencias políticas, el abogado debe tener una ética profesional transparente, de convicciones estables y seguras. No es difícil, pero en Perú se ha demostrado que precisamente este profesional, carece de estas cualidades. No solo, ha demostrado su mala *praxis* en el proceso judicial, sino dentro del arbitraje; distorsionando su contenido al ejercerlo, como si se tratase de una instancia judicial. Y es que estando en el siglo XXI ya nada parece sorprendente, desde que el Estado ha apañado la mala *praxis* arbitral, en favor de la corrupción. Situación indignante, para algunos que consideramos hacer las cosas, de manera correcta.

Según (Bullard, 2012, pág. 58), para desilusión de muchos de los abogados, el arbitraje, está muy lejos de ser una institución jurídica. Inicialmente fue una institución práctica, una institución de comerciantes, partiendo de esta precisa definición, el arbitraje goza de un pragmatismo. Como abogados, estamos acostumbrados a que exista una lógica y coherencia jurídica; si aquello no encaja en la lógica jurídica; para nosotros, es un absurdo jurídico, un ilógico. Sin embargo, el arbitraje ha avanzado por ser pragmático (Rafael Bernal Gutiérrez, Fernando Mantilla Serrano, 2010, pág. 236).

## II. Existe una exclusión “intencional” del OSCE, al ponderar el arbitraje institucional *contrario sensu* al arbitraje *ad hoc* en Perú: ¿Es una cuestión de buena fe?

Cuando nos encontramos ante la decisión de querer celebrar un contrato con el Estado, dejamos la solución de nuestras futuras controversias, “de existir”, en las manos de un imparcial, y esto, para lograr un acuerdo objetivo. Por ende, celebramos un convenio arbitral (la inclusión de la cláusula arbitral en un contrato). En ese momento, la relación entre las partes se encuentra en óptimo nivel, ya que el conflicto no existe. Una vez surgido, las partes tienen la libertad de elegir a un tribunal arbitral y de renunciar al poder judicial, de elegir qué modelo de arbitraje será idóneo para sus controversias, bien *Ad Hoc* o Institucional, etc.

Según (Maguiña, 2007, pág. 22), la opción dependerá del pacto al que arriben las partes. Por ello, es muy importante **partir del análisis del caso concreto**, sobre todo, hacer una estrategia coherente; asumiendo un análisis legal y contractual de todos los hechos relevantes. Valdrá como un asesoramiento previo, una vez que surja el conflicto. Por lo tanto, la decisión que tomen las partes, afectará de manera significativa el desarrollo del arbitraje. De modo que, estas acciones equivalen a las buenas prácticas arbitrales.

También afirma, que es preferible, **pactar un arbitraje administrado y, si las partes luego consideran que es mejor para sus intereses el desarrollo de uno *ad hoc*, será más fácil hacer el cambio hacia éste.** (Maguiña, 2007, pág. 22) A mi entender, no estoy de acuerdo con esta posición, ya que sería en vano realizar un análisis del caso concreto, y para iniciar una mejora en la buena *praxis* arbitral, se estaría desorientando u contradiciendo la decisión inicial de la autonomía de las partes, sobre el alcance del

acuerdo de arbitraje. Considerando, además, la desnaturalización del proceso arbitral, asemejando la figura del arbitraje institucional con el juez natural.

No enfatizo mi discrepancia ante ningún modelo de arbitraje, sin embargo, el arbitraje institucional no se había visto corruptible anteriormente, como ejemplo de ello, hasta en la segunda modificatoria “de la Ley General de Arbitraje” (en adelante LGA) - Decreto Ley N° 25935, se ejercía partiendo de buenas prácticas arbitrales. No obstante, con el paso del tiempo, el desarrollo del arbitraje en Perú ha sido exponencial; pero a partir de la última década, se presentan varias modificatorias en la LGA (Ley N° 26572, desde el 6/1/1996 hasta el 13/11/2008); y el Decreto Legislativo N° 1071 (desde el 14/11/2008 hasta la actualidad), este último modificado en algunos artículos por el Decreto Legislativo N° 1231 (del 26/9/2015). En estas modificatorias, en los últimos gobiernos donde se presentaron, existió una pésima gestión pública, la cual estaba apañada por la ambición y la corrupción en el país. Como resultado de ello; varios de nuestros ex presidentes, actualmente son procesados por enriquecimiento ilícito y lavado de activos.

De inmediato, no me sorprende pensar que el problema continúa en la forma de *praxis* del arbitraje en Perú, percibiéndolo parcial y conveniente; desfavoreciendo al arbitraje ad hoc *a contrario sensu* del arbitraje institucional. **Debe ser porque el arbitraje ad hoc es mucho más independiente, económico y libre para las partes.**

El ORGANISMO SUPERVISOR DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO (en adelante, OSCE), determina con exclusividad al arbitraje institucional (Artículo 185.4 inc. b. y d. del Decreto Supremo N° 350-2015-EF),<sup>2</sup> para arbitrar con el Estado, y, de forma confusa, no le preocupa dejar vacíos normativos. Un ejemplo de ello, lo encontramos en la Directiva N° 019-2016-OSCE/CD, “DIRECTIVA DE ACREDITACIÓN DE INSTITUCIONES ARBITRALES POR EL OSCE”, la cual establece el procedimiento y los requisitos para acceder al otorgamiento y renovación de la acreditación de instituciones arbitrales; sin embargo, la vigencia de dicho dispositivo fue postergada en tanto se culminan las acciones necesarias para su implementación – la cual figura en la OPINIÓN N° 158-2017/DTN.

Esta opinión, comprende la posición de una institución arbitral suscrita a OSCE y por si no fuera suficiente, la exigencia que sea institucional, no ad hoc, basándose en el anterior artículo 185.4 inc. b. y d. Como no estoy en contra de los modelos de arbitraje, sustento la relación que tiene el convenio arbitral o cláusula al momento de suscribir el contrato. Sin habernos dado cuenta, puede especularse que, la autonomía de voluntad, cuando se trata de bienes públicos, no tiene validez en Perú.

Finalmente, estas directivas, traen mucha preocupación, aparte de que confunden, y arbitrariamente estropean los intereses de las partes, especialmente de los usuarios y

---

<sup>2</sup>Artículo 185.4. “En los siguientes supuestos, el arbitraje deberá ser iniciado ante cualquier institución arbitral registrada y acreditada ante el OSCE ubicada en el lugar del perfeccionamiento del contrato o, en caso no exista una en dicho lugar, ante cualquier otra ubicada en un lugar distinto: (...) b) Cuando a pesar de haberse precisado en el convenio arbitral que el arbitraje es institucional no se ha designado a una institución arbitral determinada.(...) d) Cuando a pesar de haberse precisado en el convenio arbitral que el arbitraje es institucional se ha designado a una institución arbitral no acreditada.”

clientes. En consecuencia, se han planteado varias interrogantes dentro de la doctrina arbitral peruana, algunas de ellas en relación a los modelos de arbitraje:

- ¿Puede ser corrupta una institución?
- ¿Puede ser corrupto un concepto?

Quienes ejercen la práctica del arbitraje son los mismos árbitros, sostengo mi posición de que no existe arbitraje corrupto por su contenido, que perjudique, el debido proceso arbitral o la autonomía de voluntad. Por lo tanto, depende de quiénes ejercen la profesión, ya que al final ¿Qué nos garantiza que estando en el arbitraje institucional, sea incorruptible, y estando en el ad hoc, sea lo contrario?

Como ejemplo de ello, las más importantes contrataciones públicas que hizo el Estado, fueron mediante arbitraje institucional (CHAVEZ, 2017), tenemos los casos más destacados como las empresas brasileñas ODEBRECHT, y el caso de ORELLANA<sup>3</sup>, esto se produjo en un centro de arbitraje, tal cual fue el Colegio de Abogados de Lima. Ciertamente es que, son las buenas prácticas de las instituciones arbitrales, incluyendo las de ética profesional del árbitro, las que son dirigidas por la eficiencia del acto resolutorio imparcial y transparente, que se quiere lograr con el arbitraje en Perú.

### III. Las incongruencias del OSCE en el registro de árbitros

Para ejercer la función arbitral en Perú, hay que ser especialistas en derecho administrativo, derecho de contrataciones y derecho arbitral, según el artículo 52.4 de la Ley de Contrataciones con el Estado – Decreto Supremo N° 350-2015-EF<sup>4</sup>. Exigencia imperativa y no dispositiva. Lamentablemente, ni la Ley de Contrataciones con el Estado (en adelante, LCE) ni el Reglamento de Contrataciones con el Estado (en adelante, RLCE), han precisado cómo acreditar esta especialización. De aquí que, genera algunos problemas de aplicación práctica pues no existe actualmente, un criterio normativo general respecto de cuándo se considera especialista en alguna materia a un abogado.

Para el caso de los profesionales inscritos en el Registro de Árbitros del OSCE (los profesionales que cumplan con estos requisitos inmediatamente pueden arbitrar), la Directiva N° 019-2016-OSCE/CD, muy aparte de determinar que todos los arbitrajes sean institucionales y ante la falta de congruencia legal; estableció criterios objetivos sobre este aspecto, pues considera que las especializaciones en arbitraje, derecho administrativo y contrataciones del Estado, pueden acreditarse con estudios académicos (doctorados, maestrías o diplomados con un mínimo de 120 horas académicas), experiencia funcional (como mínimo cinco años) o experiencia docente (como mínimo cuatro semestres académicos) en las materias de especialización exigidas.

---

<sup>3</sup> El Comercio, R. (13 de nov de 2014). ¿Quién es Rodolfo Orellana? Así funcionaba su red delictiva. El Comercio, pág. 2.

<sup>4</sup> TÍTULO V - SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS E IMPUGNACIONES: Artículo. 52.4 “El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado, **pudiendo los demás integrantes del colegiado ser expertos o profesionales en otras materias.** La designación de los árbitros y los demás aspectos de la composición del tribunal arbitral son regulados en el reglamento” (el resaltado es propio).

A pesar de ello, **solo pueden arbitrar aquellas personas que estén en su registro**, aún puedo pensar que me encuentro supeditada a que un centro de arbitraje me permita ingresar a arbitrar cuando esté facultada. En Lima piden que el presidente forme parte del registro, pero en provincias exigen que los tres integrantes formen parte de esa nómina. ¿Acaso no estamos distorsionando la economía de mercado? Dado que, **solo los árbitros inscritos son los únicos que podrían ejercer en el arbitraje con el Estado**.

Bullard sostiene que los centros arbitrales pueden (si lo desean) establecer que solo nombrarán árbitros de las listas elaboradas por ellos. (...) la confirmación es un mecanismo mediante el cual el centro arbitral puede rechazar un árbitro propuesto por las partes si considera que no es idóneo. Estas reglas tienen por propósito que la entidad que ofrece el servicio pueda prestigiarse por la calidad de los profesionales que usa como árbitros y a la vez mejorar la calidad y seguridad de su servicio. (...) Pero les corresponde a las partes del arbitraje decidir qué centro escoger (el resaltado es propio). (Bullard Gonzales, 2017)

Tras esta situación, la directiva limita el derecho de los usuarios o administrados a contratar a un buen centro de arbitraje, muy aparte de ser arbitraje ad hoc o institucional, no nos podría asegurar la honestidad de los árbitros. Quiero creer que lo que el OSCE busca, es calidad y transparencia, a través de la experiencia acreditada.

Mirándolo así, dos centros acreditados por el OSCE terminarían por controlar la mayoría de los arbitrajes que se dan en el interior del país. Ante esto, lo que tenemos que hacer es brindar la oportunidad de trabajo a los árbitros que egresan, lo que es ilógico sustentar porque se debería estar realizando, de no ser así, sería una estafa (Linares Retamozo, 2018).

Y justo por esta razón, una propuesta de solución sería, asegurar la responsabilidad del árbitro, habiendo excedido los límites normativos de errores admisibles en su *praxis*, tras haber producido un perjuicio económico rotundo en el patrimonio o en los derechos de los interesados. Acreditando de forma detallada y diligente su negligencia. No solo se trata de tener una lista excluyente, sino de respetar la variedad y las reglas del mercado como el prestigio del árbitro.

Es decir, la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, CCL), en su reglamento de arbitraje, el artículo 11. Inc. 5<sup>5</sup> y el artículo 12. Inc. 2<sup>6</sup> sostiene que, ellos tienen el derecho de confirmar a los árbitros de partes designadas. ¿Una parte designa un árbitro y la Cámara de Comercio puede decidir si es confirmado o no? Lo curioso es qué se percibe como un hecho disfuncional que vulnera la autonomía de las partes al seleccionar los árbitros.

La LGA, en su Decreto Legislativo 1071 (artículo 6)<sup>7</sup> es clara. **El pacto para arbitrar, incluye las reglas del reglamento arbitral al que las partes se han sometido** (uno

---

<sup>5</sup>Artículo 11: "Procedimiento de designación (...) 5. Los árbitros que no integren el Registro de Árbitros del Centro deben ser confirmados por el Consejo".

<sup>6</sup> Artículo 12: "Nombramiento y confirmación por el Centro (...) 2. El Consejo solo nombra como árbitros a los integrantes del Registro de Árbitros del Centro".

<sup>7</sup> DECRETO LEGISLATIVO N° 1071 - TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES. Artículo 6º.- "Reglas de interpretación. Cuando una disposición de este Decreto Legislativo: a. Deje a las partes la facultad de decidir

escoge un centro con o sin lista o con o sin confirmación de árbitros. A nadie se le impone nada). Los centros arbitrales se han puesto más exigentes con sus listas y sistemas de confirmación para purgar árbitros no deseables. (Bullard Gonzales, 2017) Esto es complementario e interpretativo, ya que la LCE y el OSCE indican al arbitraje institucional, como un propagador de calidad, seguridad y transparencia, al ser un filtro de instituciones arbitrales y árbitros, pero es muy posible que estén soslayando sin intención al arbitraje ad hoc.

#### **IV. La vulneración de la ética profesional ligada a la recusación del árbitro en Perú**

El Código de Ética de la Cámara de Comercio de Nicaragua, señala en su artículo. 4. Inc. 7<sup>8</sup> la forma correcta de participación del árbitro y de todo miembro del Centro para evitar que esta sea injusta y, cause la impresión de deshonestidad e imparcialidad, por así decirlo en otras palabras, la falta de idoneidad moral. (Mario Castillo Freyre - Rita Sabroso Minaya, pág. 12) Debido a que, es obligación del árbitro nombrado comunicar aquellas circunstancias que infieran en su imparcialidad, transparencia y libere de dudas, su designación como parte del proceso. Más aún, si este pudiera tener inclinaciones favorables con una de las partes, o prejuicios en contra, que afecten su independencia, eliminando todo vínculo e interés. Queda definido que, la experiencia enseña que se recusa a un árbitro básicamente por cuestiones éticas.

Por otra parte, al Centro le corresponde tomar las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial, garantía que viene dada del hecho

---

*libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión. b. Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido.*

*c. Se refiera a un contrato, también se entenderá a un acto jurídico. d. Se refiera a la demanda, se aplicará también a la reconvencción, y cuando se refiera a la contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción, excepto en los casos previstos en el inciso a del artículo 46<sup>9</sup> y en el inciso a. del numeral 2 del artículo 60<sup>9</sup>. e. Se refiera a tribunal arbitral, significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros. f. Se refiere a laudo, significa entre otros, tanto un laudo parcial como el que resuelve de manera definitiva la controversia”.*

<sup>8</sup> Código de Ética de la Cámara de Comercio de Nicaragua - Capítulo II Deberes Fundamentales: Artículo 4.- “Deberes Generales de los Miembros (...) 7. Mantener la Independencia e Imparcialidad. Todo Miembro debe actuar de manera justa y evitar causar la impresión de que su conducta es deshonesto o parcial. Para ello deberá: a. Conducirse de manera ecuánime con todas las personas con que tenga relación con motivo del servicio.

*b. No tener ningún vínculo económico, contractual, comercial, profesional o familiar, presente o pasado, con las partes y sus representantes, que pudiera afectar su imparcialidad o crear razonablemente la apariencia de parcialidad o prejuicio. Esta obligación deberá observarse aún después de concluido el proceso de que se trate, por un período de un (1) año. c. No dejarse influenciar por relaciones o responsabilidades, presentes o pasadas, de carácter comercial, financiero, profesional o familiar, ni por intereses propios, presiones externas, consideraciones políticas, presión pública, lealtad a una parte o temor a las críticas; d. No podrá incurrir, directa o indirectamente, en obligaciones o aceptar beneficios que pudieran interferir o parecer interferir de algún modo en el cumplimiento de sus obligaciones. Ningún miembro deberá aceptar dádivas, directa o indirectamente, de ninguna de las partes del proceso o sus representantes; e. (...) o que podría beneficiarse del acuerdo de mediación o del laudo arbitral”.*

de contar con un Código de Ética que establece las disposiciones sobre la materia y mediante lo que se conoce por Guía de Revelación del Árbitro. (Serrano, 2008)

Es así que, el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado, Decreto Supremo N° 184-2008-EF; antes de su derogación (Reglamento de la Ley N° 30225, LCE - DECRETO SUPREMO N° 350-2015-EF, en adelante, RLCE), en su artículo 224<sup>9</sup>, y en el artículo 3 del Código de Ética de la CCL<sup>10</sup>, indica que un dependiente jamás podrá ser árbitro; por más que firme la declaración de dependencia, no lo hará independiente.

Es absolutamente inútil si con ella se pretende ejercer la función arbitral en ese proceso determinado; todo ello, naturalmente, **salvo que la parte afectada** dispense esa dependencia (situación que, aunque insólita, resulta posible). (Mario Castillo Freyre - Rita Sabroso Minaya, pág. 13) No hay que olvidar que el quebrantar estas dos principales normativas, automáticamente se consideran causales de recusación arbitral, incluidas en el artículo 225 del RLCE<sup>11</sup>.

Por último, para actuar de forma eficiente, dentro de los límites de independencia e imparcialidad, al interior del arbitraje es primordial, el uso de las directrices IBA, solo como

---

<sup>9</sup> Artículo 224.- *“Independencia, imparcialidad y deber de información: Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales profesionales o comerciales. Todos los árbitros deberán cumplir con lo establecido en el Código de Ética aprobado por el OSCE. Todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, que pudiera afectar su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación durante el desarrollo de todo el arbitraje y que pudiera afectar su imparcialidad e independencia. Asimismo, el árbitro designado debe incluir una declaración expresa sobre su idoneidad para ejercer el cargo, su capacidad profesional en lo que concierne a contar con conocimientos suficientes para Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, así como la disponibilidad de tiempo suficiente para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria”.*

<sup>10</sup> Principios Fundamentales. Artículo 3º.- *“Los árbitros deberán observar una conducta acorde con los siguientes principios: a. Imparcialidad: Antes de aceptar una designación como árbitro deberá verificar si existe alguna relación de la que pueda surgir un interés directo o indirecto en el resultado de la controversia, o alguna circunstancia que pueda poner en duda su imparcialidad, y en su caso, hacerla conocer a las partes. b. Independencia: Mientras se está actuando como árbitro, deberá cuidar de mantener la libertad y autonomía en el ejercicio de sus funciones. c. Neutralidad: Mientras se está actuando como árbitro, deberá evitar cualquier situación que pueda afectar su objetividad, que haga dudar de su neutralidad o que sea susceptible de crear una apariencia de parcialidad o predilección hacia alguna de las partes. d. Equidad: Deberá conducirse en todo momento con equidad, absteniéndose de resolver sobre la base de inclinaciones subjetivas que puedan implicar un prejuicio. Procurará resolver en la forma más objetiva posible. (...) f. Integridad: Debe conducirse en todo momento con integridad y transparencia en el arbitraje, de manera de resguardar la confianza que el público en general tiene en este mecanismo. Deberá recordar que, en la resolución de un caso sometido a arbitraje, además de aquél, está en juego también la confianza en el arbitraje como mecanismo de solución de controversias. (...)”.*

<sup>11</sup> Artículo 225. *“Causales de Recusación. Los árbitros podrán ser recusados por las siguientes causas: 1. Cuando se encuentren impedidos conforme el artículo 221 o no cumplan con lo dispuesto por el artículo 224. 2. Cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias. 3. Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa”.*

guía o referencia, que respalde y garantice la buena *praxis* del arbitraje; especialmente a través de sus denominadas “Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional” del 22 de mayo del 2004. En su primer artículo sostienen, “como principio general” que “cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios”.

Complementando esta dualidad de reforzamiento, la LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (Aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) en su artículo 12, establece que, durante toda la instancia arbitral, para consolidar un acto de recusación, este debe ser idóneo, justificado y objetivo. (INTERNACIONAL, 2008, pág. 7)

Dejando en claro que, cuando no existe transparencia en el deber de información sobre independencia e imparcialidad del árbitro, contundentemente, acarrea en responsabilidad de acción por daños y perjuicios. Una responsabilidad contractual, estando supeditada a la acreditación de dicha falta, bajo las normas o límites típicos e idóneos que configuren el correcto tipo de dolo o culpa, correspondiente a su declaración.

## **V. Conclusiones:**

- Finalmente, el contenido del arbitraje no se asemeja a otra institución judicial. Si las actuales normativas o directivas lo reducen haciéndolo ver como un proceso natural, depende del árbitro que permanezca imparcial e independiente, bajo el cumplimiento del Código de Ética de la Cámara de Comercio donde éste figure, localmente, como la LGA y de referencia, las directrices IBA, respaldando su idoneidad moral. Garantizando, el cumplimiento de la buena fe de las partes, que quedan expensas a su “buena *praxis*”, fortaleciendo el alcance del convenio arbitral.
- Puede ser un problema de interpretación que, la nueva LCE obligue a que los arbitrajes del Estado sean manejados por instituciones arbitrales acreditadas. Se comprende que, se realiza con la intención de ofrecer un arbitraje de buen estándar y transparencia. Aun así, hay centros con malas listas o con malos sistemas de confirmación, es decir la “tecnología” de acreditación de instituciones arbitrales como de árbitros, no siempre será eficiente, si el árbitro tiene falta de idoneidad moral, por más que la confirmación lo respalde.
- Dentro de la acreditación de instituciones arbitrales y de árbitros, que determina el OSCE en Perú, tendría mayor validez, aplicar la responsabilidad contractual de manera más ordenada y coherente<sup>12</sup>. Empezando, por una cobertura de seguro, otorgada por las instituciones arbitrales en relación a sus árbitros y aquellos abogados que desempeñen las funciones de arbitraje. De modo que, garantiza la seguridad jurídica y el principio de

---

<sup>12</sup> Directiva N° 019-2016-OSCE/CD, “DIRECTIVA DE ACREDITACIÓN DE INSTITUCIONES ARBITRALES POR EL OSCE”

buena fe, sin dejar incongruencias o vacíos normativos. Resguardando el régimen jurídico de la ética arbitral y evitando conflicto de intereses.

- Se ha visto que, las conductas que malversan la *praxis* en los procesos arbitrales, son apañadas por la gestión estatal; *hic et nunc* el arbitraje pierde imparcialidad desde el momento en que se administra la autonomía de voluntad de las partes por el Estado, por añadidura se trata de una idiosincrasia social.
- Es necesario, *capacitar al poder judicial sobre los beneficios y el funcionamiento del arbitraje, de modo que pueda respaldar de manera más efectiva el proceso de arbitraje*<sup>13</sup>. (Born, 2018)
- Es necesario, que exista en Perú, una capacitación obligatoria que certifique verazmente, a los que contratan con el Estado, sobre los pro y contras **actuales** de la LGA y la LCE; no siendo una tarea loable. Al contratista le conviene conocer los beneficios y diferencias de cada modelo de arbitraje, obteniendo mayor conocimiento de las funciones del árbitro. Así respalda y asegura el principio de buena fe, como la garantía de sus intereses. Incluso, se convertiría en otro supervisor más y garante a futuro, del proceso arbitral, fortaleciendo su autonomía de voluntad.
- Hay que descentralizar las reglas aplicables a las disputas arbitrales internacionales, a nivel nacional, es decir en los tribunales inferiores, que no están familiarizados con el arbitraje internacional. Además de trabajar con el Poder Judicial en asuntos de arbitraje, es urgente hacer un esfuerzo para ampliar los rangos, lo que significa traer árbitros más jóvenes y abogados especializados en el área que no necesariamente tienen el mismo historial en términos de experiencia profesional. (Born, 2018)<sup>14</sup>
- Los árbitros con antecedentes, experiencia y habilidades adecuados para la disputa tienden a trabajar de manera más eficiente y confiable, y al mismo tiempo aseguran que el Tribunal incluya una combinación equilibrada que brinde neutralidad y objetividad. (Born, 2018)<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> “Pienso que uno de los desafíos más importantes que la práctica de arbitraje internacional afronta en América Latina es la necesidad de entrenar su judicatura sobre las ventajas y el funcionamiento de arbitraje, de modo que esto más con eficacia pueda apoyar el proceso arbitral.” Traducción libre de: “I think that one of the most important challenges that the practice of international arbitration faces in Latin America is the need to train its judiciary on the benefits and functioning of arbitration, so that it can more effectively support the arbitral process”.

<sup>14</sup> “En particular en los tribunales inferiores que están menos familiarizados con el arbitraje internacional y las reglas aplicables a discusiones internacionales arbitrales. Además del funcionamiento con la judicatura sobre asuntos de arbitraje, es extraordinariamente importante hacer un verdadero esfuerzo para ensanchar las filas, que típicamente significa la introducción de árbitros más jóvenes y abogados especializados en el área que no necesariamente tienen la misma trayectoria en términos de experiencia profesional o actuando como árbitros como otros lo tendrían”. Traducción libre de: “Particularly in the lower courts which are less familiarized with international arbitration and the rules applicable to international arbitral disputes. In addition to working with the judiciary on arbitration matters, it is extraordinarily important to make a real effort to widen the ranks, which typically means bringing in younger arbitrators and counsel specialized in the area who do not necessarily have the same track record in terms of professional experience or sitting as arbitrator as other might”.

<sup>15</sup> “En mi experiencia, árbitros cuya trayectoria, experiencia y habilidades son adecuadas tienden a trabajar de una manera más eficiente y confiable, asegurando además que el Tribunal incluya una mezcla equilibrada que proporciona la neutralidad y la objetividad. Traducción libre de: “In my experience, arbitrators whose backgrounds, expertise and abilities are well-suited to the dispute tend to work more efficiently and reliably, while also ensuring the Tribunal includes a balanced mix that provides neutrality and objectivity.”

## Bibliografía

- (ICC), C. d. (2017). *REGLAMENTO DE ARBITRAJE - REGLAMENTO DE MEDIACIÓN*. PARIS: Cámara de Comercio Internacional (ICC) 2011, 2013, 2017 .
- Bernal Gutiérrez, R.; Mantilla Serrano, F. (2010). *Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*. Bogotá - Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Born, G. (16 de mayo de 2018). *Most successful jurisdictions are those....* Obtenido de <http://ciarglobal.com/gary-born-most-successful-jurisdictions-are-those-that-actively-support-the-arbitral-process/>
- Bullard Gonzales, A. (25 de marzo de 2017). *Arbitraje sin airbag*. Obtenido de <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/arbitraje-airbag-alfredo-bullard-408474>
- Bullard, A. G. (2012). *Alfredo Bullard Gonzáles ¿Es un arbitraje un juicio?* Obtenido de [www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1\\_3-Es-un-arbitraje-un-juicio.pdf](http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1_3-Es-un-arbitraje-un-juicio.pdf)
- Chavez, J. H. (4 de agosto de 2017). *El lado bueno, feo y pero del arbitraje*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=9dLL8Q1KLqA>
- Castillo Freyre, M.; Sabroso Minaya; R. (s.f.). *INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD, DEBER DE DECLARACIÓN Y RECUSACIÓN*. Lima: consucode.
- El Comercio, R. (13 de 11 de 2014). *¿Quién es Rodolfo Orellana? Así funcionaba su red delictiva*. *El Comercio*, pág. 2.
- Gonzales, A. B. (19 de julio de 2014). *Arbitraje con trampita*. Obtenido de <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/arbitraje-trampita-alfredo-bullard-343042>
- Internacioal, C. D. (2008). *LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL*. Nueva York: PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Obtenido de: [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)

Linares, A. R. (18 de Octubre de 2017). *Panorama actual del Arbitraje Nacional*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=uvmrWZnjFKU&t=16s>

Maguiña, C. R. (2007). Arbitraje adhoc e institucional. EL ROL DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES EN EL PERÚ. *Iuris Dictio - Revista de Derecho*, 22. Obtenido de <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/669/963>

Serrano, M. A. (28 de mayo de 2008). *Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Nicaragua*. Obtenido de La Independencia e Imparcialidad del Árbitro: <http://www.cmanicaragua.com.ni/index.php/documentacion-y-descarga/articulos-de-interes/la-independencia-e-imparcialidad-del-arbitro/>

## La buena diligencia del nombramiento de un árbitro

Reynaldo Alfonso Herrera Chavarría<sup>1</sup>

El presente artículo tiene la intención de continuar haciendo conciencia sobre la relevancia que merece el nombramiento del árbitro que, por virtud de Ley o de una cláusula arbitral, corresponde a las partes para conformar un tribunal de árbitros.

El ‘árbitro’ es un juez privado designado por aquellos quienes desean que resuelva su controversia (Clay, 2001, pág. 18). Es un axioma frecuentemente citado en la comunidad arbitral que un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen (Sanders, 1999, pág. 224)

Es importante agregar que “la resolución de una controversia por parte de un árbitro es una obligación personalísima al consistir en una actividad intelectual en función de sus conocimientos, especialidad, experiencia, disponibilidad, etc. Cualidades todas ellas infungibles que contribuyen al carácter indelegable de las obligaciones intuitu personae del árbitro.” (Munné Catarina, 2002, pág. 22)

Muchos son los casos en que la designación del árbitro es tomada a la ligera, con consecuencias poco agradables para quien ha realizado dicha designación.

Los siguientes son, a mi consideración, los asuntos más importantes a tomar en cuenta en el momento de ejercer el preciado derecho de nombrar un árbitro:

- I. El estudio del contrato y de la cláusula o convenio arbitral
- II. La profesión del experto que fungirá como árbitro
- III. La elaboración de un perfil del candidato
- IV. La entrevista
- V. La aceptación

### **I. El estudio del contrato y de la cláusula o convenio arbitral**

Siendo el arbitraje una institución que se funda en la autonomía privada y la libertad contractual de las partes, es mediante el convenio arbitral que los sujetos declaran libremente su voluntad de someter sus controversias a una jurisdicción extraordinaria y

---

<sup>1</sup> Reynaldo Alfonso Herrera Chavarría, es socio fundador de HERRERA CHAVARRIA ABOGADOS, es Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Dr. José Matías Delgado. Está autorizado por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador para el ejercicio de la Abogacía y el Notariado. Posee un Post-grado Internacional en Derecho Empresarial por el Instituto Superior de Economía y Administración de Empresas (ISEADE) y la Escuela Superior de Economía y Administración de Empresas (ESEADE), Argentina 2017. Fungió durante 7 años el cargo de Director del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador. Es profesor del Diplomado en Arbitraje Comercial que dicho Centro realiza anualmente desde el año 2011 y es expositor en temas relacionados con los medios alternos de resolución de conflictos comerciales a nivel nacional e internacional. Está autorizado como árbitro ante la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).

privada: el arbitraje, excluyendo por lo tanto la intervención de la jurisdicción del Poder Judicial (Soto Coaguila, 2011, pág. 154)

La importancia del estudio del contrato recae en definir, simultáneamente, la materia de este y la materia arbitrable. Por ejemplo, si es un conflicto de propiedad intelectual, de comercio internacional, societario, de incumplimiento de contrato, de interpretación del contrato, etc. Y, por otro lado, obtener los elementos necesarios para convencer al tribunal arbitral que dirimir el conflicto surgido es de su competencia.

En concordancia con lo anterior, Soto Coaguila afirma: “En todo caso, si las partes deciden someter algunas controversias a la competencia de un tribunal arbitral, deben tener presente que las controversias casi siempre surgen acompañadas de otras controversias afines. Por ejemplo, si las partes pactaron que solamente se someterán a arbitraje las cuestiones referidas a la resolución del contrato, que pasará cuando una de las partes incumpla y la otra demanda en la vía arbitral la resolución del contrato, ¿podrá demandar también la indemnización de daños contractuales (responsabilidad contractual)? Probablemente, la parte demandada alegue que la indemnización de daños no es materia arbitrable. ¿Qué se debe hacer en ese caso? En este caso, corresponderá al tribunal arbitral decidir si dicha materia es de su competencia o no, para lo cual deberá tener en cuenta las contingencias del caso particular. Sin embargo, consideramos que en aplicación del principio de *favor arbitri* y teniendo en cuenta que uno de los efectos de la resolución contractual es justamente el resarcimiento de daños y perjuicios, no existe óbice para que el tribunal arbitral pueda conocer dicha materia. Pero no podemos afirmar que el tema sea tan simple, pues en Derecho no hay verdades absolutas, por el contrario, todo es cuestionable. Por lo tanto, a fin de evitar inconvenientes posteriores, recomendamos que cuando se pacte que sólo algunas (o ciertas) controversias serán materia de arbitraje, resulta conveniente estipular que también serán materia del arbitraje las cuestiones vinculadas o relacionadas”. (Soto Coaguila, 2011, págs. 164-165)

En concordancia con lo anteriormente manifestado, mi sugerencia en la práctica ha sido siempre enfocarse en el conflicto o los conflictos que constan en las negociaciones que han tenido las partes previas a la decisión de acudir al arbitraje. Al respecto, Merino Merchán afirma que “la necesidad de especificar las diferencias es decisiva para acotar el campo de actuación y decisión de los árbitros, ya que, en otro caso, cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión, el laudo podrá ser atacado a través de la acción de anulación”. (Merino Merchan, 2006, pág. 270)

Lo manifestado por dichos autores reafirma que la solución también podría venir de uno de los aspectos más importantes del arbitraje, como lo es la adecuada redacción de las cláusulas arbitrales, pues éstas nos permiten poder establecer filtros del tipo de reclamaciones que, por la voluntad de los contratantes, serán sometidas al Tribunal de Árbitros. Es por eso por lo que se insiste en el estudio a conciencia de la cláusula arbitral.

## **II. La profesión del experto que fungirá como árbitro**

Si del estudio de la cláusula resulta que, el tribunal que se debe integrar es exclusivamente de abogados, debemos tomar en cuenta que las ciencias jurídicas tienden a una especialización cada vez más exigente, lo cual representa una excelente oportunidad de poder encontrar a un profesional suficientemente apto para entender y resolver el conflicto que se le pretende encomendar.

Por consecuencia lógica, lo mismo debería ocurrir con muchas de las ciencias de hoy en día; esto para el caso que la *lex arbitri* o la cláusula arbitral, permita la integración del tribunal arbitral con un profesional de una ciencia distinta de la del derecho.

Por tanto, el segundo paso es estudiar la conveniencia y factibilidad de designar como árbitro a un profesional de una ciencia distinta. Si la *lex arbitri* o el pacto arbitral lo permiten, entonces es factible. La discusión sobre si es mejor un abogado en contraste con un ingeniero -por ejemplo, en el caso de una disputa relativa a un contrato de construcción de obra- sigue estando presente, lo cual, a mi humilde parecer, ya no debería ser sujeto de debate; pues la experiencia ha demostrado que tanto los árbitros ingenieros son excelentes conductores del procedimiento como los abogados especialistas en el derecho de construcción han sabido empaparse del conocimiento necesario para entender, discutir y resolver este tipo de disputas, logrando, cada vez más, un loable desempeño como árbitros o expertos en disputas relacionadas con contratos de construcción, a pesar de su complejidad.

Más bien, la decisión debería de adoptarse pensando de manera estratégica en lograr sutilmente la constitución de un tribunal mixto, que son los que en la práctica han mostrado mejores resultados. Así, por ejemplo, conviene nombrar un árbitro Ingeniero luego que la otra parte haya nombrado el suyo, con la idea que posteriormente ambas partes o ambos árbitros nombren a un abogado como presidente del Tribunal. Por el contrario, si mi designación es la primera, puedo nombrar un árbitro abogado para que la otra parte conteste de la misma manera y que los abogados nombren a un Ingeniero como presidente del Tribunal. Por supuesto que esta estrategia, no es infalible, pues existe el riesgo de que los árbitros nombren presidente a un profesional de su misma ciencia o que la otra parte haga su nombramiento llevando la contraria. Sin embargo, a pesar del riesgo, la anterior estrategia funciona con bastante frecuencia.

## **III. La elaboración de un perfil del candidato**

El tercer ejercicio tendría que ser, obligadamente, hacer un perfil del experto que se debe designar como miembro del panel arbitral o para proponerlo como árbitro único. Este valioso ejercicio, nos permitirá fijar criterios que servirán para la elección del experto. Me refiero a criterios objetivos como la preparación académica, la experiencia profesional y la experiencia en arbitrajes; y criterios subjetivos, tales como la edad, la nacionalidad o el sexo. Pero quizás, el elemento más valioso de tener un perfil definido es que podemos escoger varios expertos que cumplan con los mismos requisitos, y empezar por el que más nos guste, pues suele ocurrir en la práctica que el que más nos gusta no tiene tiempo para

atender la disputa, o tiene algún conflicto de interés, o no esta de acuerdo con los honorarios. En fin, la recomendación es tener siempre, al menos, un as bajo la manga.

Aclaro que lo más recomendable es enfocarse en los criterios objetivos, sin olvidarse los criterios subjetivos, sino simplemente poner estos últimos en segundo plano.

Es importante destacar que “la forma de designación directa de un Tribunal Arbitral, es decir, por nominación de las partes, no es exclusiva de un arbitraje de tipo ad hoc. El sustento es simple: el arbitraje —sea de tipo institucional o de tipo ad hoc— parte de un principio elemental, cual es la autonomía privada de la que gozan las partes para establecer el mecanismo arbitral que más les convenga para resolver sus controversias, sin recurrir a la jurisdicción ordinaria. En tal sentido, las partes que celebran un convenio arbitral bien pueden establecer en su cláusula un sistema de composición del Tribunal Arbitral delegado en una institución arbitral, pero sin someterse a su administración, estableciendo así un arbitraje ad hoc; o también, pueden acordar someterse a la organización y administración del arbitraje por parte de una institución, pero fijando un sistema de designación directo del órgano arbitral.” (Del Aguila Ruiz de Somocurcio, 2011, pág. 78)

La mayoría de los Centros de Arbitraje alrededor del mundo poseen listas de profesionales que están autorizados para fungir como árbitros en dichas instituciones. Estas listas, resultan de gran utilidad para la búsqueda del candidato a árbitro, algunas incluso están seccionadas por especialidades.

Al respecto, Del Aguila manifiesta que “En el caso particular de los árbitros, el arbitraje institucional destaca nítidamente sobre el arbitraje ad hoc. Nos explicamos: las instituciones arbitrales tienen como una de sus principales tareas conformar una lista de árbitros idónea y especializada. Idoneidad, entendida como la aptitud del árbitro para solucionar las controversias presentadas, con el máximo de diligencia y conocimiento de la cuestión; y especialización de los árbitros, enfocada en los diversos campos del ordenamiento jurídico y de las actividades económicas. Al mismo tiempo, las listas de árbitros avaladas por la institución arbitral deben ofrecer transparencia, así como seguridad de imparcialidad y de independencia a las partes. Lo anterior proyecta una doble confianza a las partes con relación a los árbitros: (i) que éstos, así no lo quieran internamente, se verán compelidos a cumplir ciertas normas de conducta y asumir responsabilidades definidas, como el deber de declaración, por ejemplo; y (ii) en la eventualidad de su incumplimiento, se sujetarán a las sanciones que les imponga la institución arbitral. En consecuencia, la supervisión de conductas por parte de la institución arbitral resulta de vital importancia, lo que se presenta siempre en el arbitraje institucional, pero no en el arbitraje ad hoc.” (Del Aguila Ruiz de Somocurcio, 2011, págs. 82-83)

#### **IV. La entrevista**

No es obligatorio, pero si recomendable realizar una entrevista al candidato. Esta encomienda requiere de mucha cautela para evitar que el árbitro caiga en un conflicto de interés que, posteriormente, pueda ser utilizado por la contraparte para recusarlo, por tanto, deberá ser lo más breve posible y limitarse a tratar los siguientes aspectos:

- a) Darle los nombres de las partes y sus representantes y/o abogados para que manifieste si existe alguna circunstancia que pueda afectar su imparcialidad o independencia;
- b) Explicarle brevemente en qué consiste el conflicto y el monto del reclamo, si hubiere;
- c) Consultarle sobre su experiencia como árbitro;
- d) Consultarle sobre su conocimiento académico y/o práctico de la materia objeto de la disputa;
- e) Asegurarse que el árbitro domine el idioma que se ha pactado para el arbitraje;
- f) Consultarle sobre su disponibilidad de tiempo para atender el procedimiento; y
- g) Estar seguro de su conformidad con los honorarios establecidos en el reglamento aplicable para el caso del arbitraje institucional o los autorizados por el cliente para el caso de arbitraje ad hoc.

Esta entrevista, solo será posible si el árbitro así lo desea, de lo contrario, tendremos que acudir a otras fuentes para buscar la información que se pueda. Entre esas otras fuentes podemos encontrar: publicaciones en libros, revistas o páginas web, estadísticas de los centros de arbitraje, hoja de vida depositada en el Centro de Arbitraje, hoja de vida en páginas web, LinkedIn, etcétera.

## **V. La aceptación**

Finalmente, una vez hecha la elección, se debe comunicar al experto su designación como árbitro para que haga formal su aceptación manifestando a la vez que no tiene impedimento ni existe circunstancia alguna que pueda afectar su imparcialidad e independencia. La falta de cualquiera de estos requisitos puede generar un llamado de atención por parte del Centro de Arbitraje respectivo o la recusación del árbitro por la otra parte. Para González de Cossío “El tema de la independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros es de gran importancia en el arbitraje por la siguiente sencilla razón: el arbitraje se basa en la confianza” (González de Cossío, s.f., pág. 3)

Es importante asegurarse que el árbitro haga por escrito la aceptación que posteriormente debe ser entregada en la institución arbitral correspondiente o comunicada a la contraparte.

## **Conclusión**

La debida diligencia consistirá en tomarnos el tiempo de hacer a conciencia los ejercicios descritos, o algún otro que sea necesario según el caso-siempre dentro del límite de los más altos estándares éticos-, con lo cual estaremos garantizando que el árbitro elegido sea una persona idónea e independiente que juzgue el caso según sus conocimientos y que pueda discutir libremente con sus colegas co-árbitros las decisiones de fondo y forma que lleven a una solución del conflicto. Por otro lado, el hecho de haberse involucrado las partes en la elección de los árbitros con la debida diligencia, facilitará el cumplimiento del laudo, debido a la confianza generada por las correctas actuaciones del tribunal.

## **Bibliografía**

Clay, Thomas (2001). L'ARBITRE, Dalloz, Nouvelle: Bibliothèque de Thèses.

Del Aguila Ruiz de Somocurcio, Paolo (2011). Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Lima: OPENSAC.

González de Cossío, Francisco (s.f.), <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/INDEPENDENCIA%20IMPARCIALIDAD%20Y%20APARIENCIA%20DE%20LOS%20ARBITROS.pdf>

Merino Merchán, José y Chillón Medina, José (2006). Tratado de Derecho Arbitral, 3ª ed., Navarra: Editorial Aranzadi.

Munné Catarina, Frederic (2002). La administración del arbitraje: Instituciones arbitrales y procedimiento arbitral, Navarra: Editorial Aranzadi S.A.

Sanders, Pieter (1999). QUO VADIS ARBITRATION? Sixty Years of Arbitration Practice. The Hague, Netherlands: Kluwer Law International.

Soto Coaguila, Carlos A. (2011). Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Lima: OPENSAC.

# El acceso a la justicia arbitral

Roberto Yglesias Mora<sup>1</sup>

## Resumen

Se formula una propuesta alternativa para la solución de conflictos, no solo a la justicia tradicional, sino primordialmente al arbitraje común. El Estado y sus instituciones, están llamados a aplicar plenamente el derecho constitucional al arbitraje, garantizando y facilitando su acceso a las grandes mayorías. Con ese propósito, se propone la creación de un arbitraje popular de bajo costo, para conflictos que no sean complejos y tengan una cuantía moderada. Los costos actuales de las tarifas arbitrales no son accesibles para la mayoría de la población, lo que justifica la creación de un nuevo sistema arbitral, a patrocinar por El Estado y otras instituciones de interés general.

## Sumario

I. Introducción	35
II. El acceso al arbitraje es un derecho fundamental	36
III. Promoción estatal de la mediación, sí. ¿Y el arbitraje?	37
IV. Tarifas del arbitraje: Un costo siempre presente	38
V. El proceso arbitral es disponible	38
VI. Los nuevos usuarios del arbitraje	38
VII. Experiencia internacional	39
VIII. Nuevo tratamiento al acuerdo arbitral	40
IX. Impulso a la mediación	41
X. Síntesis del nuevo modelo arbitral	42
XI. Propuesta a los Colegios Profesionales	44
XII. Propuesta a las Cámaras de Comercio	44
XIII. Propuesta a las Universidades	45
XIV. Propuesta a las autoridades de Gobierno	45
XV. Comentario final	46
Bibliografía	47

## I. Introducción

Un proceso arbitral o un sistema arbitral tipifica como “popular”, si es de bajo costo y por ende, más accesible a sectores sociales de ingresos limitados. Un arbitraje popular también se ha de asociar, como regla, con un proceso abreviado y de poca complejidad sustantiva; además, con un Tribunal unipersonal y una cuantía de baja a moderada. Los conflictos de esa naturaleza que acceden al arbitraje en Costa Rica son escasos, en consideración a los altos costos que deben asumir las partes por el servicio institucional. Sin embargo, desde hace pocos años y según se describe en este trabajo, se ha ido abriendo paso en el mundo

---

<sup>1</sup> LLM Abogados. ygleleg@racsa.co.cr. Abogado y árbitro nacional e internacional. Profesor de Derecho Civil, Universidad de Costa Rica. Doctor por la Universidad Complutense de Madrid.

arbitral, un tipo de proceso cuya finalidad es atender y resolver conflictos de baja cuantía. Ciertamente el arbitraje no tiene porqué ser un mecanismo exclusivo del sector empresarial más desarrollado, como ha sido históricamente; sus indudables ventajas son reconocidas y pueden ser aprovechadas para resolver conflictos de muy distinta naturaleza y cuantía. No obstante, no le había llegado el turno a un arbitraje accesible a otros grupos sociales, ya sean comerciantes o no, pero con el común denominador de carecer de capacidad para afrontar los costos usuales y tarifas del proceso arbitral institucional.

El arbitraje no es un sistema hermético, antes bien se caracteriza por estar abierto a innovaciones, tener adaptabilidad y capacidad expansiva a otras áreas conflictuales de la diversidad social. Justamente, una de las críticas históricas al arbitraje, ha sido el de ser un sistema de justicia privada para los sectores sociales con mejor posición económica. La persistente necesidad de una justicia ágil, de calidad y más accesible, requiere apertura al arbitraje, como alternativa idónea para esos otros amplios sectores de la sociedad, que pueden y tienen derecho a acceder a sus indudables ventajas, ante las limitaciones y demora crónicas de la justicia tradicional.

La apertura del arbitraje en nuestro país es impostergable: siendo como es un derecho de rango constitucional<sup>2</sup>, no puede constituir monopolio de nadie en particular, sino que ha de estar accesible a más sectores socio económicos, estando el Estado llamado a garantizarlo y propiciarlo, como un derecho de todos a una justicia más ágil y especializada. Más allá, constituye una expresión invaluable de libertad personal y de ejercicio de la autonomía de la voluntad individual en las sociedades contemporáneas, sobrecargadas de regulaciones, limitaciones y formalismos.

## **II. El acceso al arbitraje es un derecho fundamental**

Así fue consagrado en la Constitución española de Cádiz de 1812, como un derecho esencial de los ciudadanos a resolver en definitiva sus diferencias mediante jueces árbitros (artículo 280). Su antecedente más inmediato se encuentra en la Constitución francesa de 1791 y en la declaración programática de la Asamblea Constituyente francesa. Este reconocimiento histórico derivó de la exaltación de la libertad individual, fruto de los ideales revolucionarios franceses, para quienes la justicia estatal debía ser sustituida por una privada y dispositiva por los particulares, en ejercicio libre de la autonomía de la voluntad. Esa norma constitucional gaditana, tuvo sin duda influencia en el ulterior desarrollo constitucional de los países hispanoamericanos.<sup>3</sup>

La constitución costarricense de 1871, tributaria de la española de 1812, consagró el derecho al arbitraje como una garantía individual, en su artículo 48, como sigue: *“Artículo 48. Todos los costarricenses ó extranjeros tienen el derecho de terminar sus diferencias en materia civil, por medio de árbitros, ya sea antes ó ya después de iniciado el pleito.”. (sic)*

---

<sup>2</sup> Artículo 43 de la Constitución Política, que se ubica en la categoría de derechos individuales fundamentales.

<sup>3</sup> Para todo, vid. MERINO MERCHÁN, J.F., en La Constitución de 1812 y el Arbitraje, en Revista del Club Español del Arbitraje, Madrid, núm. 14/2012, págs. 34-37.

La actual Constitución Política de Costa Rica de 1949, no escapó a la influencia liberal de la de 1871 y consagró también el arbitraje como un derecho fundamental en su artículo 43, así: *“Artículo 43.- Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente.”*<sup>4</sup>

Con este historial resumido, queda evidenciada la influencia de las ideas liberales decimonónicas en la consagración del arbitraje en Costa Rica como derecho fundamental a favor de todos los ciudadanos, introducido por los constituyentes en las constituciones de 1871 y 1949. Bajo esta premisa y considerando la jerarquía jurídica de ese derecho, surge inexorablemente la obligación imperiosa de El Estado, de garantizar plenamente el acceso al ejercicio de ese derecho fundamental individual y, en particular, respecto de los sectores sociales más desvalidos económicamente. Ese es el propósito de esta propuesta y el reto que presentamos aquí.

### **III. Promoción estatal de la mediación, sí. ¿Y del arbitraje?**

El Estado, por medio de la Dinarac<sup>5</sup> del Ministerio de Justicia, el Ministerio de Educación, el Poder Judicial, las universidades y los colegios profesionales, entre otras entidades, han asumido la tarea de promoción activa de la mediación en Costa Rica, como vía alternativa a la justicia judicial para la solución de conflictos. Lo acordado formalmente en la mediación institucional, goza, según la ley, de cosa juzgada material,<sup>6</sup> lo que constituye un importante logro para el sistema general de Justicia.

Son numerosos los programas de mediación que se desarrollan con respaldo institucional público,<sup>7</sup> aunque aún resultan insuficientes a los efectos de concientizar a la mayor parte de la población. Uno de los programas más valiosos, es del de las “Casas de Justicia”, auspiciado por el Ministerio de Justicia desde el año 1998, contando con sedes en varias zonas del país. Brinda servicios en tres niveles: a.) Un procedimiento de premediación, para determinar la mediabilidad del conflicto; b.) La mediación como tal, con el patrocinio de un tercero neutral, y, c.) Un subproceso de asesoría legal gratuita.<sup>8</sup>

La loable labor institucional pública y también privada, en el ámbito de la mediación a favor de sectores sociales sin mayores recursos económicos, no debe quedar allí: es necesario iniciar una apertura organizada hacia el mundo del arbitraje, para ofrecer adicionalmente un mecanismo social arbitral alternativo, no solo a la justicia judicial, sino al mismo

---

<sup>4</sup> En las actas de la Asamblea Constituyente de 1949, que revisó la Constitución de 1871, solo existe la siguiente lacónica referencia. “En relación con el artículo 48 el Representante CHACON presentó moción para que se lea así: “Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente”. [43] Sometida a votación, fue aprobada. En consecuencia, el artículo 48 se leerá en la forma indicada anteriormente.” De aquí surge el artículo 43 actual de la actual Constitución Política de Costa Rica.

<sup>5</sup> O de la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos, departamento adscrito al Ministerio de Justicia, y que por ley RAC tiene a cargo la aprobación y fiscalización de los centros arbitrales institucionales.

<sup>6</sup> Art. 9, Ley Núm. 7727, o ley RAC.

<sup>7</sup> Incluido un sistema de mediación vecinal, reglado por el Ministerio de Justicia.

<sup>8</sup> Vid. ARIAS SOLANO, R, en Acceso a la Justicia y Resolución Alternativa de Conflictos en C.R., Dinarac, San José, 2001, pág. 105.

arbitraje tradicional común. Han pasado ya 20 años desde la promulgación de nuestra legislación arbitral o ley RAC <sup>9</sup>, y es tiempo ya que El Estado asuma una posición activa y efectiva para garantizar a las grandes mayorías, además de la mediación, el acceso al proceso arbitral, organizado como un mecanismo efectivo, ágil, sencillo y de bajo costo, con justicia de calidad. Este proyecto debería ser una meta de la Dinarac y de las nuevas autoridades de Gobierno, que asumirán por el próximo cuatrienio en este 2018.

#### **IV. Tarifas del servicio arbitral: Un costo siempre presente**

El obstáculo principal para que más sectores sociales puedan acceder al proceso arbitral, ha sido históricamente sus altos costos y en particular, los que refieren a las tarifas de los centros arbitrales, que comprenden los costos del servicio institucional, así como los costos por la labor de los árbitros, a depositar, usualmente, y en su totalidad, al inicio del proceso, pudiendo incrementarse durante el trámite, por diversas razones. <sup>10</sup>

Un arbitraje accesible a las mayorías ciudadanas o popular, debe tener una cuantía máxima moderada, pues de ser elevada, no se justificaría acudir a las ventajas que ofrece. Para los fines que proponemos, se debe partir de un costo modesto por el servicio arbitral inicial (o Primera Parte), el que se vería incrementado, como regla de principio, solo si las partes no llegan a un acuerdo con auxilio de un tercero neutral, o a un acuerdo negociado directamente entre ellas, conforme a las etapas procesales que se describen más adelante.

#### **V. El proceso arbitral es disponible**

Un proceso arbitral que califique como popular, requiere por consiguiente una variación en los costos de las tarifas arbitrales usuales, a cuyo fin se deben introducir modificaciones al proceso arbitral común, regulado en nuestra Ley RAC, con el objetivo primordial de simplificarlo. Estas modificaciones son factibles, en regla de principio, gracias a los principios arbitrales de disponibilidad, informalidad y flexibilidad y a la capacidad legal de los centros arbitrales de emitir reglamentos arbitrales institucionales, con sus propias regulaciones, siempre y cuando que se respete el debido proceso arbitral (arts. 21, 22, 39, 71 y 72, Ley RAC).

#### **VI. Los nuevos usuarios el arbitraje**

Los destinatarios naturales del arbitraje popular serían, cuando menos, las mypymes, los consumidores, el sector laboral y las partes en contratos de obras menores. El arbitraje laboral ha quedado regulado en la reciente Reforma Laboral, que, no obstante, no excluye a los centros privados de prestar servicios de arbitraje laboral. El sistema estaría además abierto, eventualmente, a otros sectores de mínimos recursos económicos, en lo que sería un servicio arbitral puramente social. En el ámbito de los consumidores, es oportuno llamar la atención sobre el vacío institucional existente en esa materia, pese a que nuestra

---

<sup>9</sup> Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, Núm. 7727, de 1998.

<sup>10</sup> También destaca el costo de las pruebas periciales, que a veces resultan superiores al resto de los costos del servicio arbitral.

legislación sobre los consumidores prevé la vía arbitral como una opción para resolver sus conflictos. Así se desprende del artículo 58 de la ley vigente, al estipular que:

*“ARTÍCULO 58.- Arbitraje.*

*En cualquier momento y de común acuerdo, las partes pueden someter su diferendo, de forma definitiva, ante un árbitro o tribunal arbitral, para lo cual deben cubrir los gastos que se originen.*

*Las partes pueden escoger al árbitro o al tribunal arbitral de una lista-registro que, al efecto, debe llevar la Comisión nacional del consumidor. Los árbitros pueden cobrar honorarios por sus servicios.*

*Las personas incluidas en la citada lista deben ser de reconocido prestigio profesional y contar con amplios conocimientos en la materia.”<sup>11</sup>*

Pese al amplio desarrollo que ya existe en el Derecho comparado, incluyendo un arbitraje electrónico de consumo, la institucionalidad administrativa patria no ha logrado dar los pasos necesarios para implementar el arbitraje de consumo.

El arbitraje también es factible en conflictos derivados del llamado consumo financiero, que ya con cuenta con importantes resultados, que involucran al sector financiero nacional. Numerosos reclamos sobre la llamada tasa piso, han sido tramitados en esa vía, siguiendo en especial la experiencia de España con la llamada cláusula suelo. Este tipo de casos, que pueden envolver reclamos muy cuantiosos, no van a calificar, en regla de principio, para un arbitraje popular.

## **VII. Experiencia internacional**

En el campo internacional, existen experiencias importantes con los arbitrajes abreviados, sociales y de bajo costo: Tal es el caso del arbitraje social y de Pymes de la Cámara de Comercio de Bogotá<sup>12</sup>; el arbitraje expedito de la Cámara de Comercio de Estocolmo; el arbitraje popular del Perú <sup>13</sup>; los arbitrajes acelerados en Inglaterra, Suiza y Finlandia; las Directrices de la ICC para el arbitraje de controversias menores <sup>14</sup> y el Sistema de Arbitraje de Consumo de España, que se describe más adelante, reglamentaciones todas, que confirman la importancia y la necesidad de esta nueva modalidad arbitral. A nivel nacional, el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de C.R. y el Colegio de Abogados, han dado ya pasos para regular un proceso arbitral abreviado, para casos poco complejos, que se espera conduzca a costos disminuidos.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, núm.7472 de 1995.

<sup>12</sup> Reglamento del Procedimiento de arbitraje mypymes y arbitraje social.

<sup>13</sup> El arbitraje popular nace en Perú mediante el Decreto Legislativo 1071. Mediante Decreto Supremo 016-2008-JUS, se agrega el “Programa de Arbitraje Popular”. A su vez, El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, creó el Centro de Arbitraje Popular, “Arbitra Perú”, por Resolución 0639-2008-JUS, del año 2008 y sus destinatarios principales son las mypimes.

<sup>14</sup> Se trata del Reglamento de arbitraje acelerado de la CCI del 2017, para casos internacionales hasta 2 millones de dólares, que ilustra con nuevas técnicas para acelerar el proceso arbitral.

<sup>15</sup> En los últimos dos años, ambas entidades gremiales han emitido reglamentos arbitrales para atender conflictos poco complejos y de baja cuantía.

## VIII. Nuevo tratamiento al acuerdo arbitral

Pese a la evolución e interpretaciones la doctrina y la jurisprudencia arbitrales, respecto a las formalidades legales exigidas para la validez y eficacia del acuerdo de arbitraje,<sup>16</sup> la regla sigue siendo la formalidad escrita.<sup>17</sup> Este acuerdo es además la base tradicional en que se sustenta el arranque de la actividad arbitral. Es también fuente frecuente de polémicas de diversa naturaleza, v.g.: por insuficiencia, oscuridad o ambigüedad, originando objeciones de incompetencia, de inejecución del laudo y de nulidades, tanto en sede prearbitral como arbitral, con los consiguientes retrasos para llegar a una solución al conflicto. Ante la menor duda u oscuridad, los litigantes impugnarán la existencia y alcances del acuerdo arbitral, incidiendo negativamente en la seguridad jurídica y efectividad del proceso arbitral pactado. Esta realidad exige una solución eficaz y de carácter preventivo, explorando nuevos planteamientos y vías alternativas, que puedan conducir a un acuerdo suficiente y eficiente de arbitraje, que no requiera mayores requisitos y sea de bajo costo.

Para alivianar esta problemática, incluimos varias alternativas y sugerencias, que resumo como sigue:

- a) Los centros arbitrales deberán suministrar un servicio más efectivo, directo y profesional a las partes en conflicto, para facilitar la suscripción de un acuerdo arbitral y lo fomenten cuando la mediación institucional no prospere, de modo que el mediador pueda proponerle allí mismo a las partes, que acuerden la vía arbitral para dirimir las diferencias no mediadas;
- b) La Dinarac, deberá velar activamente porque los centros de RAC, cumplan con lo anterior, emitiendo al efecto directrices y protocolos;
- c) Sobre la base del principio legal de la autonomía de la cláusula arbitral,<sup>18</sup> surge la opción de crear sistemas institucionales para el Registro Voluntario de Sumisión o Adhesión al Arbitraje (y a la Mediación), similar al sistema español para reclamos de los consumidores, autorizado por la Dinarac, en el que las mpyymes, pequeños constructores y otras organizaciones productivas, consumidores, así como patronos, puedan incorporarse por períodos de un año como mínimo. Durante este plazo, cualquier parte contratante con ellos, podrá ser usuario facultativamente, del servicio institucional de arbitraje popular, proceso al que la entidad registrada estará compelida a participar cuando sea requerida por el cocontratante particular. El MEIC<sup>19</sup>, el COMEX<sup>20</sup>, el Ministerio de Trabajo, las Cámaras de Comercio y los colegios profesionales, estarían llamados a asumir la organización de estos

---

<sup>16</sup> Se han aplicado conocidas doctrinas arbitrales como la de sumisión tácita al arbitraje; la extensión del acuerdo a terceros no signatarios. También se admiten cláusulas arbitrales estatutarias.

<sup>17</sup> Según el artículo 13 de la Ley RAC Núm. 7727, el acuerdo no tendrá formalidad alguna, pero deberá constar por escrito en un contrato o en forma autónoma y podrá constar por facsímil o télex o similares.

<sup>18</sup> Vid. Art. 37 de la Ley RAC.

<sup>19</sup> Ministerio de Economía y Comercio de C.R.

<sup>20</sup> Ministerio de Comercio Exterior de C.R.

Registros y su reglamentación.<sup>21</sup> Este componente es un factor esencial para el éxito de esta propuesta, al que se puede sumar, en una segunda etapa, un proceso arbitral abreviado en línea.<sup>22</sup>

## **IX. Impulso a la mediación**

En primer término y como complemento a esta propuesta, es indispensable que los interesados, abogados, partes, instituciones de mediación y la Dinara, fomenten el mejoramiento del lenguaje y contenido usual asignado a la cláusula contractual escalonada, tipo med/arb, de modo tal que su incumplimiento se haga evidente y pueda dar lugar a una violación grave a las obligaciones contractuales. Esta conducta sería objeto de valoración y de eventual sanción, por parte del Tribunal arbitral.<sup>23</sup> Con ello se busca influir en la cuestionable corriente reinante en nuestro medio, que estima como inocua, la desaplicación de un acuerdo formal de mediación por una parte,<sup>24</sup> cuando acude directamente a una vía jurisdiccional. Se recomienda utilizar la siguiente cláusula modelo de mediación:

*“Las partes firmantes acordamos de modo formal y vinculante, que cualesquiera diferencia o conflicto que surja con ocasión de la validez, interpretación, ejecución o terminación del presente contrato, antes de plantearse en una vía jurisdiccional, será sometida a un proceso de mediación institucional aplicando el reglamento de mediación o de conciliación, del siguiente Centro de Mediación y Arbitraje: \_\_\_\_\_.*

*De no existir ese Centro, cualquiera de las partes podrá cumplir con esta obligación contractual de medios, acudiendo a cualesquiera otro centro de mediación institucional autorizado. El interesado gestionará por escrito la conciliación ante el Centro escogido, con copia a la otra parte de dicha gestión, debiendo esta otra parte apersonarse por escrito el Centro seleccionado en los cinco días siguientes y señalar medio para recibir comunicaciones.*

---

<sup>21</sup> Como lo advierte el procesalista catalán, MUÑOZ SABATÉ, L., en Técnica Procesal, Edit. Bosch, Barcelona, 2012, págs. 442-443, al referirse a este sistema de adhesión, “...la cláusula (arbitral) puede tener plena autonomía, en el sentido de no ser legalmente necesario incorporarla al propio contrato o negocio jurídico....la determinación de las relaciones jurídicas sometidas a arbitraje podría venir dada mediante expresiones genéricas como “todas las relaciones jurídicas que atañen a su profesión u oficio...”.

<sup>22</sup> Para BUENO DE MATA, F., Prueba Electrónica y Proceso 2.0, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 52 y 53: “La revolución cibernética ocasiona un verdadero cambio en la forma de resolver los conflictos...provocando una nueva forma de entender la administración de justicia”. Se refiere a aquella como la “e- Justicia”, con experiencias presentes en Finlandia, Holanda, Portugal, Brasil, México, Reino Unido, USA, Eslovenia, Alemania, Perú, Colombia y Suecia.

<sup>23</sup> CREMADES, A.-C., en Qué sanción en caso de incumplimiento de una cláusula escalonada de resolución de controversias? Revista del CEA, Madrid, número 26-2016, pág. 57, advierte que las cláusulas escalonadas han generado una problemática compleja en torno a su obligatoriedad y sanción en caso de incumplimiento, haciendo un recuento de las tesis francesa y suiza: En Francia es estimada como un tema de admisibilidad de la demanda y no causa de nulidad del laudo; en Suiza la cláusula arbitral no puede ser activada si antes no se ha agotado la mediación, en caso contrario podría ser causa de nulidad del laudo, por incompetencia del Tribunal.

<sup>24</sup> Entre muchas otras, la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia Núm.602 del 13/05/2012, que, pese a la existencia de un acuerdo contractual preciso, que describió los pasos a seguir para una mediación, estimó como válida su renuncia unilateral por una parte, por ser la mediación de libre ejercicio y un retraso a la solución de la controversia.

*Las partes acordamos adicionalmente que: 1.)El agotamiento de este mecanismo Rac es una condición de admisibilidad, para acudir a demandar en un proceso jurisdiccional, estando las partes en todo caso, libres de llegar o no a un acuerdo mediado; 2.)El incumplimiento de esta obligación acuerdan las partes, se considerará una infracción grave del contrato y 3.)De no respetarse esta obligación contractual por alguna de las partes, el juez o los árbitros a cargo del ulterior proceso jurisdiccional, tomará en cuenta este incumplimiento, a los efectos de determinar: la inadmisibilidad de la demanda, su competencia, la buena o mala fe del litigante y la condenatoria en costas. El Centro institucional a cargo del futuro arbitraje, deberá tomar en cuenta el presente acuerdo, antes de constituir el Tribunal arbitral.”<sup>25</sup>*

En segundo término, el invitar el árbitro a las partes a acudir a la mediación durante el proceso arbitral popular, supone un componente esencial para la modalidad arbitral que se propone, conforme a lo que exponemos más adelante.

## **X. Síntesis del nuevo modelo arbitral**

Un arbitraje popular o de bajo costo, comprende, al menos, los siguientes componentes económicos, jurídicos y procesales:

### **PRIMERA ETAPA (de bajo costo):**

- 1) Se elimina el requerimiento arbitral, debiendo la parte demandante presentar la solicitud de arbitraje junto con la demanda arbitral, la que deberá venir con todos los presupuestos, elenco de hechos unifácticos, pretensiones y fundamentos de derecho, aportando la prueba documental y ofreciendo la que no es documental;
- 2) El centro institucional designará un solo árbitro de su propia lista. Es plausible considerar un sistema de árbitros permanentes y asalariados por el centro institucional. En caso de recusación, el mismo Centro la deberá resolver en definitiva, sin mediar apelación ante lo judicial;
- 3) Las partes deberán depositar un monto básico para costear la primera etapa del proceso, sufragando gastos administrativos reales y por la participación del árbitro en esta etapa. No se pedirán otros gastos, v.g., como los relativos a la recepción de prueba;
- 4) En una primera audiencia oral se hará la instalación del Tribunal y se dará traslado de la demanda a la parte demandada, quien podrá contestar allí mismo y contrademandar en forma oral o bien, en un breve plazo, presentar la contestación y reconvencción por escrito. La actora podrá contestar la reconvencción de esa misma forma en la misma audiencia, o bien por escrito, en un plazo breve. No habrá réplicas, súplicas, ni dúplicas. En esta etapa, el Tribunal conocerá de todas excepciones previas que se formulen y las resolverá en el acto si se oponen en la misma audiencia o mediante resolución ulterior escrita, si la contestación de demanda o a la contrademanda es escrita. Lo resuelto tendrá únicamente recurso de revocatoria. Si se alega la incompetencia, el Tribunal la resolverá en única instancia. Lo resuelto solo

---

<sup>25</sup> Esta cláusula modelo es sugerida por la Asociación de Mediadores de Costa Rica, Asomec, en Facebook: Asomec.

tendrá recurso de revocatoria. El actual sistema en la ley RAC, no es el tradicional “Kompetenz-Kompetenz”, sino que es mixto: El Tribunal se pronuncia sobre la incompetencia alegada y lo resuelto tiene recurso de revocatoria y subsidiariamente de apelación ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, sistema que resulta inadecuado para los procesos arbitrales sumarios. Lo pertinente es dejar abierta la posibilidad para que vía acción de nulidad contra el laudo arbitral, la Sala Primera revise lo resuelto al respecto por el Tribunal.<sup>26</sup> La oralidad será la técnica básica procesal para el desarrollo del proceso.<sup>27</sup>

- 5) En la misma audiencia, el árbitro invitará a las partes a realizar una conciliación, advirtiéndoles, que de no conciliar, se pasará a la segunda etapa arbitral, con previo depósito de costos plenos del proceso arbitral, cuya fijación se hará en esta misma audiencia inicial. Para realizar la mediación, el árbitro concederá a las partes un plazo de 10 días hábiles, que será prorrogable a pedido de cualquiera de las partes, para que presenten al proceso el acta formal suscrita de la conciliación realizada o informen de su fracaso. Así concebido, este sistema tipo “arb/med/arb”, contempla un mecanismo con incentivos concretos, para que las partes concilien allí mismo y se economicen el costo pleno del arbitraje. Por ende, es un elemento central o clave para el éxito de esta propuesta y romper así el prejuicio de los altos costos del arbitraje. El acudir en esta coyuntura a la mediación ,seguirá siendo un mecanismo voluntario para las partes, empero, la opción de economizarse una suma de dinero, será generalmente, más efectivo que imponer una simple obligación de mediar.
- 6) Si las partes concilian con ayuda de un tercero mediador, se dará por concluido el arbitraje, sin costos adicionales para las partes. Si no concilian, el arbitraje proseguirá y deberán las partes proceder al depósito de los costos completos del proceso, en el plazo breve que se les otorgará. De no hacerlo el actor, se ordenará la terminación y archivo del caso, y se dará por extinguido el acuerdo arbitral. De no depositar el reconventor los costos prevenidos, se archivará la contrademanda.

## **SEGUNDA ETAPA (Con depósito de gastos)**

- 1) Depositados los costos adicionales del proceso, y salvo que ambas partes acuerden no realizar la segunda audiencia y el árbitro estuviera de acuerdo en ello, el Tribunal ordenará la recepción de las pruebas ofrecidas por las partes en una nueva audiencia oral que señalará, aplicando el principio de concentración probatoria y solo en un caso estrictamente necesario, ordenará una prueba pericial, que deberá estar disponible para recibirla del perito en la audiencia de pruebas. Al finalizar la audiencia de recepción de pruebas, las partes presentarán un alegato oral de conclusiones o bien, un resumen del caso, a criterio de cada parte. Si se acordó prescindir de la audiencia

---

<sup>26</sup> La experiencia nos indica que son excepcionales los casos en que la Sala Primera declara una incompetencia, por lo que no se justifica que se atrase interlocutoriamente y por muchos meses por una apelación, un proceso arbitral sumario. En todo caso, conforme al artículo 67.g) de la Ley RAC, el laudo es impugnabile por falta de competencia del Tribunal arbitral.

<sup>27</sup> La inmediatez es el aporte más significativo del sistema de oralidad, que al decir de LÓPEZ GONZÁLEZ, J.A., en Teoría General sobre el principio de la oralidad en el proceso civil, Edit. Juricentro, San José, 2007, págs. 60 y 61, si se aplica correctamente, habilita una mejor calidad y administración de la justicia.

de pruebas, el Tribunal pasará al dictado del laudo con base en las pruebas presentadas al expediente.

- 2) Las partes podrán renunciar de común acuerdo a la presentación de un alegato de conclusiones, evento en el que el árbitro pasará a dictar el laudo en un plazo breve, que será siempre de derecho, salvo acuerdo diferente de las partes;
- 3) Plazo del arbitraje. Será de una duración máxima de 30 días hábiles sin incluir la fase de laudo, que podrá ser prorrogado de oficio o a instancia de ambas partes, por otros 30 días hábiles;
- 4) El laudo deberá reunir los requisitos de ley y en su contra se podrá plantear la acción de nulidad contemplado en la Ley Rac. Se deberá dictar en un plazo de quince días, posteriores al cierre de la etapa de pruebas y a partir de que se prescinda de ella.
- 5) El laudo tendrá adición y aclaración, debiendo el Tribunal estar facultado para aclarar y adicionar de oficio o a petición de parte, aspectos oscuros u omitidos en cualquier sección del laudo, en consideración a que carece de una segunda instancia.

## **XI. Propuesta a los Colegios Profesionales**

El arbitraje popular, en los términos expuestos, puede ser patrocinado y organizado por los colegios profesionales, varios de los que cuentan ya con centros institucionales prestigiosos con exitosa labor en servicios de justicia alternativa, como es el caso del Centro de Resolución de Conflictos del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica y la Corte de Arbitraje y Mediación, CAM, del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Ambos colegios cuentan con una fuente fija de ingresos mediante el llamado timbre de abogados y timbre de construcción, cuyo costo se puede incrementar levemente, para así subsidiar el funcionamiento del arbitraje popular que se propone, que va acorde con el espíritu de esas entidades gremiales, de contribuir con las necesidades de la colectividad. En el caso del CFIA, un aporte muy valioso al sistema arbitral propuesto, sería poder contar con una lista de profesionales en ingeniería y arquitectura, autorizados a prestar sus servicios periciales a un costo moderado.

## **XII. Propuesta a las Cámaras de Comercio**

Con cierta frecuencia se presenta, en los prestigiosos centros institucionales de la Cámara de Comercio de C.R., el CCA y en el CICA de la Cámara Costarricense Norteamericana de Comercio, casos arbitrables de muy baja cuantía, cuyo solo costo por la tramitación institucional, resulta a veces más alto, que el monto mismo que se discute.<sup>28</sup> En esas circunstancias, no es fácil integrar un Tribunal arbitral y menos si se trata de tres árbitros. La remuneración usualmente será muy baja y el trabajo requerido a los árbitros puede ser sustancial. Ergo, se produce una exclusión casi natural y de hecho de estos conflictos de baja cuantía, de ser conocidos y resueltos en la vía arbitral, pese a que cuentan con acuerdo arbitral y por tanto las partes están inhibidas, en tesis de principio, para acudir a la jurisdicción ordinaria. Sería conveniente para estas entidades y otras, como la Cámara de Comerciantes Detallistas, la implementación del arbitraje popular, que permitiría canalizar

---

<sup>28</sup> Ha sido, por ejemplo, el caso de los conflictos entre caseros y arrendatario, debido a contratos que cuentan con una cláusula arbitral.

los conflictos de baja cuantía, que actualmente no cuentan con un mecanismo arbitral idóneo para su solución definitiva.<sup>29</sup>

### **XIII. Propuesta a las Universidades**

Tanto las universidades públicas como las privadas en Costa Rica, son entidades idóneas para promover la organización de un servicio de arbitraje popular universitario, que estaría acorde con los fines generales de capacitación de esas instituciones de enseñanza superior. Sería un medio para que los alumnos realicen prácticas guiadas, tanto en arbitraje como en mediación y se familiaricen con estos mecanismos. Se sugiere que el cuerpo arbitral esté conformado por profesores especialistas de la misma universidad, con un sistema de remuneración módico por arbitraje tramitado u otro mecanismo no dispendioso, como podría ser el otorgamiento de puntos académicos o una mejora salarial por arbitraje tramitado.<sup>30</sup>

### **XIV. Propuesta a las autoridades de Gobierno**

Tanto el MEIC, como el COMEX, junto con la DINARAC, deben impulsar y organizar un arbitraje popular o de baja cuantía como el propuesto, como parte de sus servicios al público y considerando la garantía constitucional al arbitraje, en particular para las mypymes. Dichos entes ministeriales promueven diversos programas de información, capacitación y desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas: sería consustancial a esas políticas, un respaldo por parte de esa institucionalidad al arbitraje popular, colaborando cuando menos y en una primera etapa, con los registros de sumisión voluntaria al arbitraje.

Adicionalmente, el MEIC está en clara posición e incluso obligación, de promover y desarrollar el arbitraje de consumo, que pese a estar reconocido en la legislación sobre los derechos del consumidor y la libre competencia, ha existido grave desidia para su implementación, por parte del aparato estatal. La experiencia española en esta temática, resulta fundamental para el futuro desarrollo del arbitraje de consumo en nuestro país. El sistema que han desarrollado en la madre patria, ha sido exitoso y tiene evidentes perspectivas de crecimiento, gracias a la implementación de los mecanismos tecnológicos de la era digital. De modo que, al implementarse el arbitraje de consumo para Costa Rica, se podría pasar directamente, es decir, desde un inicio, a un sistema arbitral basado en las nuevas tecnologías, en lugar de acudir a los sistemas procesales tradicionales. El MICIT<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Podría existir algún temor de los gremios de empresarios y comerciantes, de apoyar este tipo de arbitrajes, por los cambios que podrían generar en la estructura de costos tradicionales del arbitraje comercial y en la posibilidad de que esta modalidad arbitral, sea considerada como una competencia. Sin embargo, en tesis de principio, los destinatarios en uno y otro tipo arbitral no serán los mismos y en todo caso, los destinatarios del arbitraje popular incluyen también a quienes no son comerciantes, como ocurre con el caso de los consumidores.

<sup>30</sup> Una mejora salarial fija, por disponibilidad del profesor-árbitro, no es la mejor fórmula para racionalizar los costos de esta modalidad de servicio arbitral: debe estar en función del servicio real brindado.

<sup>31</sup> Ministerio de Ciencia y Tecnología de C.R.

podría tener una participación valiosa en la organización de este sistema de servicio público arbitral.

El sistema español de arbitraje institucional de consumo, cuenta con una organización a nivel nacional, articulada mediante entidades administradores del servicio arbitral, denominadas juntas arbitrales de consumo, que son de dos tipos; territoriales y una Junta Arbitral Nacional, de conformidad con su legislación sobre Defensa de los Consumidores y Usuarios <sup>32</sup> y otras leyes complementarias. Posteriormente se emitió un reglamento regulador del Sistema Arbitral de Consumo para España.<sup>33</sup> Según este reglamento, el arbitraje de consumo será de equidad, salvo que las partes dispongan que sea de derecho. La preocupación expresada por algunos sectores del empresariado español, de que el conflicto haya de dirimirse prioritariamente en equidad y no en Derecho, no tendría razón de ser, ante todo si la calidad de los árbitros está garantizada y porque la equidad, bien sustentada, es una fórmula adecuada y reconocida de hacer justicia <sup>34</sup>.

## **XV. Comentario final**

Existe un vacío notable en Costa Rica en la existencia de mecanismos arbitrales de bajo costo, rápidos y eficaces, que permitan un acceso a las ventajas del arbitraje a las grandes mayorías. Esto plantea incuestionablemente un reto-país. La sociedad reclama una apertura al sistema arbitral actual y requiere de la institucionalidad pública, su participación decidida y eficaz, para la implementación de un arbitraje como el que aquí proponemos y que cuenta con un asidero jurídico positivo de rango constitucional, que le ha conferido la naturaleza de derecho individual fundamental y que por ende no puede ser ignorado por el Poder Ejecutivo.

Un servicio arbitral popular como el propuesto, vendrá a atender y resolver las necesidades de justicia nuevos sectores sociales, que han quedado marginados hasta la fecha, de este esencial, ágil y eficaz mecanismo de solución de controversias que es el arbitraje.

Le corresponde ahora a los sectores sociales interesados, a los árbitros costarricenses y a las instituciones privadas y públicas que han sido mencionadas, considerar estas razones y la modalidad arbitral propuesta, para su debida implementación, no solo en base a un nuevo proceso, sino antes bien, considerando un futuro sistema articulado, a fin de abrir un espacio efectivo de justicia arbitral popular organizada, para un acceso real al derecho constitucional al arbitraje y a una justicia pronta y cumplida, factores esenciales para la paz y la convivencia sociales.

---

<sup>32</sup> Texto refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 1/2007, artículos 57 y 58.

<sup>33</sup> Real Decreto 231/2008.

<sup>34</sup> Para LARA GONZÁLEZ, R., en Justicia y Arbitraje de Consumo, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2007, págs.92 y 93, el criterio de "lo justo" se puede lograr no solo por medio del derecho positivo sino también por medio de la equidad. Además, como lo ha planteado CORDÓN MORENO, F., en Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas, Edit. Civitas, Pamplona, 2010, págs..171-175, no existe impedimento para dilucidar mediante arbitraje de equidad, cuestiones de naturaleza jurídica, como sería el caso v.g., de una disputa sobre acuerdos societarios.

## **Bibliografía**

ARIAS SOLANO, RANDALL, Acceso a la Justicia y Resolución Alternativa de Conflictos en Costa Rica. Dinarac, San José, 2001.

CORDÓN MORENO FAUSTINO, Arbitraje y Jurisdicción: algunas cuestiones polémicas, Editorial Civitas, Pamplona, 2010.

CREMADES, ANNE-CAROLE, Qué sanción en caso de incumplimiento de una cláusula escalonada de resolución de controversias? Revista del Club Español del Arbitraje, Madrid, Número 26-2016.

GONZÁLEZ DE COSSIO, FRANCISCO, Propiciando Mediación: una propuesta, Revista del Club Español del Arbitraje, Madrid, Número 25/2016.

LARA GONZÁLEZ RAFAEL y otros, Justicia y Arbitraje de Consumo, Gobierno de Navarra, 2007.

LÓPEZ GONZALEZ, JORGE ALBERTO, Teoría General sobre el principio de oralidad en el proceso civil, Editorial Juricentro, San José, 2007.

MERINO MERCHÁN, JOSE FERNANDO, La Constitución de 1812 y el arbitraje, Revista del Club Español del Arbitraje, Madrid, Número 14/2012.

MUÑOZ SABATÉ, LLUIS, Técnica Procesal, 25 años de estudios forense, Editorial Bosch, Barcelona, 2012.

## **La Conciliación y el Arbitraje Institucional**

### **¿Qué Proceso Extrajudicial brinda a las personas, mayores garantías de eficiencia en la solución de los conflictos?**

**Roberto Alejandro Williams Cruz<sup>1</sup>**

#### **I. Los criterios de Eficacia y Eficiencia**

A todos nos es familiar haber escuchado la existencia de vías alternas a la jurisdicción ordinaria de los Estados, que permiten solucionar ciertos tipos de controversias. En la medida que nos adaptamos a los cambios vertiginosos exigidos por los avances de la tecnología y de los negocios contemporáneos, también se ha ampliado el conocimiento de que la Conciliación y el Arbitraje son métodos alternos de solución de conflictos – *singularizados bajo las abreviaturas MASC o ADR's en inglés*-, que permiten obtener soluciones a nuestras controversias en menor tiempo y con la ayuda de personas que cuentan con una mayor preparación y experiencia profesional sobre los ámbitos jurídicos implicados en dichas controversias.

Tiempo y especialidad, son dos elementos indispensables para alcanzar las variables de *eficacia* y *eficiencia* tan ansiadas hoy en día en nuestro mundo actual, no importa si se trata de negocios locales o negocios internacionales, o si son entre personas naturales, jurídicas, entidades estatales o entre Estados, ambas son buscadas como lo fue en su momento la “Quimera del Oro” –*ampliamente conocida como la fiebre del oro surgida a partir de mediados del Siglo XIX*-, tan fielmente retratada por la película de Charles Chaplin o por el autor estadounidense Jack London.

Dado que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua no hace distinción alguna entre *eficacia* y *eficiencia*, recurrimos a criterios de la ciencia de la Administración para obtener una diferenciación entre ambos términos para facilitar al lector, los criterios esenciales bajo los cuales se ha elaborado el presente artículo:

*“Eficacia: es el grado en que el producto o servicio satisface las necesidades reales y potenciales o expectativas de los clientes o destinatarios.”*

*“Eficiencia: es lograr que la productividad sea favorable o sea es lograr el máximo resultado con una cantidad determinada o mínima de insumos o recursos, lograr los resultados predeterminados o previstos con un mínimo de recursos.” [1].*

---

<sup>1</sup> Roberto Williams es el Director Ejecutivo en Honduras de la firma legal Iberoamericana **ECIJA**, siendo además el Gerente del Departamento de Litigios y Arbitrajes. Máster en Derecho Empresarial por la Universidad Tecnológica Centroamericana (UNITEC), y en Derecho Procesal Civil por la Universidad Tecnológica de Honduras (UTH). Es Árbitro, Conciliador y Secretario de Tribunales Arbitrales del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Tegucigalpa, y Árbitro de la Cámara de Comercio e Industrias de Atlántida. Docente de la cátedra de *Resolución Alternativa de Conflictos* en el Postgrado de Derecho Empresarial impartido por la Universidad Tecnológica Centroamericana, miembro de la red *Laureate International Universities*.

En palabras sencillas: *la eficacia* habla de alcanzar el objetivo esperado, y *la eficiencia* responde a la maximización de los recursos para obtener la mayor eficacia.

Los conceptos brindados no han sido aportados por capricho o en vano, puesto que si pretendemos realizar un análisis comparativo objetivo, debemos utilizar las herramientas adecuadas para obtener conclusiones objetivas, y en el caso particular que hemos elegido comparar procesos, *la eficacia* y *la eficiencia*, son una *regla* y un *cronómetro* utilizados como herramientas precisas en tal faena.

## II. La Jurisdicción Estatal

La resolución de conflictos que pasan por un procedimiento instado de inicio a fin por la Jurisdicción que brindan los Estados bajo su sistema de justicia, según la historia del Derecho Procesal *-por tradición y por naturaleza-*, se han caracterizado en asumir dos criterios: *formalidad* y *accesibilidad*.

El primero de ellos busca que los procedimientos tengan la menor posibilidad de imprevistos procesales y una uniformidad en cómo se deben tramitar los mismos, de tal forma que los usuarios del sistema de justicia estatal obtengan garantías básicas de que serán tratados de forma “igualitaria” *-según las condiciones que les permite la ley, puesto que no se puede tratar por iguales a los que por naturaleza son desiguales: menores y adultos, personas naturales y personas jurídicas, patronos y empleados, consumidores y vendedores, entre otros-*, y apegados a normas de actuación durante el proceso que exigen una diligencia máxima por todos sujetos que participan en este: Magistrados, Jueces, las Partes, Abogados que representan procesalmente a las Partes, Secretarios del Despacho, Escribientes, Receptores, Archivadores.

El segundo criterio se aplica como parte de un sistema de contribución social, puesto que el acceso de la justicia es una garantía esencial *-ordinariamente tutelada por la Constitución de cada Gobierno o Reino-*, para todos los integrantes de una sociedad civilizada independientemente de su estatus social, político, religioso, étnico y especialmente económico, puesto que en aras de conservar el orden público los Estados crean sus sistemas de justicia para que terceras personas exijan que todas las personas *-incluyendo a los mismos funcionarios y empleados del Estado-*, cumplan y hagan cumplir las leyes, evitando así el caos, la impunidad, tomar justicia por mano propia, o el peor de todos los casos, no poder obtener justicia por una tercer persona objetiva ante la falta de recursos.

Una vez examinadas los criterios bajo los cuales han sido diseñados los Juzgados Estatales y bajo los cuales operan en la práctica, hemos de aseverar que un proceso tramitado según estándares de *formalidad* y *accesibilidad*, tienen aristas que los usuarios pueden aprovechar para “manipular” el sistema de justicia a su favor, tal y como lo indica el antiguo adagio popular: *“Hecha la ley, hecha la trampa”*.

Es así cuando las oposiciones, las recusaciones, los incidentes, las nulidades, las anulabilidades y la variedad de recursos procesales, llevan a algunos usuarios del sistema

de justicia estatal –*comenzando por los Abogados*-, a utilizar éstas figuras procesales bajo una diversidad de formas ilimitadas –*de manera locuaz y/o en su escritura con una imaginación verdaderamente sorprendente a la naturaleza humana*-, que pueden lograr no sólo distorsionar el procedimiento en su dimensión temporal y económica, sino que además evitar una sentencia dictada conforme al Derecho y conforme a la Justicia, cuando estos dos hubiesen coincidido en un caso particular.

A este punto, me veo obligado a aclarar al lector que los criterios de *formalidad* y *accesibilidad* no son un impedimento *per se* para estructurar procedimientos eficientes dentro del sistema de justicia de los Estados; asimismo, cuando se pase por el “ojo de la lupa” a los métodos alternos de la conciliación y el arbitraje, se verificará que ciertamente ningún proceso de resolución de conflictos es perfecto y nunca lo será. El factor humano es un hecho que siempre incidirá positiva o negativamente en la historia: las mejores sentencias y laudos que forman parte de la herencia jurídica del Derecho, han sido emitidas por humanos, y los fallos más nefastos también han sido proferidos por personas de carne y hueso, con virtudes y defectos, con alma y corazón.

Para sellar el asunto, afirmo que la teleología de la *formalidad* y la *accesibilidad* inherentes en los procesos de la Jurisdicción Ordinaria, es contributiva y positiva, sin embargo, no en pocas ocasiones estos criterios son manipulados para fines distintos a la finalidad del Derecho y de la Justicia: lucro, poder y prestigio al margen precisamente de los fines del Derecho y de la Justicia.

### **III. El Arbitraje**

Procedo en este momento a brindar un perfil sobre el mecanismo del Arbitraje. En esencia el Arbitraje es un juicio en el que las partes involucradas en él, por voluntad de ellas o por disposición de la ley, obtienen una resolución final a sus conflictos a través de un fallo denominado Laudo, el cual es emitido por terceras personas imparciales -*ordinariamente especializadas en la materia objeto de sus disputas*-, a partir de los alegatos, pretensiones y pruebas incorporadas en el proceso.

Desde luego que el Arbitraje implica un contenido mucho más extenso que lo descrito anteriormente y que cualquier definición o libro que se escriba sobre éste, sin embargo, para el objetivo del análisis siguiente, bastará brindar algunas definiciones y describir los elementos que le permite destacarse como un método alternativo de solución de conflictos **eficiente**.

Según la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (OMPI):

*“El arbitraje es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales.”[2].*

El Decreto 161-2000 de Honduras -*contentivo de la Ley de Conciliación y Arbitraje*-, en su artículo 26 se nos facilita la definición legal siguiente:

*“El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias, a través del cual las partes en conflicto difieren la solución del mismo a un tribunal arbitral” [3].*

Se puede notar mediante la simple lectura de ambas definiciones, que el Arbitraje es un proceso, que es alterno a los procesos de los Tribunales Estatales, y que los Árbitros son los facultados para decidir la controversia surgidas entre terceras personas.

Por otra parte, valiéndome de una cita del autor Iago Pásaro Méndez (2005), el Tribunal Constitucional de España en su Sentencia del 4 de octubre de 1993, singulariza el Arbitraje de la forma siguiente:

*“...la naturaleza del arbitraje, que es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada.” (Pg.2) [4].*

Llama la atención que se introduce un elemento nuevo respecto a las definiciones anteriores, y es que la decisión del Arbitraje tiene efectos de **cosa juzgada**.

Como es sabido por todos, el revestimiento procesal de **cosa juzgada** sobre una resolución -*entiéndase resolución como Laudo Arbitral o Sentencia Judicial Firme*-, implica una certeza jurídica que se obtuvo una solución final a una controversia, sin dar posibilidad a los sujetos para volver a discutir el mismo asunto, o para presentar recurso alguno en contra de esa resolución<sup>2</sup>. A las partes sólo les queda dar cumplimiento voluntario a la resolución, y en caso contrario, la parte afectada podrá solicitar su cumplimiento forzoso a través de las instancias judiciales competentes.

Es precisamente la **cosa juzgada** lo que le brinda a la resolución final del proceso arbitral, una *nota de eficiencia*, puesto que una vez tramitado el procedimiento y se pronuncia el Laudo Arbitral a las partes, se logra una maximización de los recursos para las personas involucradas. La inexistencia de recursos de apelación, casación o revisión contra el Laudo Arbitral, se traduce en una maximización del tiempo, dinero, desgaste emocional -*entre otros*-, para las partes involucradas en un conflicto, y por qué no decirlo, también para sus Abogados.

Lo anterior se justifica en Honduras, por lo dispuesto en el artículo 71 de su Ley de Conciliación y Arbitraje:

---

<sup>2</sup> Salvo el Recurso de Nulidad -o Recurso de Anulación como es conocido y regulado en las legislaciones de otros países-, el cual sólo procede contra el Laudo Arbitral por violaciones esencialmente procesales ocasionadas durante el proceso arbitral o con la emisión del Laudo.

*“El laudo arbitral firme produce efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo en la misma forma y términos establecidos en el Código de Procedimientos Civiles para las sentencias judiciales.” [3].*

Otro elemento que le otorga al Arbitraje la certificación de eficiencia, es el **tiempo**. Habitualmente las legislaciones determinan en su Ley de Arbitraje un plazo fijo para la emisión del Laudo Arbitral una vez sea ha iniciado el procedimiento. En la situación particular de la Ley de Conciliación y Arbitraje hondureña, ese plazo es de **5 meses** salvo que por la complejidad del conflicto u otras circunstancias ajenas a los sujetos que participan en el Arbitraje, las partes voluntariamente deseen prorrogar tal plazo, según se contempla en su artículo 52 párrafo primero:

*“El procedimiento arbitral se entiende iniciado cuando el último de los árbitros designados haya manifestado a las partes por escrito su aceptación del cargo. A partir de ese momento se contará el plazo de duración del tribunal arbitral que, salvo pacto en contrario de las partes, no podrá ser superior a cinco (5) meses, sin perjuicio de que las partes, de común acuerdo y en forma previa a su vencimiento, decidan prorrogarlo.” [3].*

Aquí surge una pregunta ineludible: tomando en cuenta los plazos para emitir una sentencia de primera instancia en la Jurisdicción Ordinaria –*si es que se contemplan*-, y el tiempo a invertir en los recursos que se puedan interponer contra dicha sentencia **¿cuál es el costo de oportunidad que representa para las personas involucradas en un conflicto someter sus diferencias a un Arbitraje respecto a someterlas a un Juicio Ordinario? ¿Cuánto les representa en tiempo, costos y sacrificios emocionales un proceso judicial comparado con un proceso arbitral?**

Definitivamente es necesario tener una calculadora en mano, tomar en cuenta los tarifarios y reglamentos de distintos Centros de Arbitraje, así como los honorarios a cancelarles a los profesionales del derecho que los representarán.

Asimismo, las legislaciones arbitrales prevén comúnmente que no exista posibilidad de plantear **incidentes o excepciones dilatorias** que *-independientemente de su naturaleza y/o circunstancias de hecho-*, implican necesariamente retrasos dentro de un proceso y postergan la solución de la causa principal o de fondo. Expresamente así lo prohíbe el párrafo tercero del artículo 52 de la ley precitada:

*“En ningún caso cabrá dentro del tramite arbitral incidente alguno excepto aquellos tramites contemplados en la presente ley.” [3].*

Cabe aclarar que la única “incidencia o trámite” que se puede ventilar en un proceso arbitral es la recusación de los Árbitros, pero sin detenerlo o suspenderlo.

Finalmente, no menos importante para el examen riguroso de la eficiencia, es la **flexibilidad** en cuanto a las normas que rigen el procedimiento arbitral, puesto que al no estar sujeto a normas procesales rígidas y formales que se aplican en las legislaciones

procesales comunes, las partes o los Árbitros, pueden determinar cambios durante el Arbitraje que permitan adelantar el proceso con mayor celeridad, simplificación y concentración, a fin de alcanzar la eficiencia tan anhelada.

De tal manera que la **flexibilidad** es esencial en la naturaleza del arbitraje como así lo argumenta Rubén Santos (1988), desde hace 30 años atrás:

*“...el arbitraje es una institución que por esencia no se ciñe a cánones fijos y predeterminados, su objetivo es la flexibilidad, agilidad y adaptabilidad”* (Pg.118) [5].

El párrafo primero del artículo 52 precitado, respalda este criterio incorporado en Honduras y aplicado en muchas legislaciones arbitrales:

*“Las partes podrán determinar libremente las reglas de procedimiento si no se han sometido a las de una institución arbitral.”* [3].

#### **IV. La Conciliación**

Como será lógico, ahora aportaré una definición doctrinal de la Conciliación, para lo cual cito al tratadista José R. Junco Vargas (1994), quien la define así:

*“Es el acto jurídico e instrumento por medio del cual las partes en conflicto, antes de un proceso o en el transcurso de éste, se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un convenio de todo aquello susceptible de transacción y que lo permita la ley, teniendo como intermediario, objetivo e imparcial, la autoridad del juez, otro funcionario o particular debidamente autorizado para ello, quien, previo consentimiento del caso, debe procurar por las fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin de que se llegue a un acuerdo, el que contiene derechos constituidos y reconocidos con carácter de cosa juzgada.”* (Pg.36) [6].

Siendo extensa la definición anterior, resulta oportuno indicar sus elementos más fundamentales: intervención de un tercero neutral autorizado para ser conciliador; el o los acuerdos deben ser adoptados por las partes en conflicto; el conciliador sólo facilita a las partes fórmulas justas de arreglo; y si llegan a un acuerdo, éste tiene carácter de cosa juzgada.

Por su parte, la Ley de Conciliación y Arbitraje hondureña, define la Conciliación en su artículo 2 como:

*“... es un mecanismo de solución de controversias a través del cual, dos o más personas, naturales o jurídicas, tratan de lograr por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado que se denominará conciliador”.* [3].

Sólo se destaca que la anterior definición legal, coincide con los elementos de la definición doctrinal recién aportada, y que el carácter de cosa juzgada también está previsto en la ley en referencia según así lo expresa su artículo 4:

*“El acuerdo a que lleguen las partes por medio de la conciliación tendrá los efectos de cosa juzgada y fuerza ejecutiva en igualdad de condiciones a la de una sentencia judicial firme.” [3].*

Usualmente las legislaciones no regulan cómo se debe llevar a cabo la Audiencia dentro del procedimiento de una Conciliación, y se limitan a indicar su carácter confidencial, las formalidades mínimas que contienen las actas de conciliación y constancias de desacuerdo, así como los efectos de éstas. Los reglamentos de los Centros de Conciliación prevén llanamente cómo se incorpora un Conciliador al Listado Oficial, cómo se eligen a los Conciliadores para participar en una Conciliación, cuáles son sus deberes y las sanciones aplicadas por incumplimiento de los mismos, como inicia un proceso de Conciliación y cómo termina.

Lo anterior responde a que la Conciliación es eminentemente informal, ya que es un mecanismo *autocompositivo*, es decir las personas afectadas por el conflicto son las únicas que deciden cómo y cuándo resolver con la sola ayuda de un tercero imparcial.

Si el Arbitraje tiene un carácter informal en comparación con la Jurisdicción Ordinaria, pero contempla comunicaciones, notificaciones, etapas y audiencias específicas para garantizar un debido proceso a las partes, en virtud que es un verdadero juicio en el que los Árbitros imponen a éstas una resolución a su conflicto mediante el Laudo Arbitral, la Conciliación siempre debe ser informal y flexible.

No existe ningún plazo para que las personas en conflicto solucionen sus problemas mediante la Conciliación. Tampoco el Conciliador los puede obligar a solucionarlo, y sólo podrá dar por terminada la Conciliación ante un desacuerdo firmado por escrito o por la renuencia de una o varias personas en asistir a las Audiencias que se fijan para llevar a cabo los intentos de acuerdos.

## **V. El Método con Mayor Eficiencia**

Poco me resta para que el lector pueda por sí mismo concluir que mediante la Conciliación se alcanzan resultados más eficientes respecto a cualquier proceso de solución de controversias, desde luego, si se asumen las premisas desarrolladas a lo largo de este artículo.

A manera de preguntas pretendo colegir invariablemente que la Conciliación es el procedimiento de solución de controversias más eficiente que existe actualmente:

- Si el Acuerdo de Conciliación tiene los mismos efectos legales de cosa juzgada al igual que una Sentencia Judicial firme o un Laudo Arbitral **¿por qué no elegir la Conciliación evitando así un juicio?**

- Si en los Procesos Arbitrales se prevé un período determinado de meses para emitir un Laudo, y en la Jurisdicción Ordinaria puede demorarse de 12 meses a un indeterminado número de años por la variedad de incidentes y recursos **¿por qué no elegir la Conciliación para resolver los conflictos en un período de unas cuantas semanas a unos pocos meses?**
- Si en los Juicios de la Jurisdicción Estatal, existe la posibilidad de que las partes con las que me encuentro en conflicto interpongan una multiplicidad de incidentes, excepciones y recursos contra las sentencias a través de sus Abogados **¿por qué no elegir la Conciliación evitando así esas figuras y recursos procesales que hacen más complejo el proceso y demoran la solución del conflicto?**
- Si tanto el Arbitraje, como la Jurisdicción Ordinaria implican llevar a cabo demandas, contestaciones, excepciones *-y en ocasiones contrademandas-*, que incrementan la posibilidad de romper definitivamente la relación de negocios, de amistad o de vínculos familiares respecto a las personas con las que sostengo un conflicto **¿por qué no elegir la Conciliación y así tener un proceso legal que nos permita además de solucionar definitivamente el conflicto, conservar esa relación?**

## VI. Conclusión

Ante cualquier conflicto que sea susceptible de ser resuelto mediante un proceso de Conciliación por el acuerdo de las personas que se encuentren involucradas en el o por disposición legal, estas personas deben ser conscientes que si su deseo interior es sinceramente alcanzar una solución eficiente a su conflicto, y además cuentan con un Conciliador que posee vastos conocimientos y experiencia en la técnica de la Conciliación, deben tener la certeza ineludible que lo resolverán satisfactoriamente.

Claro está que si uno de ellos, por múltiples factores *-a veces complejos-*, no desea o no puede voluntariamente intentar resolver su conflicto sin incurrir en más daños o perjuicios de los que se han ocasionado, existe otro procedimiento que podrá darle similares *garantías de eficiencia* a la **Conciliación**, el cual se cursa mediante una vía litigiosa pero flexible, expedita, económica y especializada: **El Arbitraje**.

## **Bibliografía**

[1] Disponible en el sitio web <https://www.gestiopolis.com/eficiencia-eficacia-y-efectividad-en-la-calidad-empresarial/> (Consultado el 17 de junio de 2018)

[2] Disponible en el sitio web: <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/what-is-arb.html> (Consultado el 17 de junio de 2018)

[3] Ley de Conciliación y Arbitraje aprobada por Decreto 161-2000. Publicada en el Diario Oficial La Gaceta N°29,404 de la República de Honduras, el día 14 de febrero de 2001.

[4] Pásaro, I. (2005). El Arbitraje: Método Eficaz de Solución de Conflictos. España: Noticias Jurídicas.

[5] Santos, R. (1988). Arbitraje Comercial Internacional. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

[6] Junco Vargas, J. (1994). La Conciliación, Aspectos Sustanciales y Procesales. Bogotá: Ediciones Jurídicas Radar, 2da. Ed.

**Centro de Conciliación y Arbitraje  
Cámara de Comercio e Industria de Tegucigalpa<sup>1</sup>**

**15 Años de Trayectoria en la Prestación de Servicios de los Métodos  
Alternos de Solución de Conflictos (MASC)**

**Por Paola Celenia Díaz Tomé<sup>2</sup>**

**I. Introducción:**

El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Tegucigalpa, administra procesos de Conciliación y Arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras y el Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la CCIT.

A fin de que conozca cual ha sido nuestra trayectoria durante más de quince (15) años en beneficio de los métodos alternos de solución de conflictos y hacia donde sigue apuntando nuestra proyección al ser una institución pionera e innovadora en la administración de los servicios de la Conciliación y el Arbitraje en Honduras.

**II. Antecedentes:**

Cámara de Comercio e Industria de Tegucigalpa, suscribió, en fecha 12 de marzo de 1997, con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), un Convenio de Cooperación Técnica para la realización del Programa de Fortalecimiento de Métodos Alternos de Solución de Conflictos Comerciales. Dicho convenio tenía como objeto facilitar la resolución de conflictos comerciales, a través del desarrollo de métodos alternos para la solución de controversias.

Sus componentes fueron:

- 1) Marco Legal: el cual se enmarcó en asegurar una propuesta de legislación integral, que proporcionara un marco regulador apropiado y sustentable de mecanismos alternos de solución de controversias, y asegurar que se establecieran estructuras técnicas apropiadas para expandir el uso de los mecanismos de solución de controversias comerciales en Honduras.
- 2) Establecimiento y Desarrollo del Centro de Conciliación y Arbitraje de Tegucigalpa: este componente estuvo dirigido a establecer, habilitar y poner en

---

<sup>1</sup> Le invitamos a consultar mayor información en la página web: [www.ccit.hn/cca/](http://www.ccit.hn/cca/) o en nuestra oficina ubicada en el edificio CCIT, Bulevard Centroamérica, frente a Hondutel, Tegucigalpa, M.D.C., Honduras, C.A. PBX: (504) 2232-4200 ext. 715. Correo electrónico: [cca@ccit.hn/](mailto:cca@ccit.hn) [www.facebook.com/CCA.CCIT](https://www.facebook.com/CCA.CCIT).

<sup>2</sup> Paola Díaz, Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Tegucigalpa, Abogada. Con Maestría en Derecho Empresarial con elección en Derecho Internacional y Corporativo.

marcha el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Tegucigalpa. Mediante el fortalecimiento de este Centro se facilitó el acceso a los Mecanismos de Resolución Alternativas de Disputas para los comerciantes y además se aseguró la especialización de este Centro en la resolución de conflictos entre la administración pública y los proveedores de bienes y servicios.

- 3) Difusión: este componente buscaba promover el uso de los métodos alternos de solución de conflictos comerciales por empresarios e instituciones vinculadas con CCIT, así como de otros gremios empresariales.

Con la aprobación de la Ley de Conciliación y Arbitraje, mediante Decreto 161-2000 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta en fecha 14 de febrero 2001, se cumplió el componente de marco legal del convenio mencionado, lo cual dio paso a la elaboración y aprobación del Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la CCIT, aprobado por la Asamblea General Ordinaria de CCIT en fecha 22 de febrero de 2002.

Simultáneamente se inició el proceso de formación de profesionales, para obtener su especialización en los Métodos Alternos de Solución de Controversias, específicamente en conciliación y arbitraje, pudiendo así, conformarse el listado oficial de Árbitros, Conciliadores y Secretarios de Tribunal Arbitral del CCA CCIT.

El cumplimiento de estos componentes permitió el establecimiento del Centro de Conciliación y Arbitraje de Cámara de Comercio e Industria de Tegucigalpa (CCA-CCIT), por lo que, a partir del año 2002, se ofrece por parte de dicho Centro, al empresario local, al inversionista extranjero, al Estado y la ciudadanía en general, una alternativa de resolución de conflictos, expedita, especializada, confidencial y eficaz.

### **III. Proyección Nacional:**

CCA CCIT forma parte de la Comisión Interinstitucional de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MASC), coordinada por el Poder Judicial de Honduras, con el objeto de impulsar dichos Métodos Alternos. En el seno de esta Comisión se procedió a elaborar una campaña comunicacional general sobre los beneficios de los MASC, la cual se lanzó el 19 de marzo del año 2016.

CCA CCIT firmó un convenio con la Corte Suprema de Justicia, con el objeto de cooperar con la Escuela Judicial para el desarrollo de jornadas formativas dirigidas a jueces y magistrados, sobre los Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Así mismo, suscribió un convenio interinstitucional con la Universidad Tecnológica Centroamericana (UNITEC), para impartir en la Maestría de Derecho Empresarial, la cátedra de Negociación, Conciliación y Arbitraje, la cual es impartida por árbitros institucionales de este Centro. En ese sentido, es importante mencionar también, que a través de CCA CCIT, se imparten capacitaciones gratuitas a los estudiantes de último año de la carrera de derecho, de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH).

#### **IV. Proyección Internacional:**

CCA CCIT es la sección nacional en Honduras, de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), la cual es una entidad internacional que se especializa en la solución alternativa de disputas en el Hemisferio Americano. Para prestar sus servicios se apoya en una red de secciones nacionales y asociadas, las que son representativas de la comunidad empresarial y jurídica de sus respectivos países. La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), fue establecida en 1934 por medio de la Resolución XLI de la Séptima Conferencia de Estados Americanos en Montevideo, Uruguay.

CCA-CCIT es suscriptor por Honduras del Convenio de Cooperación entre los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio e Industria Centroamericanas, el cual tiene como objeto contar con un marco de cooperación entre los Centros, por medio del acercamiento entre sus autoridades, y compartir, estadísticas, líneas jurisprudenciales, decretos legislativos, eventos, capacitaciones y buenas prácticas.

En el marco de este convenio se realiza anualmente y de manera rotativa en el país del Centro de Arbitraje que se elija en la sesión anterior, una Convención Centroamericana de Centros de Arbitraje, la cual, a través de jornadas de conferencias, tiene por objeto, compartir las experiencias y novedades en el desarrollo de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos en cada país de la región Centroamericana, así como exponer del desarrollo exitoso de dichos métodos en otras regiones.

#### **V. Trayectoria Alcanzada:**

En el año 2016, CCA CCIT reformó su Reglamento institucional, con el fin de responder a la necesidad de una permanente actualización de términos y procesos a que son objeto este tipo de métodos. Al efecto se reguló, entre otros, el Arbitraje Internacional, permitiendo con ello que CCA CCIT administre este tipo de arbitrajes y formando, el listado oficial de árbitros internacionales.

El Centro de Conciliación y Arbitraje de Cámara de Comercio e Industria de Tegucigalpa (CCA-CCIT), cuenta actualmente con 15 años de prestar servicios de los métodos alternos de solución de conflictos, en el transcurso de los cuales, ha contribuido a fortalecer la seguridad jurídica y a promover un clima de inversión en nuestro país. Así mismo, ha logrado convertirse en el Centro De Conciliación y Arbitraje de mayor importancia en Honduras, y uno de los más reconocidos en la región Centroamericana.

Destacándose por la calidad de los servicios que brinda, la experiencia, la actualización permanente de los profesionales que integran sus listados oficiales, de ser un Centro que se mantiene a la vanguardia en la administración de procesos, de aplicar mejores prácticas internacionales que ayudan a fortalecer los Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MASC), de elaborar, planificar y ejecutar estrategias para la difusión de los MASC en Honduras.

## VI. Nuestra estadística:

Partiendo del año 2002 al 2017 el CCA CCIT, ha administrado:

- **280** Arbitrajes
- **160** Conciliaciones

De los cuales los asuntos en controversias han sido en materias: Arrendamiento, Construcción e Infraestructura, Seguros, Civil, Fideicomisos, Energía, Societario.



Con relación a la oferta formativa el CCA CCIT en los últimos cinco (5) años ha desarrollado una diversidad de capacitaciones y congresos en distintas materias legales y de especialización de los métodos alternos de solución de controversias, logrando capacitar aproximadamente 8,000 personas. Entre ellos Jueces y Magistrados del Poder Judicial, Funcionarios de Instituciones Estatales, Asesores de la empresa privada, Árbitros y Abogados de firmas regionales.

## VII. Conclusión:

El CCA CCIT comprometido con la difusión y el uso de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MASC) en Honduras, continuará su proceso de mejora continua de los servicios que ofrece, innovando las herramientas que permitan garantizar la calidad y la eficiencia de dichos servicios.

Así también, fortaleciendo y promoviendo una actualización continua de los profesionales adscritos al CCA CCIT, para avalar la especialización en la administración de la Conciliación y el Arbitraje.

# ¿Arbitraje, mecanismo viable para la recaudación tributaria en Costa Rica?

Yelena Piedra Matsenko<sup>1</sup>

## I. Introducción

El Arbitraje, es un mecanismo de solución de controversias usado desde las más antiguas civilizaciones que han cargado en el planeta, existiendo un modo oportuno de partida a los conflictos de las relaciones humanas.

En Costa Rica, el Arbitraje como método alternativo de resolución de controversias, deriva una resonancia fundamental, con razón al descontento de la sociedad por la utilización de la justicia ordinaria.

Aproximadamente desde de 1995, el Derecho Tributario, tomó gran envergadura e interés en el país, propia que ha ido desarrollando acorde al pasar del tiempo, hasta volverse hoy en día, una de las ramas del derecho de considerable relevancia.

Debido a este apogeo del Derecho Tributario, ha aumentado e intensificado las disputas judiciales entre el Ministerio de Hacienda y las personas naturales o personas jurídicas.

Es transcendental interés señalar que, se encuentran diversas tipologías de obligaciones impositivas dentro del territorio nacional. La función fiscal tiene por fin adquirir recursos de los habitantes para que el Estado ejecute los cometidos, como por ejemplo: ofrecer seguridad, proporcionar servicios de salud, educación, justicia, etc. Para alcanzar tal objetivo, es esencial contar con una administración tributaria eficiente. Un punto muy sustancial dentro de la administración de tributos es el modo en que se solucionan las controversias. Lastimosamente, en Costa Rica el presente mecanismo de solución de controversias tributaria, es tardío; por el cual, tropieza al recaudar los tributos pertinentemente, causando graves menoscabos económicos al Estado costarricense. Por ello, en el presente artículo se plantea la implementación del arbitraje tributario en la legislación costarricense, con el objetivo de aligerar la solución de controversias y fortalecer la recaudación tributaria.

## II. Contexto

La trascendencia que ha alcanzado el Derecho Tributario en el último período, ha causado y causará el origen de innumerables controversias, incrementando los litigios tributarios, que consiguientemente congestiona el aparato judicial. La envergadura que tiene hoy en día el Arbitraje como procedimiento alternativo de resolución de controversias, se considera significativo plantearlo como un mecanismo legalmente factible y prácticamente ejecutable que coopere a la resolución de las controversias tributarias.

---

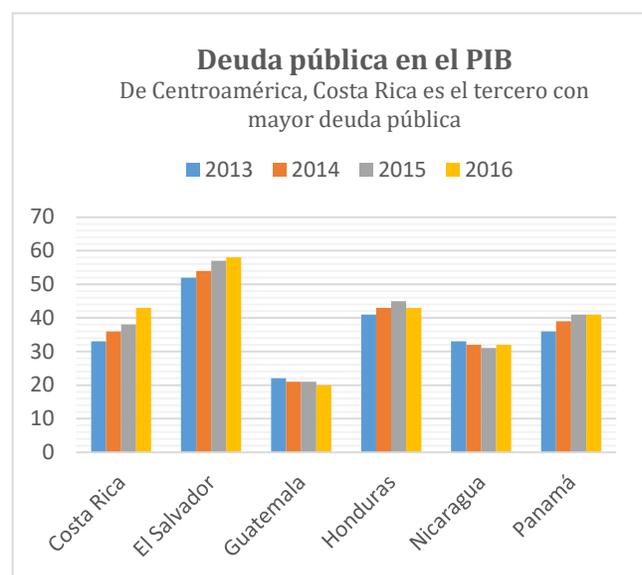
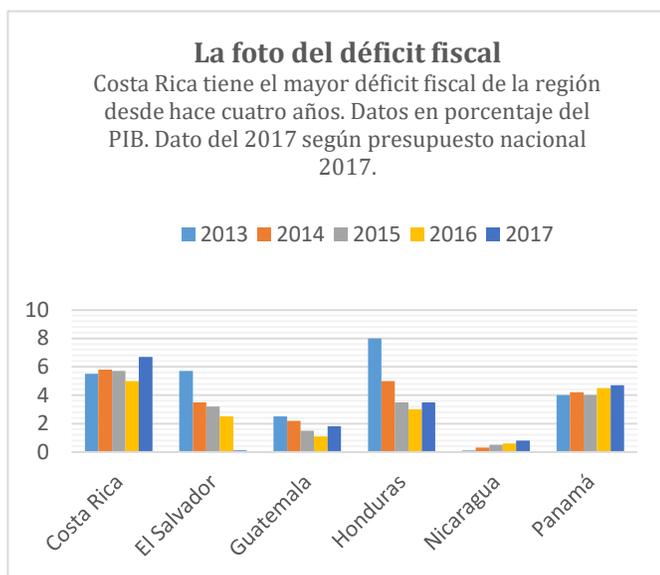
<sup>1</sup> Yelena Piedra Matsenko. Procuraduría General de la República de Costa Rica. Abogada. Licenciatura en Derecho.

Ante la actual realidad costarricense, las dificultades con la recaudación, la distribución de los impuestos, el exceso de gasto y los mínimos ingresos tributarios son condiciones que proporcionaron al déficit actual que vivimos. “El déficit del Gobierno Central, en el 2017, fue el mayor de los últimos 37 años.” (Leiton, 2018. (s.p)).

Leiton, sigue explicando en su artículo del periódico La Nación que,

“en el 2017, el déficit financiero del Gobierno Central alcanzó cerca de €2 billones, un monto que representa un 6,2% de la producción. Este es el mayor déficit registrado desde 1980, según una serie histórica suministrada por el Banco Central con base en datos del Ministerio de Hacienda.”(s.p)

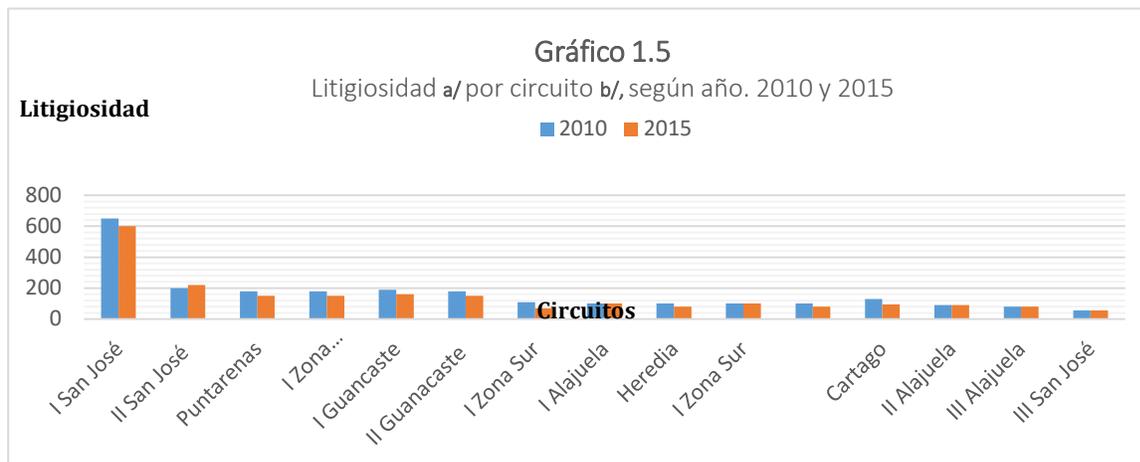
Ante esto, se debe optimizar la recaudación de los impuestos ya existentes. El elevado endeudamiento está frenando el crecimiento económico del país. En estos momentos, se habla mucho acerca de déficit fiscal y del endeudamiento público. No obstante a esto y contradictorio a lo que se pensaría, Costa Rica no tiene la deuda más alta en correlación con el PIB (la superan El Salvador y Honduras), aunque sí la de más rápido crecimiento, comparada inclusive con otros países de América Latina. Así lo explica en el periódico El Financiero, bajo este infograma:



**Fuente:** Periódico El Financiero, 2017.

Es sustancial dar la razón a la trascendencia económica que posee el Derecho Tributario, por lo mismo, acceder a una ágil y dinámica respuesta cara a las reclamaciones judiciales planteadas contra la administración tributaria. Obtiene un coste mayor, ya que, como se demuestra, la resolución de estas controversias por vía judicial ordinaria sobrelleva un tiempo prolongado, que representa gastos para las empresas, que de este modo ven disminuido sus medios competitivos en el mercado.

Según, el Informe Estado La Nación- Estado de la Justicia, 2017; indica sus brechas territoriales en el acceso y la demanda judicial por circuito:



**a/** Número de casos ingresados en primera y segunda instancia para todas las materias, por cada mil habitantes. **b/** Los circuitos Primero y Segundo de San José poseen tribunales con competencia nacional que no están en los demás circuitos, por lo que la litigiosidad está sobreestimada.

**FUENTE:** Gonzales, 2016, con datos del Poder Judicial y el INEC.

Un considerable problema que enfrenta la justicia ordinaria costarricense es la altísima carga litigiosa que hace que los procesos se traben constantemente; inclusive las estrategias procesales, incorporan la inserción de incidentes a lo extenso de todo el proceso para dilatar la resolución de éste, y así obstaculizar el trabajo de los Jueces.

### III. Propuesta

El arbitraje ha agarrado pujanza dentro de la sociedad, siendo un mecanismo considerablemente admitido. Dentro de la legislación costarricense, la Ley No. 7727, sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social; y, la Constitución Política, en su artículo 43: *“Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente.”*, es absolutamente admitida la utilización del arbitraje. Los individuos, han mirado con mucha satisfacción la oportunidad de poder hallar una solución más rápida a sus controversias.

La Constitución Política no aprecia considerables exactitudes en torno a las particularidades del arbitraje, ni en razón a las materias que pueden sujetarse al arbitraje, no habiendo obstáculo para la implementación del arbitraje tributario en Costa Rica. La Constitución Política a través de su normativa suprema es la delegada de constituir cuáles deben ser el actuar y desempeño de la Administración Pública dentro de las diferentes áreas, poseyendo entre una de ellas a la Administración Tributaria, que se ocupa de gestionar la materia tributaria dentro del territorio nacional, bajo una atribución o

potestad constitucional que adquiere un carácter de permanente, irrenunciable, imprescriptible e indelegable.

El Arbitraje Tributario, tiene que cumplir con algunas medidas y cánones para que obtengan completa validez, creándose y fijándose el procedimiento, como los actos administrativos que son sometidos al Arbitraje, los tiempos de resolución los recursos que se pueden interponer, etc.

Concibiendo un instrumento legal y práctico que faculte descongestionar los Tribunales Contenciosos Administrativos del país, y avalar por una rápida resolución de las controversias tributarias, remediando el quebranto de los derechos que le atañe a cada sujeto.

Para las personas jurídicas entrar a un proceso judicial involucra un gasto mayor, ya que, deben abastecer contablemente los valores determinados en la cuantía de las demandas presentadas, e ir continuamente designando gastos para la ejecución de pruebas, de informes periciales, caución en caso de ser solicitada, etc.

No obstante, una vez pronunciado el laudo pertinente la ejecución del mismo se torna engorroso y fastidioso, ya que, se debe acudir ante un juez ordinario para que sea este quien ordene a las partes el cumplimiento de lo dictado por los árbitros, lo que acaba dificultando el ahorro de tiempo alcanzado dentro del proceso arbitral.

En categóricos casos en los cuales es imperioso instaurar **medidas cautelares** para avalar el correcto recorrido del proceso, los árbitros escasean de mandato legal para solicitar la ejecución de medidas cautelares, para las instituciones públicas o privadas conforme al caso.

Es de necesidad, ahondar en cambios a la legislación costarricense, que se ajusten a reforzar a que los árbitros para que posean mayor atribución al instante de decidir si es acertado o no la ejecución de una medida cautelar, o a requerir el acatamiento del Laudo. Estimando como único objetivo a reforzar el descongestionamiento de la justicia ordinaria, y, a ofrecer una partida jurídica a los problemas que se exteriorizan.

Corresponden ser aptos de un proceso arbitral todos y cada uno de los actos administrativos que establezcan impuestos u obligaciones impositivas a favor del Estado, dejando en claro que no todos los actos administrativos tienen como objeto la precisión de obligaciones. Para que los actos administrativos puedan ser estimados como aptos de ser pretendidos en vía arbitral, éstos deben ser equivalentes a aquellos actos administrativos que son aptos de reclamación en la vía judicial, siempre y cuando estos actos administrativos, tengan como propósito fijar obligaciones impositivas contra los sujetos pasivos y a favor del Estado.

Para el adecuado uso del arbitraje tributario, la propuesta, es que dentro del Código Tributario se introduzca un capítulo denominado “arbitraje”, del cual estará atribuido por la ley. El arbitraje tributario, es posible, ya que dentro del mismo no concurre violación alguna, no se debate la obligación del tributo, hecho que surge exclusivamente de la ley.

#### **IV. Conclusiones**

Empero de los esfuerzos del Poder Ejecutivo, la administración pública costarricense, no consigue las alturas de agilidad y eficiencia anheladas por la sociedad. Las deficiencias burocráticas que padece el Estado costarricense obstaculizan el incremento económico y la inversión.

Unos pueden aludir, al impedimento de sujetar disputas tributarias a conocimiento de un órgano no judicial no adscrito a la estructura del Estado, pues apuntan que la normativa tributaria es de orden público. Este mecanismo de solución de controversias debe establecerse y efectuarse dentro de la legislación costarricense. El arbitraje tributario es factible por cuanto no se impone al laudo la obligación de un tributo, sino el valor de éste, faculta utilizar el arbitraje de forma reglada en el país.

El arbitraje tributario, estará expuesto solamente a solucionar controversias surgidas por la aplicación de las normas tributarias a las acciones económicas. La potestad tributaria se plasma en la creación de tributos y en la posibilidad de recaudar las deudas tributarias coactivamente. En razón, la autoridad tributaria subsistirá intacto en la totalidad de los casos. Lo que se concibe, es emplear la norma correcta al hecho controvertido.

Países, como Estados Unidos y Portugal, utilizan el arbitraje tributario. (Chico, P. Espejo, I. García, C. (2015).p. 277 y 278)

Finalmente, el arbitraje tributario se muestra como una opción de solución válida y factible desde un punto de vista económico, doctrinario y legal para Costa Rica.

## Bibliografía

Azócar, P. (1958). *El Juicio Arbitral*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Banco Interamericano de Desarrollo (2013). *Estado de la Administración Tributaria en América Latina, 2006-2010*. Consultado el 22 de marzo del 2018, en: [http://webdms.ciat.org/action.php?kt\\_path\\_info=ktcore.actions.document.view&fDocumentId=8117](http://webdms.ciat.org/action.php?kt_path_info=ktcore.actions.document.view&fDocumentId=8117)

Bravo, P. Martín, V. (2002). *El Arbitraje Económico en México*. (1ra.ed) México: Porrúa México.

Chico, P. Espejo, I. García, C. (2015). *Una propuesta para la implementación de medidas alternativas de solución de conflictos (ADR) en el sistema tributario español con especial referencia en el arbitraje*. España: Editorial Epraxis.

Duncan K, (1999). *Libertad y Restricción en la decisión judicial*. Ediciones Uniandes.

Informe Estado La Nación. (2017). *Estado de la Justicia 2017*. Costa Rica: Estado La Nación- CONARE.

Lascano, D. (1941). *Jurisdicción y Competencia*. Buenos Aires: Ediciones Kraft.

Leiton, P. (2018). *Costa Rica alcanza riesgoso nivel de endeudamiento*. Periódico La Nación. Consultado el 22 de marzo del 2018, en: <https://www.nacion.com/economia/finanzas/pais-alcanza-riesgoso-nivel-de-endeudamiento/OCU4IPEQXNCJHPOHZ2EWWRHGOA/story/>

Ramírez, F. (2003). *Manual de Derecho Arbitral*. Perú: Editorial Gaceta Jurídica.

(s.a). (2014). *Editorial: La evasión tributaria*. Periódico El Financiero. Consultado el 22 de marzo del 2018, en: <https://www.elfinancierocr.com/opinion/editorial-la-evasiontributaria/OSKRQIBP3VEGRPYU4FQKTDA7II/story/>

Vega, J. (2008). *Sinceramiento Tributario*. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Verduga, E. (2001). *El Arbitraje: Justicia Alternativa*. Editorial Jurídica Miguez Mosquera.

Vicente, J. Egas, P (s.f). *Tributación y Arbitraje Internacional*. Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.

## Normativa

Ley No. 7727, sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

Consulte las bases para publicar en  
[www.cyacr.com](http://www.cyacr.com)

