

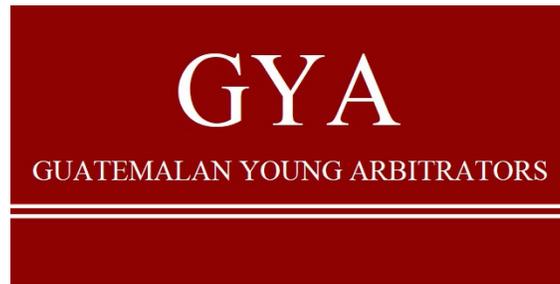
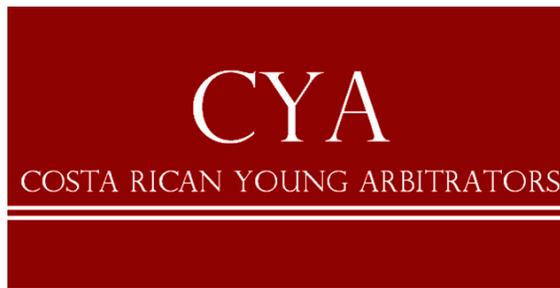
Y

**Young
Arbitration
Magazine**

AN ACADEMY MAGAZINE

DICIEMBRE 2021 | X EDICIÓN | COSTA RICAN YOUNG ARBITRATORS





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.

TABLA DE CONTENIDOS

CONSEJO EDITORIAL

Dominick Delgado Carvajal

- Directora de Young Arbitration Magazine (YAM)
- Fiscal de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Estudiante de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Sophia Fiorella Villalta Chong

- Vocal I de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Ana Elena Quirós Vásquez

- Secretaria de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Bachiller en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Valeria Garro Ortega

- Asociada de Costa Rican Young Arbitrators
- Licenciada en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Gabriel Chaves Corrales

- Asociado de Costa Rican Young Arbitrators
- Estudiante de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Ma. Alexandra Álvarez Arias

- Pro Secretaria de la Junta Directiva de Costa Rican Young Arbitrators
- Estudiante de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Valeria Alvarado Andrade

- Asociada de Costa Rican Young Arbitrators
- Estudiante de Derecho de la Universidad de Costa Rica

Presentación 1

Dominick Delgado Carvajal

Aspectos prácticos de la elección de Costa Rica como sede de arbitrajes internacionales 3

Ji Soo Kim y

Mauricio Rapso

Las cláusulas arbitrales en el ámbito del comercio electrónico: las *clickwrap agreements* 12

Javier Contreras, Elsy Domínguez, Carlos Parada, Francisco Renderos y Gabriela Yanes

Sobre el interrogatorio de testigos y expertos en Arbitraje Internacional: Regulación y aplicación práctica en jurisdicciones de América Latina 31

Juan Alberto Ayerdi, Giacomo Montiel y Alessandra Iannacone

Alessandra Iannacone

Las Cláusulas Arbitrales Patológicas, ¿son ejecutables en El Salvador? 51

Andrea Cáceres, Jackelin Calderón,

Eduardo Chamorro, Yanira Díaz y

Alicia Henríquez

Guía de Costa Rican Young Arbitrators Sobre las Actuaciones de los Secretarios y Secretarias del Tribunal Arbitral 2021 72

Guía de Costa Rican Young Arbitrators Sobre las Actuaciones de los Secretarios y Secretarias del Tribunal Arbitral 2021

Presentación

Por Dominick Delgado | Consejo Editorial

Young Arbitrators Magazine (YAM) es una iniciativa que data del año 2014, fecha en la que tuvo lugar su primera edición. Desde entonces, la revista ha constituido una plataforma para que los jóvenes estudiantes y profesionales en derecho contribuyan con el estudio y la discusión académica de las nuevas complejidades y desafíos que presenta el arbitraje.

Lo anterior, adquiere especial relevancia ante el panorama regional e internacional, en el que la realidad comercial, cada vez más compleja, conlleva el desarrollo constante de la materia arbitral y, consecuentemente, la necesidad de seguir promoviendo el debate e intercambio de ideas de los temas relevantes para su ejercicio profesional.

En esta línea, el Consejo Editorial de Costa Rican Young Arbitrators tiene el placer de presentar la X Edición de la Revista YAM, la cual cuenta con los trabajos académicos de estudiantes y abogados latinoamericanos quienes contribuyen con sus investigaciones al desarrollo del derecho arbitral en la región.

Aunado a lo anterior, la presente edición semestral también cuenta con la *Guía de Costa Rican Young Arbitrators Sobre las*

Actuaciones de los Secretarios y Secretarías del Tribunal Arbitral 2021, la cual constituye un importante esfuerzo de integración de las normas que respaldan la labor de los secretarios y secretarías de los árbitros y pretende constituirse en una herramienta para el uso de la comunidad arbitral nacional e internacional.

En este sentido, la presente edición semestral es producto del esfuerzo de los miembros de la Comisión de la Revista YAM, quienes realizaron la revisión de los artículos postulados; de los autores y autoras que nos han confiado sus trabajos; y de los asociados que conforman la Comisión de la Guía Sobre las Actuaciones de los Secretarios y Secretarías del Tribunal Arbitral, quienes elaboraron dicho documento.

Como parte de esta X Edición, los lectores encontrarán un análisis pormenorizado a cargo de los autores Ji Soo Kim y Mauricio Rapso quienes, en su artículo *Aspectos prácticos de la elección de Costa Rica como sede de arbitrajes internacionales*, examinan los retos prácticos que Costa Rica enfrenta actualmente para convertirse en una sede más atractiva de arbitrajes internacionales.

Por otro lado, en el texto *Las cláusulas arbitrales en el ámbito del comercio electrónico: las clickwrap agreements*, los autores salvadoreños Jaime Javier Contreras, Elsy Marielos Domínguez, Carlos Gustavo Parada, José Francisco Renderos y Gabriela Berenice Yanes, explican esta figura propia del comercio electrónico, así como sus implicaciones para el arbitraje de disputas que surjan con motivo de este tipo de acuerdos.

Para ganar un arbitraje, cada una de las partes tratará de convencer al Tribunal Arbitral sobre sus posiciones (antagónicas entre ellas), para lograrlo, los abogados litigantes cuentan con importantes herramientas persuasivas como lo son las declaraciones orales de los testigos y peritos. En esta línea, en su artículo *Sobre el interrogatorio de testigos y expertos en Arbitraje Internacional: Regulación y aplicación práctica en jurisdicciones de América Latina*, los autores Juan Alberto Ayerdi, Giacomo Montiel y Alessandra Iannacone realizan una labor comparativa de los reglamentos de algunos los centros arbitrales más importantes de Perú, Costa Rica y Guatemala para analizar cómo se encuentran reguladas las prácticas de interrogatorio en dichas jurisdicciones.

Uno de los retos prácticos que enfrentan los árbitros y abogados litigantes son las cláusulas arbitrales defectuosas, las cuales suelen generar contratiempos para las partes de un procedimiento, quienes pueden ver frustradas sus expectativas de que la controversia sea resuelta ágilmente. En su artículo *Las Cláusulas Arbitrales Patológicas, ¿son ejecutables?*, los autores salvadoreños Andrea María Cáceres, Jackelin Alejandra Calderón, Eduardo Ernesto Chamorro, Yanira Stephanie Díaz y Alicia Fernanda Henríquez, abordan este fenómeno desde una perspectiva de derecho comparado para determinar el trato que se les da a este tipo de cláusulas en el ordenamiento salvadoreño.

La selección de artículos que componen la presente edición de YAM, así como la Guía de Costa Rican Young Arbitrators Sobre las Actuaciones de los Secretarios y Secretarias del Tribunal Arbitral 2021, constituyen una importante contribución al acervo doctrinario de los temas relevantes para el ejercicio profesional de la materia arbitral, el cual esperamos sea de utilidad para la comunidad académica de la región.

**San José, Costa Rica
Diciembre 2021.**

Aspectos prácticos de la elección de Costa Rica como sede de arbitrajes internacionales

*Ji Soo Kim*¹

*Mauricio Rapso*²

Resumen:

El presente artículo analiza los aspectos importantes por considerar e implicaciones de escoger Costa Rica como sede de un arbitraje internacional. Desde una perspectiva normativa y en comparación con otras jurisdicciones centroamericanas, este país cuenta con instrumentos avanzados en pro de la cultura arbitral. No obstante, se observan una serie de rezagos en cuanto a su aplicación e interpretación. En virtud de ello, el presente artículo tiene como fin evidenciar las ventajas y desventajas que se presentan de dicha elección de sede, así como proponer soluciones a las deficiencias que actualmente se observan en esta jurisdicción.

Abstract:

This article analyzes important aspects to be considered and the implications of choosing Costa Rica as the seat of an international arbitration. From a normative perspective and in comparison, with other Central American jurisdictions, this country has advanced instruments favorable to arbitration, however, some backwardness is perceived in their application and interpretation. In this regard, advantages and disadvantages that arise from said choice of arbitral seat are exemplified and possible solutions are concluded.

Palabras clave:

Sede arbitral; arbitraje internacional; intervención judicial; Ley de Arbitraje Comercial Internacional; Costa Rica.

¹ Miembro de la práctica de Resolución de Disputas de la firma Alta Batalla, Bachiller en Derecho de la Universidad de Costa Rica, miembro del equipo ganador de la I Competencia Interuniversitaria de Arbitraje organizada por ICC Costa Rica, ex participante de la Competencia Internacional de Arbitraje organizada por la Universidad de Buenos Aires y Universidad del Rosario 2019-2020, con estudios de especialización en arbitraje por la Universiteit Leiden.

² Abogado asociado de ECIJA Legal Costa Rica, Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, Profesor de Resolución Alternativa de Conflictos y Derecho Internacional Privado en la Universidad Internacional de las Américas, miembro de la subcomisión YAF de ICC Costa Rica, del Club Español del Arbitraje y Arbitraje Alumni.

Keywords:

Arbitral seat; international arbitration; judicial intervention; International Commercial Arbitration Law; Costa Rica.

I. Introducción

En el año 2011, Costa Rica introdujo su primer cuerpo normativo especializado en la regulación del arbitraje internacional. La Ley de Arbitraje Comercial Internacional número 8937, conocida popularmente como LACI por sus siglas, se basa directamente en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) con las enmiendas aprobadas en el año 2006. Al haber inspirado su legislación en esta Ley Modelo, Costa Rica se unió a los más de ochenta y cinco países que han basado su normativa en el texto propuesto por la CNUDMI, siendo esta la práctica de jurisdicciones vanguardistas y consideradas las más favorables al arbitraje como lo son Francia, Perú, Reino Unido y Singapur.

De esta manera, Costa Rica adoptó una norma de derecho uniforme para la regulación del arbitraje internacional y estableció un sistema dualista, diferenciando el arbitraje nacional del internacional. Lo anterior ha sido resumido por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en una sentencia reciente (2015):

Esta normativa es el resultado de haberse advertido la necesidad de que el ordenamiento jurídico costarricense se incorporara en la corriente mundial del libre comercio, lo que conlleva la adopción de una serie de andamiajes jurídicos que proporcionen seguridad y homogeneidad de trato a los actores económicos. Esta urgencia aumentó en tanto los tratados de libre comercio suscritos por Costa Rica venían mencionando al arbitraje de inversión como mecanismo de resolución de disputas, y se carecía de un adecuado desarrollo normativo del arbitraje comercial internacional, toda vez que si bien desde hace varias décadas el país suscribió la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley no. 6165 del 15 de noviembre de 1997), su marco normativo es acentuadamente básico y general, a diferencia de lo que ocurre con la LACI, que se detiene

a normar aspectos del procedimiento, del recurso de nulidad contra el laudo, y del reconocimiento de lo laudado (p.13).

Tal y como lo señala la Sala Primera, la introducción de este instrumento normativo es congruente con la práctica legislativa costarricense de larga data referente al arbitraje, evidenciada mediante la ratificación de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Organización de Estados Americanos en el año 1978, siendo Costa Rica uno de los 19 países que la han ratificado.

De igual manera, se evidencia el interés del país costarricense en mantenerse a la vanguardia de la regulación convencional del arbitraje mediante la ratificación de la célebre Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) en el año 1987.

Estos instrumentos normativos han dirigido la práctica del arbitraje internacional en Costa Rica y el mundo, desde hace más de 60 años y a la fecha se mantienen vigentes. A pesar de que Costa Rica cuenta con esta normativa y además posee una posición geográfica accesible en el continente americano para que distintos usuarios del arbitraje resuelvan sus disputas en el país, existen ciertos aspectos del contexto cultural y académico específico que deben ser analizadas cuidadosamente al elegirla como sede. Algunos de estos aspectos resultan ventajosos para la realización de arbitrajes internacionales en el país y otros implican desafíos para la eficiencia y favorabilidad de Costa Rica como sede de procesos arbitrales internacionales. A continuación, se analizarán estas ventajas y desventajas.

II. Falta de aplicación de la normativa de arbitraje comercial internacional en el país

Los resultados de la encuesta *2018 International Arbitration Survey*, llevada a cabo por la Universidad Queen Mary, reflejaron contundentemente que la ejecutabilidad de los laudos es la característica más valiosa del arbitraje, seguido por “la evasión de sistemas legales o jurisdicciones específicas y flexibilidad (Queen Mary University & White Case, LLP, 2018, p. 5). Esta ventaja se ha destacado en varias de estas encuestas a lo largo de los años, incluso en la última edición

del año 2021, en la que se indicó que las claves para considerar una sede de arbitraje como atractiva son: (i) mayor apoyo para el arbitraje por las cortes y la judicatura; (ii) aumento en la neutralidad e imparcialidad de los sistemas legales locales; y (iii) mejores antecedentes de ejecución de acuerdos de arbitraje y de laudos arbitrales (Queen Mary University & White Case, LLP, 2021, p. 5).

Debido a lo anterior, es claro que los usuarios del arbitraje internacional como medio de resolución de disputas priorizan el análisis de los sistemas legales y la favorabilidad al arbitraje, al escoger esta vía, lo cual se refleja también al determinar una sede.

La relevancia de la elección de una sede arbitral ha sido explicada por el Profesor Roque Caivano (2017), que señala lo siguiente:

La sede del arbitraje importa, fundamentalmente, la existencia de un vínculo jurídico entre el arbitraje y la jurisdicción –legislativa y judicial– del país elegido, es decir, un lazo entre la instancia arbitral y un derecho nacional, que no requiere de la existencia de “operaciones arbitrales” que se cumplan en el territorio de ese Estado, aunque regularmente puedan cumplirse. (p. 2)

En ese sentido, la elección de la sede implica consigo el establecimiento de una “jurisdicción ordinaria de respaldo” que, dependiendo de la legislación nacional, impactará e incidirá en el transcurso del proceso arbitral. Ante esta importante decisión, las potenciales partes del arbitraje toman en consideración, como factor decisivo al determinar una sede, la experiencia que ostenta una jurisdicción específica respecto a este tipo de procesos.

El Informe sobre encuestas del Arbitraje en América Latina de la Conferencia Latinoamericana de Arbitraje informó que Costa Rica fue sede en el año 2019 de únicamente diez procesos arbitrales internacionales, mientras que Perú fue sede de cincuenta y tres arbitrajes internacionales, Colombia de dieciséis y México de catorce (Conferencia Latinoamericana de Arbitraje, 2020, p.5).

Esto evidencia que, en comparación con otros países latinoamericanos, Costa Rica fue sede arbitral en una limitada cantidad de arbitrajes internacionales. Esta baja estadística incide directamente en la poca experiencia que cuenta el país aplicando su propia ley de arbitraje internacional y su marco convencional de la materia.

Lo anterior se evidencia al realizar una búsqueda jurisprudencial en la base de datos del Poder Judicial “Nexus”, de donde se desprende que la Ley de Arbitraje Comercial Internacional ha sido empleada en tres solicitudes de reconocimiento de laudo extranjero (Caso Hidroeléctrica San Lorenzo vs Saret de Costa Rica, Caso Jack Ray Mitchell vs Thunderbird Resorts INC y Caso Inversiones y Procesadora Tropical Inprotsa vs Del Monte Internacional). Se debe precisar que, en dos de estos casos, la LACI únicamente fue mencionada pero no analizada a fondo, combinando su aplicación con el Código Procesal Civil costarricense.

Por ejemplo, la Sala Primera (2021) tanto en el Caso Hidroeléctrica San Lorenzo como en el Caso Jack Ray Mitchell se limitó a hacer referencia en una ocasión a este instrumento (de manera idéntica en ambas sentencias):

En consecuencia, no existiendo ninguna de las prohibiciones derivadas de lo establecido en el numeral 99.2 del Código Procesal Civil y porque lo dispuesto por la autoridad foránea no es contrario al orden público costarricense, cumple con la Ley de Arbitraje Comercial Internacional y las convenciones ratificadas en el país sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros, debe concederse el exequátur a tenor del citado artículo y en los ordinales 98, 99.1, 99.2, 99.3 y 100 ibidem, pues concurren los presupuestos básicos para su procedencia (p.5).

Por otro lado, se evidencia también que la LACI ha sido aplicada únicamente en dos procesos de nulidad del laudo arbitral (Real Hotels And Resorts, INC, vs Hotelera Amón, S.A., y Caso Sisa Vida Sociedad Anónima vs. Worldwide Medical Assurance) y una sola vez para la tramitación de una impugnación a la competencia del tribunal arbitral (Caso 3-102-583-300 SRL vs Geldstuck, S.A. y otro).

Si bien la poca implementación de estos instrumentos normativos parece ser causa de la poca práctica del arbitraje internacional en el país, lo cierto es que el análisis de los antecedentes mencionados refleja causas aún más relevantes. El desconocimiento sobre la aplicación de dichas regulaciones, tanto por los asesores legales de las partes en los procesos arbitrales, así como de los árbitros que actúan en dichos procesos y de las autoridades judiciales que intervienen en el arbitraje, son una mayor causa de dicha desaplicación. De los pocos casos localizados en esta investigación en las que se pudieron aplicar estas normas, la mención a ellas es casi que mínima, sin profundidad a los principios que respaldan su aplicación.

En ese sentido, es evidente que los usuarios del arbitraje internacional que podrían interesarse por Costa Rica como una potencial sede de arbitraje desconocerán cómo se aplican dichos instrumentos de Derecho Uniforme en el país. No solo por la falta de aplicación de estos cuerpos normativos en la práctica de costarricense o la baja escogencia de Costa Rica como sede de procesos arbitrales, sino además por la pérdida de las pocas oportunidades que se han tenido para generar antecedentes de relevancia en la materia.

Por ende, todo lo anterior causa que el país no avance en su cultura arbitral y se estanque en cuanto a la experiencia requerida como jurisdicción para tramitar arbitrajes de tal complejidad e índole internacional.

III. Precisiones sobre la intervención judicial en los arbitrajes con sede costarricense

Otro aspecto de suma importancia al considerar al país costarricense como sede arbitral, lo constituye la intervención judicial en estos procesos. Como se mencionó en el apartado anterior, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, encargada de los reconocimientos de laudos extranjeros, recursos de nulidad del laudo e impugnaciones a la competencia arbitral, no cuenta con vasta experiencia en la aplicación normativa de los instrumentos de arbitraje internacional. No obstante, aunado a lo anterior, se debe considerar también el impacto que tienen los plazos de esta Sala para emitir pronunciamientos en causas de este tipo.

Si bien no se cuenta con estadísticas referentes a la duración de los procesos en esta instancia (dado que los informes de Estado de la Justicia no hacen referencia a la Sala Primera), se pueden utilizar como ejemplo, a propósito de demostrar los plazos de resolución, los casos citados previamente.

El caso Hidroeléctrica San Lorenzo vs Saret de Costa Rica inicia su tramitación ante Sala Primera el 21 de setiembre de 2018 y se obtiene pronunciamiento sobre el reconocimiento del laudo hasta el 28 de enero de 2021, es decir, que este reconocimiento fue tramitado en dos años y cuatro meses.

Por su lado, el Caso Sisa Vida Sociedad Anónima vs. Worldwide Medical Assurance ingresó a la Sala Primera el 04 de agosto de 2014 y fue resuelto 05 de marzo de 2015, durando casi siete meses en su tramitación. Finalmente, el caso 3-102-583-300 SRL vs Geldstuck, S.A. fue admitido a la Sala el 02 de febrero de 2016 y fue resuelto hasta el 27 de octubre de 2016, para un total de casi 9 meses para la tramitación de una impugnación a la competencia arbitral.

Lo anterior, deja a Costa Rica en desventaja frente a otras legislaciones latinoamericanas que limitan la intervención judicial en los procesos arbitrales al establecerles plazos para la resolución de este tipo de gestiones. Por ejemplo, la Ley de Arbitraje guatemalteca le otorga en su numeral 44.3 un plazo de tres días a la Sala de la Corte de Apelaciones para resolver los recursos de revisión que se interpongan contra los laudos arbitrales.

La legislación peruana concretamente en el Decreto Legislativo 1071 (aplicable al arbitraje nacional e internacional) también establece diversos plazos para la tramitación de recursos de nulidad contra los laudos arbitrales, siendo que la Corte Superior debe resolver sobre la admisibilidad dentro de los diez días siguientes a su interposición, posterior a la dilucidación de los argumentos de las partes, cuentan con veinte días para resolver finalmente el recurso de nulidad. En el caso de Colombia, el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional del 2012, establece en su artículo 109, inciso cuarto, un plazo de dos meses para la resolución de la impugnación del laudo arbitral.

Por lo que, acudir a la jurisdicción ordinaria en Costa Rica para dirimir aspectos como la competencia arbitral, el reconocimiento de un laudo extranjero o la nulidad de un laudo arbitral

conlleva que las partes contemplen desde seis meses hasta más de dos años para tales efectos. Lo anterior, no es más que una desnaturalización del arbitraje como instrumento célere y eficiente en tiempo y dinero para la resolución de disputas entre las partes. Esta judicialización del arbitraje violenta en gran medida la voluntad de las partes plasmada al haber renunciado expresamente a la jurisdicción ordinaria, priorizando la obtención rápida de un pronunciamiento final, entre otras motivaciones para escoger esta vía.

IV. Conclusión

Costa Rica posee múltiples ventajas como sede arbitral en procesos internacionales, como su robusto marco normativo y convencional respecto al arbitraje y también su ubicación geográfica en el centro del continente americano, brindando un foro neutral localizado entre las grandes potencias económicas de Norteamérica y Suramérica, además de contar con una creciente cultura arbitral en el ámbito académico.

No obstante, el desarrollo del arbitraje en este país dependerá exclusivamente de los avances y las próximas acciones, principalmente, de los operadores jurídicos frente a la baja aplicación del marco normativo del arbitraje internacional y los extensos plazos en las instancias judiciales para resolver gestiones derivadas de la tramitación de procesos arbitrales internacionales.

Lo anterior, requiere de una mejora estructural del Poder Judicial costarricense, de modo que se agilice la tramitación de estas gestiones y además se le dé importancia a la necesidad de una especialización académica de los operadores jurídicos que permita la correcta aplicación de los instrumentos normativos pertinentes, perdiendo así esa reticencia al marco convencional y legislativo aplicable.

V. Bibliografía

Caivano, R (2017). La sede del arbitraje. Revista El Derecho. Disponible en: <http://medyar.org.ar/la-sede-del-arbitraje-caivano.pdf>

Congreso Latinoamericano de Arbitraje (2020). Informe sobre encuestas del Arbitraje en América Latina. Disponible en: <http://www.clarbitraje.com/v2/wp-content/uploads/2020/12/Informe-CLA.pdf>

Queen Mary University & White & Case LLP (2018). 2018 International Arbitration Survey. Disponible en: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey-report.pdf>

Queen Mary University & White & Case LLP (2021). 2021 International Arbitration Survey. Disponible en: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (05 de Marzo del 2015). Caso Sisa Vida Sociedad Anónima vs. Worldwide Medical Assurance. Sentencia N° 00280 – 2015.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (22 de Enero del 2021). Caso Jack Ray Mitchell vs. Thunderbird Resorts INC. Sentencia N° 00085 – 2021.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. (28 de Enero del 2021). Caso Hidroeléctrica San Lorenzo Sociedad Anónima vs. Saret de Costa Rica, S.A. Sentencia N° 00160 – 2021.

Las cláusulas arbitrales en el ámbito del comercio electrónico: las *clickwrap agreements*¹

Javier Contreras²
Elsy Domínguez³
Carlos Parada⁴
Francisco Renderos⁵
Gabriela Yanes⁶

Resumen:

El mundo ha evolucionado con el paso de los años, la tecnología ha tomado un mayor auge y con ello, la forma de comerciar también ha cambiado. Se pasó de lo tradicional (en persona) a las televentas y, actualmente, es el comercio electrónico el que ha tomado extrema relevancia. Con la llegada del *e-commerce*, las legislaciones se han adaptado de manera paulatina y el afán de protegerse ante cualquier futuro conflicto se ha mantenido. Es por ello, que han tomado gran importancia las *clickwrap agreements*, unas pequeñas cláusulas electrónicas mediante las cuales es posible pactar el arbitraje como medio de resolución en caso de una eventual disputa.

Abstract:

The world has evolved over the years, technology has taken a greater upswing and with it, the way of conducting business has also changed. It went from the traditional (in person) to telesales and, currently, it is electronic commerce that has taken extreme relevance. With the arrival of *e-commerce*, legislation have gradually adapted and the desire to protect themselves against any future conflict has remained. That is why *clickwrap agreements* have become very important, small

¹ El Consejo Editorial de Young Arbitration Magazine autorizó la publicación de este artículo redactado por cinco autores, como parte de sus potestades, reguladas en las Bases de Publicación.

² Jaime Javier Contreras Martínez, Estudiante de 5to año de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, El Salvador.

³ Elsy Marielos Domínguez Amaya, Estudiante de 5to año de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamérica “José Simeón Cañas”, El Salvador.

⁴ Carlos Gustavo Parada Marroquin, Estudiante de 5to año de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamérica “José Simeón Cañas”, El Salvador.

⁵ José Francisco Renderos Pérez, Estudiante de 5to año de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamérica “José Simeón Cañas”, El Salvador.

⁶ Gabriela Berenice Yanes Galindo, Estudiante de 5to año de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamérica “José Simeón Cañas”, El Salvador.

electronic clauses through which it is possible to agree to arbitration as a means of resolution in the event of a possible dispute.

Palabras Clave:

Comercio electrónico, arbitraje, solución de conflictos, convenios arbitrales, *clickwrap agreements*, consentimiento, internet.

Keywords:

Electronic commerce, arbitration, dispute resolution, arbitration agreements, *clickwrap agreements*, consent, internet.

I. Introducción

Con el paso del tiempo, la entrada de la globalización y la necesidad de mantenerse al pie de la realidad, el comercio ha cambiado. Se ha pasado del comercio tradicional (ir a una tienda y comprar en persona), a hacerlo de manera telefónica y, en la actualidad, con la realidad del COVID-19 como mayor detonante, el comercio electrónico ha tomado una mayor fuerza.

Junto con esta evolución, también se ha buscado proveer una forma para solucionar conflictos, distinta a la tradicional con la participación de jueces, dando mayor relevancia a los medios alternos de solución de conflictos. En ese afán, la conciliación, la negociación y arbitraje se empiezan a potenciar, ya que permiten llegar a un punto de solución más pronto y con menores costos para las partes.

El presente artículo desarrollará este mecanismo novedoso mediante el cual se puede acordar acudir a una sede arbitral. Las *click wrap agreements* o *clickwrap* tienen su desarrollo en el ámbito del comercio electrónico, estas podrían compararse con los conocidos “términos y condiciones” de los sitios web, sin embargo, poseen ciertas condiciones y particularidades que las diferencian de estos últimos.

En esta línea, se ha elaborado un hilo de temáticas que dan paso a la explicación de estas cláusulas: primero, se hará una remembranza del comercio electrónico, detallando términos puntuales sobre esta modalidad de comercio, clave en el desarrollo de las cláusulas electrónicas. También se desarrollará el tema del arbitraje y el convenio arbitral, esto con la finalidad de brindar un panorama general, para entender qué posición tienen las *clickwrap* con respecto al arbitraje. Y, por último, se desarrollará un apartado sobre las *clickwrap* para brindar una definición de este tipo de cláusulas presentes en la realidad actual, explicando a detalle sobre el contenido que pueden tener y como se pueden ver acopladas para ser un convenio que dé paso al desarrollo del arbitraje en conflictos comerciales, específicamente en el escenario *business to business*.

II. El comercio electrónico

El comercio electrónico es “*cualquier forma de transacción comercial en la que un suministrador provee de bienes o servicios a un cliente a cambio de un pago, donde ambas partes interactúan digitalmente en lugar de hacerlo por intercambio o contacto físico directo*” (Alonso, 2005).

Algunas características del comercio tradicional son, en primer lugar, que existe un negocio o compraventa de un servicio o bienes tangibles o intangibles, el cual necesariamente tiene que ser motivado por una de las partes a través del deseo de comprar y por el otro el deseo de vender. Lo diferente hasta este punto, es que el medio por el cual se realizará el comercio es por vía digital, virtual, por la web (*on line*).

Siguiendo con la idea de la autora, el comercio electrónico tiene diferentes clasificaciones según los sujetos que participen en la relación de comercio, sin embargo, la que compete a la línea de este ensayo es la denominada entre empresas, o también conocida como *Business to Business*. Esta clase de comercio se refiere a aquellas que se realizan entre empresas, donde se busca una negociación más ágil, que favorezca la relación entre los sujetos comerciantes.

Resulta importante mencionar que, en esta forma de realizar comercio entre las empresas por medios electrónicos, siempre surgen las mismas relaciones jurídicas que en el comercio tradicional, tal vez con algunas modificaciones para que haya mayor seguridad, lo cual será objeto

de estudio más adelante. El punto radica en que siempre es importante, cuando se realiza un negocio en el comercio electrónico, aquellas cláusulas y condiciones que regirán dicha relación comercial, para darle seguridad a la misma.

Una realidad jurídica clara de lo descrito anteriormente es la reciente Ley de Comercio Electrónico de El Salvador, la cual entró en vigor el 10 de febrero de 2020. No obstante, resulta pertinente aclarar que lo que abre paso para que puedan existir este tipo de relaciones jurídicas de comercio es la Constitución de la República. En su art. 23 reza que el Estado garantizará la libertad de contratar conforme a las leyes.

Teniendo en cuenta este parámetro constitucional, la Ley de Comercio Electrónico, en su art.14 reconoce la existencia, validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica. Esta tiene como preceptos que dichos contratos gozarán y producirán los mismos efectos que ya se encuentran en el ordenamiento jurídico salvadoreño, haciendo ver que la validez de estos contratos gira en torno al consentimiento y otros requisitos legales. A partir de lo anterior, es válido aducir un punto fundamental, esto es la posibilidad de incluir una cláusula arbitral dentro de las *clickwrap*.

Para tener una idea de las cláusulas arbitrales, estas se pueden definir como:

[...] Una cláusula en la cual se establece en el cuerpo del contrato que en caso de que se presente un conflicto durante la ejecución del mismo, tal divergencia será resuelta a través de un árbitro, es decir de un tercero el cual será el encargado de dirimir el conflicto (Cubillos, R., 2002, p.198).

En la normativa salvadoreña se encuentra lo regulado en el arbitraje en la ley de mediación, conciliación y arbitraje, específicamente en el art.3 letra C y D, el legislador ha definido al arbitraje y convenio arbitral. De lo anterior, trataremos con mayor detalle en el punto III del presente trabajo.

De igual manera, la Ley de Comercio Electrónico antes mencionada, en su art. 15 estipula que la empresa que preste bienes o servicios por medio electrónico o que ocupe este canal para realizar

dicha actividad, tendrá ciertas obligaciones para que el contrato cumpla con los requisitos legales. Una de ellas, es que se tiene que expresar el medio que utilizarán para resolver controversias, el cual podría ser arbitraje.

No lo dice expresamente, pero teniendo en cuenta la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, y el artículo 14 de la Ley de Comercio Electrónico, se entiende que lo aplicado en los contratos electrónicos será regido en parte con los requisitos legales que las normas salvadoreñas estipulan para los contratos en general.

Por otro lado, en la legislación salvadoreña no se regula específicamente el tema del convenio arbitral vinculado con las *clickwrap*. Puede ser así, porque en el país todavía existe cierto retraso respecto a este tipo de modalidades comerciales y se puede confirmar por su reciente ley que regula dicho tema. Por esta razón se considera necesario acudir a otro tipo de fuentes para poder desarrollar a profundidad el objeto del presente artículo.

III. El arbitraje comercial

La Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador, en su artículo 3, letra c, define el arbitraje como:

Un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual estará investido de la facultad de pronunciar una decisión denominada laudo arbitral.

El arbitraje como tal, está dentro de la clasificación de los Medios Alternos de Solución de Conflictos, que buscan ser como dice su nombre, una alternativa para poder llegar a un acuerdo o solución favorable para quienes se encuentran en un conflicto. Buscando de esa forma evitar que se escale a una sede judicial, donde en realidad viene a ser mucho más engorroso y tardado su resolución.

Algunos llegan a creer que los Medios Alternos de Solución de Conflictos vienen a ser una sustitución del sistema judicial, cuando en realidad autores como Yauri Amaro (2013) menciona que: *“la finalidad inmediata es sólo coadyuvar a que la administración de justicia se torne más rápida y eficiente, a fin de que pueda el proceso civil conseguir sus fines”* (p. 4). En palabras simples, busca desahogar al sistema judicial, el cual en la realidad tiene una mora judicial extremadamente amplia, lo que hace que muchas veces los tiempos procesales establecidos en ley, no sean cumplidos a cabalidad. Este mismo autor menciona que el sistema judicial debe ser visto como una *ultima ratio*, un último escalón, llamando así a acudir a estos medios alternos.

El arbitraje da soluciones en un tiempo mucho más corto que en un proceso judicial tradicional. Con ello busca reducir un poco los costos para las partes, ya que, si se siguiera el camino tradicional, implicaría realizar gastos altos por períodos prolongados. Al mismo tiempo, para seguridad de las partes, se cuenta con un sistema heterocompositivo donde hay un tercero imparcial que conoce y brinda solución al caso. Cabe destacar que en El Salvador el poder acudir a arbitraje es un derecho que se encuentra contemplado en la Constitución de la República.

En cuanto al arbitraje comercial, para ello Dunshee de Abranches (1974), indica que es comercial cuando *“se utiliza para solucionar controversias entre comerciantes, industriales, banqueros o proveedores de servicios, o entre uno de estos, y un tercero sobre materia mercantil”* (p.1). Este tipo de arbitrajes es una solución más rápida y eficaz para los que se encuentran en el comercio, ya que para ellos el involucrarse en un proceso tradicional judicial, es algo engorroso y que absorbe mucho más dinero, lo cual viene a ser una mayor pérdida.

3.1 El Convenio Arbitral

Para el arbitraje, el convenio arbitral o cláusula compromisoria es un punto clave en su partida. Si se acude a la jurisprudencia salvadoreña, podremos encontrar en la sentencia de la Cámara Primera de lo Civil No. 4-RN-2010, la cual señala que el convenio arbitral o cláusula compromisoria es: *“el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan llegar a surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica”*. (Sentencia 4-RN-2010, Corte Suprema de Justicia, El Salvador)

En El Salvador, la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje (2002) en el artículo 3 letra d, brinda también una definición de lo que se puede considerar como convenio arbitral, diciendo que es: *“el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan llegar a surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, de naturaleza contractual o extracontractual”*.

De lo anterior, deriva que la cláusula compromisoria es la piedra angular del arbitraje, implica un compromiso y una expresión de la voluntad de las partes para acudir a un tribunal arbitral y resolver sus conflictos, siempre y cuando estos sean susceptibles de ser conocidos en dicha vía.

3.2 La importancia de la voluntad en los convenios arbitrales

Los convenios arbitrales pueden ser de distintas formas, pueden redactarse como un instrumento separado (siempre haciendo referencia al instrumento principal), también puede encontrarse anexo en el contrato o puede darse por medios electrónicos como el correo, entre otros.

Independientemente de la forma en que se realice el convenio o cláusula, es importante que en ella medie el consentimiento o voluntad de las partes. En referencia a este enunciado, Moreno Betancourth (2013) nos dice que se *“debe de resaltar que no exige una forma o formato específico, lo que importa es que la voluntad de obligarse sea realmente declarada (...) una vez exteriorizada, gozará de plenos efectos jurídicos”* (p. 30). En el convenio arbitral, sin esta voluntad expresa, incluso podría anularse el arbitraje.

La Sala de lo Constitucional en la sentencia 109-2016, hace referencia a la importancia que tiene la autonomía de la voluntad dentro del arbitraje, pues lo ve como un elemento fundamental, también señala que: *“con base en ella se confiere a las partes la facultad de someter sus controversias de carácter disponible a la decisión de un árbitro o tribunal arbitral distinto a los jueces y magistrados del orden jurisdiccional.”* (Sentencia 109-2016, Sala de lo Constitucional, El Salvador)

Sin duda podemos observar, tomando en cuenta lo anterior, que la pieza principal en el arbitraje es el convenio arbitral, el cual se puede ver que lo medular es el consentimiento, el cual debe ser expresado por las partes. No se ciñe a lo tradicional de escritura pública, ya que bien puede constar en distintos medios, pudiendo ser o no independiente del instrumento principal, pero sin duda alguna, sin el consentimiento o voluntad, un arbitraje no sería válido del todo.

IV. Las *clickwrap* dentro del comercio electrónico

En primer lugar, para comprender las *clickwrap* debemos de entender que el mundo poco a poco se ha ido modernizando y es bajo esta premisa que las Tecnologías de la Información han ido tomando cada vez más relevancia en nuestra vida cotidiana. Aunado a esto, las empresas y los comerciantes que antes realizaban sus actividades de manera local han buscado la manera de expandirse y llegar a varios países e incluso estar presentes en cada parte del mundo.

Esta expansión, en muchas ocasiones, ha generado que las empresas no puedan comunicarse directamente con sus clientes o consumidores, cuestión que reviste especial importancia en cuanto a la voluntad de querer (un bien o un servicio). Este tema es de suma importancia y está relacionado a temas jurídicos ya que, lo que se celebra, es esencialmente un contrato electrónico.

Ahora bien, la normativa que rige al comercio electrónico es escasa y se presenta como una fosca legal, especialmente, como se mencionó líneas arriba, en cuanto al tema de la manifestación de la voluntad, la cual está íntimamente ligada con la protección de los consumidores (Gómez, 2017, p. 38). No podemos ignorar que el comercio electrónico catapultó la economía del siglo XXI, por lo que corresponde al Derecho y a los ordenamientos jurídicos de cada Estado regularlo.

En esta línea, una de las barreras más importantes que plantea el comercio electrónico es la manifestación de la voluntad de las partes, pues su canal de comunicación es cualquier medio electrónico, incluyendo redes sociales como Facebook, Instagram, Twitter, entre otras, que pueden adoptar la forma de plataformas comerciales virtuales. Esta manifestación debe entenderse como aquella que *“realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia*

decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desarrollo o la interpretación de un acuerdo” (Anzit Guerrero et al., 2010, p. 19).

Con la necesidad de que la voluntad sea manifestada a la hora de celebrar estos contratos electrónicos, nacen mecanismos para que esta voluntad se vea perfeccionada y es entre ellos que encontramos las *clickwrap*, las cuales son una manera de formar contratos tanto con visitantes de páginas web como en aplicaciones (Remolina Angarita, 2016, p. 364-365), en ese sentido.

A nivel doctrinario, las *click wrap* son una forma de aceptación electrónica de los contratos que se realizan a través de la web. El visitante de la misma se limita a aceptar mediante un clic las cláusulas que previamente ha establecido el titular de la web. Según Moreno Betancourth (2013), *“las clickwrap son declaraciones de voluntad, realizadas, formadas y expresadas de modo absoluto e integral en la red, mediante las cuales se pretenden generar consecuencias jurídicas, referidas específicamente a los derechos y obligaciones relacionadas con un desarrollo contractual específico”* (p. 36).

Dentro de los *wrap contracts*, las *clickwrap* se vuelven el mecanismo o modalidad más usual para la celebración de contratos electrónicos, pues el aceptante manifiesta su voluntad de aceptar las condiciones o cláusulas redactadas mediante un simple clic en la leyenda "Acepto", "Estoy de acuerdo" o similares, que aparece normalmente al final del documento escrito que se muestra en el dispositivo del usuario (Dorado, 2016).

Dentro de estas *clickwrap* podemos encontrar dos clases, la primera llamada *Type and click* donde el futuro aceptante debe seleccionar una casilla y escribir “acepto” u otras palabras similares en un recuadro que aparece en la pantalla y hacer clic en el botón de enviar para manifestar su consentimiento (Rojas Amandi, 2007, p. 192). Esta forma resulta ser más explícita que la otra, pues las partes que convergen en el contrato están más seguras del proceso de vinculación y se evita que los “bots” acepten ofertas sin el consentimiento inmediato del aceptante.

La segunda clase es la denominada *Icon clicking* donde el usuario debe hacer clic en una casilla que contiene la leyenda “OK”, “I agree”, “acepto”, “estoy de acuerdo” o alguna similar para

manifestar su consentimiento (Rojas Amandi, 2007, p. 193). Esta forma es mucho más sencilla, pues basta que el usuario manifieste su voluntad a través de un clic y envíe dicha aceptación a la contraparte, quien la almacena en una base de datos.

No se omite mencionar que la anterior clasificación es aceptada por gran parte de la doctrina, aunque existen juristas y doctrinarios que la rechazan porque opinan que las *clickwrap* representan el mero esfuerzo de dar un clic sobre una casilla, pues si se agregase otra acción como la de escribir en un cuadro de diálogo la palabra “acepto” u otra, se desnaturalizaría la esencia de las *clickwraps* (dar un clic). Sin embargo, este debate es un poco escueto, pues una *clickwrap* es un instrumento adoptado por el Derecho para manifestar la voluntad mediante la web, la forma en que esta se exprese sea dando un simple clic o agregando a ello el escribir la palabra acepto u otra similar, tienen la misma validez.

Alrededor del mundo, los diferentes países y organizaciones han regulado a esta nueva forma de manifestar el consentimiento de varias formas y solicitan que tan bien que cumplan ciertas características, por ejemplo, Estados Unidos prescribe la *Uniform Computer Information Transactions Act*, cuyo objetivo “*es regular el tema de las transacciones en línea y deja claro que la manifestación plasmada mediante un clic es jurídicamente vinculante siempre y cuando el usuario tenga la posibilidad de conocer los términos y condiciones antes de obligarse*” (Moreno Betancourth, 2013, p. 37) en otras palabras, el usuario debe tener a la vista la oportunidad de revisar los términos y condiciones de la oferta y estas deben ser de fácil comprensión y revisión.

Según Moreno Betancourth (2013), la jurisprudencia desarrollada por los tribunales españoles ha declarado que las *clickwrap* son en realidad un acto material del cual se puede deducir que el usuario está expresando su voluntad tácitamente y técnicamente esto generaría los efectos jurídicos deseados, siempre y cuando el comportamiento del usuario sea inequívoco, como el caso en el que está pagando por un servicio adquirido (p. 38), es decir, que no se consideran una manifestación pura del consentimiento pero gracias a ellas es posible deducirlo cuando los contratos son celebrados por la web.

Ahora bien, para dar ejemplo del valor e importancia que las *clickwrap* tienen en la práctica y como estas producen efectos, tenemos el caso de los Estados Unidos ellos llevan años resolviendo casos respecto a las *clickwrap* y como estas plasman la voluntad de la parte que está accediendo en estos casos contratar un bien o servicio, lo cual se había mencionado anteriormente como un contrato electrónico. También se puede observar como la jurisprudencia estadounidense ha sentado las bases para comprender las *clickwrap* como actualmente las conocemos.

Hotmail Corporation v. Van Money Pie Inc 127., et al. (1998)

Hotmail ofreció en los años 90 un servicio gratuito de correo electrónico. Quienes querían adquirirlo debían estar de acuerdo con los términos de uso, los cuales el cliente puede ver o consultar en pantalla y luego debe aceptarlos dando un clic en un ícono de la página web. En dichos términos se prohíbe el uso del correo de Hotmail para facilitar la transmisión de correos comerciales no solicitados (Spam). Van Money Pie aceptó el servicio de Hotmail, pero procedió a enviar spam con materiales pornográficos.

La Corte encontró que el *clickwrap agreement* celebrado entre el demandado y demandante, obliga a Van Money Pie a cumplir los términos del servicio de Hotmail, desde el momento en que hizo clic en el icono “I agree”, por lo que concluyó que la conducta del demandado infringió el contrato celebrado con Hotmail, ya que los términos de servicio prohíben el uso del correo electrónico de Hotmail para facilitar la transmisión de Spam. (Remolina Angarita, 2016, p. 365)

Este caso es muy interesante ya que en él se puede apreciar como la conducta en la que infringe en este caso el demandado va en contra de lo que él había aceptado en el momento de dar clic en *I agree*, por lo que la conducta que realiza va en contra del contrato que se había celebra por lo que la corte decidió darle la razón al demandante.

Bruce G. Forrest v. Verizon Communications Inc. and Verizon Internet Services, Inc129 (2002).

Bruce G. Forrest contrató con Verizon Internet Services (VIS) la prestación de servicios que no fueron cumplidos por el último. Por lo anterior, Bruce G. Forrest demandó a VIS ante la Corte de Apelación del Distrito de Columbia. La Corte encontró que el demandante realizó un contrato vía Internet con VIS al haber dado clic en el ícono de “Accept” de la página Web del demandado. Dentro del texto del contrato existe la “forum selection clause” según la cual los conflictos que nazcan con ocasión del contrato deben ser resueltos ante una Corte de Virginia. Por esta razón, la Corte de Columbia se declaró incompetente.” (Remolina Angarita, 2016, p. 366)

Lo interesante de este caso es que a pesar de que el tribunal al cual se acudió se declaró incompetente y traslado el caso a otra corte. Podemos ver como también considera que se ha realizado un contrato en este caso por una página web, en este caso el demandante expresó su voluntad de contratar el servicio al momento de dar clic sobre el ícono *Accept*.

Register.com vs Verio Inc (2004):

Para finalizar con la descripción del *clickwrap*, hay que establecer que esta figura se ve como una evolución del *shrinkwrap*. La afirmación anteriormente dicha está justificada en que el fenómeno es similar, la diferencia es la interferencia del medio electrónico, en el *shrinkwrap* se manifiesta el consentimiento abriendo la caja, siendo esto es una manifestación expresa de la aceptación y *clickwrap* es una manifestación expresa el dar clic en el banner a través de la red:

La evolución se encuentra evidenciado en dos aspectos: El primer aspecto es que en el *shrinkwrap* los términos y condiciones no estaban a disposición del consumidor hasta que quedara perfecta la compra del producto, por el contrario, en el *clickwrap* en algunos casos el consumidor tiene el beneficio de conocer los términos y condiciones antes de contratar.

El segundo aspecto es la intermediación de la tecnología que se evidencia notoriamente en el *clickwrap*. (Niño Velandia, 2017, 53).

En este caso lo que se logra establecer es que las *clickwrap* son similares a las *shrinkwrap*, es más se menciona que son la evolución de estas últimas, se establece la diferencia más grande que es la primera es a través de un medio electrónico. Al comparar las dos *clickwrap* con las *shrinkwrap* también se les encuentra una ventaja clara a las primeras y es que antes de contratar el consumidor en este caso puede conocer los términos y condiciones algo que con la *shrinkwrap* no es posible debido al medio en el que se realiza.

V. Las *clickwrap* y su relación con el arbitraje

Debido a la situación mundial que se vivió por la pandemia, muchas de las formas tradicionales de contratación, como estar presencialmente junto con la contraparte, resultaron interrumpidas y tales prácticas, por la cuarentena obligatoria decretada en El Salvador, impidió su normal desarrollo; teniéndose que adecuar los comerciantes a medidas alternativas para llevar a cabo sus negocios jurídicos. “Atendiendo las instrucciones y medidas sanitarias, como consecuencia a estas acciones, el comercio electrónico ha tenido un crecimiento acelerado en algunos sectores” (Rios Ruiz, 2021, p. 178). Impulsando con ello la contratación electrónica, y como es de esperar, también incluidas las cláusulas arbitrales cuando las partes así lo pacten en el contrato.

Una de las modalidades de comercio electrónico es: *Business to business*, que es el comercio electrónico entre empresas. Un ejemplo sería:

Quando una empresa requiere comprar bolsa de plástico a grandes cantidades, las bolsas las utiliza para guardar los productos que vende al consumidor y entregárselos, para ello, se contacta con una empresa especializada en la venta de bolsa de plástico y realiza la compra de ellas por medio de internet. (Rios Ruiz, 2021, p. 22)

Al analizar este contrato de suministros de bolsas bajo modalidad periódica por un determinado tiempo y la importancia que representa para la producción, es coherente prevenir que lo mejor ante

el incumplimiento, retrasos o cualquier otra situación de conflicto, se estipule el arbitraje como método alternativo de solución de controversias y así evitar acudir a un proceso judicial.

Respecto a la validez y el valor probatorio de las nuevas formas de contratación electrónica, y a su vez, la incorporación de cláusulas arbitrales a través de las *clickwrap*, la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Internacional de 1985 ha hecho un gran aporte al respecto.

Estableciendo que reconoció el valor jurídico de los registros computarizados, por lo que emitió una recomendación a los gobiernos y a los organismos internacionales, ello con la intención de incentivar la creación de instrumentos jurídicos en cada nación, que regularan el comercio mediante documentos electrónicos a efectos de eliminar los obstáculos para su utilización. (Rios Ruiz, 2021, p. 91)

Posteriormente, en 1996 se crea la Ley Modelo CNUDMI sobre Comercio Electrónico, cuyo objetivo es armonizar y unificar progresivamente en el derecho mercantil internacional las regulaciones y el empleo del comercio electrónico. Esta ley plasma una serie de principios fundamentales los cuales son: la no discriminación, la neutralidad respecto a los medios técnicos y la equivalencia funcional.

El principio de la no discriminación asegura que no se denegarán a un documento sus efectos jurídicos, su validez o su ejecutabilidad por la única razón de que se encuentren en formato electrónico. El principio de neutralidad hace referencia a la no discriminación del tipo de medio tecnológico empleado y el principio de equivalencia funcional se establecen los criterios conforme a los cuales las comunicaciones electrónicas para realizar los mismos fines y desempeñar las mismas funciones que se persiguen en el sistema tradicional basado en el papel (Rios Ruiz, 2021, p. 22).

Esta Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, en su Art. 11 numeral 1) respecto a la formación y validez de los contratos, establece que la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará la validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su

formación un mensaje de datos. Regulados también aspectos cómo el acuse de recibo, la determinación del lugar y hora en que se envíen y reciban los mensajes para su validez.

Ahora bien, para hacer la unión de estas nociones con lo que respecta a la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional, en el Art. 7 sobre la forma del acuerdo arbitral, se establece en el numeral 3) que el acuerdo arbitral quedará constancia de su contenido en cualquier forma, por lo que, se entiende que puede ser este de manera verbal, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. Y para efectos de la naturaleza de esta investigación, nos es más relevante el último punto de este numeral, el cual deja la puerta abierta para que se pueda hacer por cualquier otro medio; por ende, el uso de las nuevas tecnologías de la comunicación para acordar y aceptar convenios arbitrales es permitido.

Aún más esclarecedor el numeral 4) del citado artículo, el cual establece que el requisito de un acuerdo arbitral plasmado de forma escrita es viable a través de comunicación electrónica si la información consignada es accesible para su ulterior consulta. Esto quiere decir que pueda ser objeto de prueba y verificar que realmente existió ese intercambio de correspondencia, y en la medida de lo posible constatar el contenido de ellas. Incluidos en estos nuevos medios de comunicación, páginas web, el uso de correos electrónicos o la correspondencia a través de fax.

Por último, para aterrizar en la legislación salvadoreña, el Art. 29 LMCA en cuanto a las formalidades del convenio arbitral, nos da la pauta de que se entenderá formalizado este cuando conste por escrito y que puede ser por otro medio de comunicación, a parte del tradicional de estar en papel, dando vía libre a utilizar las nuevas tecnologías de la comunicación cómo sitios web y correos electrónicos, siempre que sea indudable e inequívoca la manifestación de la voluntad de las partes para someterse a arbitraje.

VI. Conclusiones

1. Dentro del análisis expuesto, se recopila que en El Salvador existe desde la Constitución una habilitación del derecho para contratar conforme a las leyes y resolver estas por medio de arbitraje. De igual forma, existe una ley que regula el comercio electrónico, que establece que los contratos electrónicos entre empresas seguirán las normas salvadoreñas

referente a los contratos. Es así, como se reconoce la obligación de manifestar la manera en que se resolverán las controversias.

No obstante, además de no solo tener una ley que regula el arbitraje, sino una que guíe en aquellos casos en que se haga el comercio de manera electrónica, no tiene mayor especificación acerca de las *clickwrap* y la aceptación de condiciones que se imponen y menos de cómo se podría resolver en esta modalidad. Por lo tanto, se entiende que no se desarrolla una norma fuerte que garantice los supuestos de controversias por este medio en El Salvador, pero tampoco los excluye.

2. El arbitraje como forma alterna de solución de conflictos puede originarse de distintas maneras, su punto de partida es un acuerdo que puede encontrarse plasmado en instrumento independiente, en un agregado dentro del instrumento principal, entendiéndose este como un contrato, incluso por comunicaciones electrónicas. Estas temáticas han venido desarrollándose en la legislación salvadoreña gracias a la ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje del 2002 (basada en la ley modelo de la CNUDMI de 1985). Sin importar el tipo de convenio arbitral (en cuanto a forma se refiere), es necesario que se sigan los requisitos esenciales de ley, pero también que en ellas quede de una manera explícita el consentimiento y/o voluntad de las partes.

En el caso de las *clickwrap*, aunque estas tengan su desarrollo en el ámbito electrónico (dentro del *e-commerce*) y no se tenga una normativa específica dentro de El Salvador, es necesario que en caso estas se den y busquen tomar forma de convenio arbitral, es importante que cumplan al menos los requisitos básicos de los convenios y en ellas pueda ser evidente el consentimiento de los contratantes.

3. La era en la que vivimos actualmente es una que se caracteriza por los avances tecnológicos, estamos en un mundo donde tenemos cualquier canción, libro o video a un clic de distancia, a la par de estos avances el mundo se ha ido modernizando al mismo tiempo y ahora estamos más interconectados entre todos que nunca. Pero no solo eso ha

avanzado también lo han hecho las formas de hacer contratos, hoy en día tenemos los contratos electrónicos.

Al dar ese salto de contrato convencional al electrónico surgió un nuevo problema ¿Cómo puedo expresar la voluntad de contratar a través de un medio digital? Es así como nacen las *clickwrap*, como un mecanismo mediante el cual se expresa la voluntad de contratar. Un acto que pueda parecer tan simple como hacer clic adquiere gran relevancia.

4. Por último, cabe destacar la visión adelantada al tiempo en el cual fueron desarrolladas las leyes modelos CNUDMI, tanto para comercio electrónico como para el arbitraje internacional; en dejar abierta la puerta y no limitar que el convenio arbitral solamente conste por escrito a través de contratos físicos. Y es gracias a que la mayoría de las leyes sobre arbitraje en el mundo están basadas en las leyes modelo CNUDMI, han imitado el apartado respecto a que no se limita a medios tradicionales de comprobar los convenios arbitrales, sino que deja abierta la posibilidad de utilizar las nuevas tecnologías de la comunicación que se vayan desarrollando, las cuales permiten realizar contratos electrónicos y cuando lo amerite, pactar como solución a los conflictos el arbitramento. Ejemplo de las nuevas tendencias sobre contratación, se han desarrollado las *clickwrap* que, aunque no conste esta terminología en las mencionadas leyes, entra dentro de los supuestos de otros medios a través de los cuales se puede pactar un convenio arbitral y tener así la misma equivalencia funcional que los contratos físicos.

VII. Bibliografía

- Alonso Conde, A. B. (2005). Comercio electrónico: antecedentes, fundamentos y estados actual. Madrid: Editorial Dykinson. Disponible en: <https://bit.ly/3BGNxHe>
- Anzit Guerrero, R, Tato, N. y Profumo, S. J. (2010). El Derecho Informático. Aspectos fundamentales. Buenos Aires, Argentina: Editorial Cathedra Jurídica.
- Cubillos Velandia, R. y Rincon Cardenas, E. (2002). Introducción Jurídica al Comercio Electrónico, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Dorado, J.G. (26 de octubre de 2016). Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho Argentino. Disponible en: <https://bit.ly/3FMaPin>
- Dunshee de Abranches, C. A. (1974). Arbitraje Comercial Internacional [Cátedra Universitaria] Instituto Río Branco, Río de Janeiro, Brasil. Disponible en: <https://bit.ly/3jYBeAh>
- Gómez Gómez, C. C. (2017). El comercio electrónico: Incidencias y desafíos en el derecho del consumidor. Revista Científica Codex, 3 (4), 35-51. Disponible en: <https://bit.ly/3nPGTcT>
- Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje El Salvador. 21 de agosto de 2002. D.O. 153, Tomo 356. Disponible en: <https://bit.ly/2YHgy8b>
- Moreno Betancourth, J. A. (2013). La manifestación de la voluntad y su eficacia en el comercio electrónico. Revista E- Mercatoria, 12 (2), 21-42. Disponible en: <https://bit.ly/3BC6cEi>
- Niño Velandia, Y. C. (2017) Wrap contracts: Manifestación de la voluntad por medios electrónicos (Tesis de pregrado). Universidad Santo Tomás, Bogotá, D.C., Colombia. Disponible en: <https://bit.ly/3wfePDB>

Remolina Angarita, N. (2006). Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, 2, (10), 323-370. Disponible en: <https://bit.ly/3GSKVKq>

Rojas Amandi, V. M. (2008). El perfeccionamiento del consentimiento en la contratación electrónica. Revista de Derecho Privado, Nueva Época, 6, (16-17), 165- 206. Disponible en: <https://bit.ly/3q12jGK>

Ríos Ruiz, A. A. (2021). Las nuevas tendencias del comercio electrónico: Caso México. Ciudad de México: Editorial Tirant lo Blanch. Disponible en: <https://bit.ly/2ZN427u>

Yauri Amaro, L. (2013). El Convenio Arbitral. Revista Vlex International. Disponible en: <https://bit.ly/2YHDynW>

Sobre el interrogatorio de testigos y expertos en Arbitraje Internacional: Regulación y aplicación práctica en jurisdicciones de América Latina

*Juan Alberto Ayerdi*¹

*Giacomo Montiel*²

*Alessandra Iannacone*³

Resumen:

Este trabajo pretende, abordar tres puntos esenciales: primero, cuáles son los momentos procesales en los que el abogado litigante en un proceso arbitral deberá realizar el interrogatorio, tanto de testigos como de peritos o expertos; segundo, realizar un estudio de derecho comparado con respecto a las reglas prácticas para llevar a cabo interrogatorios de conformidad con los principales reglamentos arbitrales de Perú, Guatemala, y Costa Rica; y, por último, proponer un ejercicio práctico en el que se plantea un posible escenario al que podría enfrentarse un abogado en un arbitraje internacional al negociar las reglas aplicables a el interrogatorio de testigos y peritos o expertos.

Abstract:

This article aims to address three essential points: first, what are the procedural moments in which the lawyer in an arbitration process must carry out the interrogation, both of witnesses and of experts or experts; second, to carry out a study of comparative law regarding the practical rules to carry out interrogations in accordance with the main arbitration regulations of Peru, Guatemala, and Costa Rica, and; and last, to propose a practical exercise in which a possible scenario that a lawyer could face in international arbitration when negotiating the rules applicable to the questioning of witnesses and experts or experts is presented.

¹ Juan Alberto Ayerdi Rivera. Abogado y Notario por la Universidad Francisco Marroquín Guatemala. LatamLex Abogados Guatemala.

² Giacomo Montiel Iburguen. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex miembro del Consejo Directivo y Ex director de la comisión de Publicaciones de la asociación civil THĒMIS. Abogado en el Estudio Miranda & Amado. Perú.

³ Alessandra Iannacone Remotti. Bachiller por la Pontificia Universidad Católica del Perú. DLA Piper Perú. Lima, Perú.

Palabras Clave:

Arbitraje; jurisdicción; testigos; peritos; expertos; medios probatorios; proceso arbitral.

Keywords:

Arbitration; jurisdiction; witnesses; experts; experts; evidence; arbitration process.

I. Introducción

Cuando la solución de una controversia no es clara y las partes no pueden llegar a un acuerdo, estas acuden a la vía arbitral para que un árbitro único o un Tribunal Arbitral, con base a los hechos, fundamentos de derecho y medios probatorios, decida la solución óptima para su controversia. En efecto, tal como cuestiona Huáscar Ezcurra (2008), la razón es simple: “¿para qué asumir el costo de un proceso si ya saben cómo se decidirá?” (p. 342). Es decir, un arbitraje suele ser un escenario en el que ambas partes consideran que su posición es la correcta y, para demostrarlo, estas acudirán necesariamente a los elementos probatorios a su favor (como los testigos y peritos).

Así, en la medida que no existe un claro ganador (ni acuerdo), las partes intentan persuadir a los árbitros a partir de los hechos y pruebas que favorecen a su posición, con la finalidad que determinen cuál de las dos posiciones -antagónicas entre ellas- debe prevalecer. Así, las posiciones de las partes se plasman en los escritos de fondo (Demanda, Contestación de Demanda, Réplica y Dúplica), que normalmente vienen acompañados de diversos medios probatorios documentales, testimoniales y pericias técnicas.

En esta línea, el impacto y relevancia que un escrito de fondo, con sus respectivos anexos, puede causar en el Tribunal Arbitral (o árbitro único) es -sin duda- importante. Sin perjuicio de ello, si bien, leer la historia y sucesión de hechos de cada una de las partes es fundamental, también es un mecanismo de convicción sumamente relevante escuchar directamente los testimonios de los testigos presentes en los hechos más relevantes de la controversia, o la explicación de los expertos sobre las cuestiones -predominantemente técnicas- que se encuentran controvertidas entre las partes.

De hecho, como explica Kaj Hobér (2019), existen casos que han sido ganados por un buen trabajo en la audiencia y casos que se pierden por un mal trabajo en ella. Específicamente, en un interrogatorio o conainterrogatorio. (p. 1)

En virtud de lo expuesto, el presente artículo pretende abordar cuáles son los momentos procesales en los que el abogado litigante deberá realizar el interrogatorio, tanto de los testigos como de los peritos o expertos. Asimismo, se realiza un estudio de derecho comparado con respecto a las reglas prácticas para llevar a cabo interrogatorios que se encuentran en los principales reglamentos arbitrales en las jurisdicciones del Perú, Guatemala y Costa Rica. Por último, se realiza un ejercicio práctico a partir del cual se plantea un escenario al cual podrían enfrentarse los abogados de parte en un arbitraje internacional al momento de negociar las reglas aplicables a los interrogatorios de testigos y expertos.

II. Interrogatorio y conainterrogatorio:

A. Concepto:

El ofrecimiento de las declaraciones de los testigos -a través de una declaración testimonial- así como del ofrecimiento de pericias, a través de informes periciales, en el escrito de Demanda, Contestación de Demanda o Reconvención, tiene como consecuencia directa que el Tribunal Arbitral (conforme a las reglas acordadas por las partes o del centro de arbitraje al que se hayan sometido) convoque a una audiencia en la que el testigo y/o experto expondrá su testimonio u opinión técnica respecto a los hechos que generaron la controversia (o varias, en función de la complejidad del caso).

En las referidas audiencias, se lleva a cabo el interrogatorio y conainterrogatorio, en el que los abogados de ambas partes y el Tribunal Arbitral (o árbitro único) realizan una serie de preguntas a los testigos, en aras de conocer, acreditar o desacreditar su posición y testimonio. Por un lado, el **interrogatorio directo** es aquel en que el abogado realiza a los testigos o expertos que ha ofrecido en el arbitraje. En ella, los abogados que interrogan a los testigos y expertos que han ofrecido,

orientan el testimonio para contar los hechos de manera acertada y verdadera, y así prueben la posición de parte sobre los hechos acontecidos.

Por otro lado, el **contrainterrogatorio** es aquel que realiza el abogado a los testigos o expertos que ha ofrecido la parte contraria, y -naturalmente- tiene como objetivo desacreditar los hechos, premisas o conclusiones que se plasman en las declaraciones testimoniales escritas o informes periciales, así como evidenciar inconsistencias en las declaraciones y pruebas actuadas en el proceso arbitral.

Por obvias razones, a diferencia del interrogatorio directo, en el contrainterrogatorio -también denominado *cross examination*- el abogado no tiene el control del interrogatorio y debe ser sumamente cuidadoso con las preguntas que formulará, realizándose estas únicamente cuando conoce las respuestas y con el sustento documental que obre en el expediente para redirigir el interrogatorio en caso el testigo o experto intente esquivar las preguntas con alguna respuesta evasiva.

Pues bien, este es el interrogatorio que más trabajo costará a los litigantes en las audiencias, ya que un error podría costarle a la parte que representa el caso o el reclamo, en caso el litigio se componga de un conjunto de reclamos.

B. Momento clave para causar impacto en el Tribunal y hacer la diferencia:

Tal como se ha explicado en las secciones precedentes, la audiencia y en particular los interrogatorios directos y cruzados son la oportunidad de persuadir al Tribunal Arbitral la posición de qué parte es la que debe prevalecer.

La posición de las partes suele sustentarse en declaraciones testimoniales e informes periciales, por lo que, más allá de refutar por escrito la posición de la otra parte, es una oportunidad -normalmente única- de desacreditar los testigos o expertos que respaldan la posición de la parte contraria.

En el contrainterrogatorio se pretende e intentará destruir la credibilidad del testigo o experto. En ese sentido, la finalidad del contrainterrogatorio es reducir en la medida que sea posible los efectos adversos que un testigo o experto puedan generar al caso de tu cliente. Mitigar los daños que estas declaraciones testimoniales o peritajes puedan generar al caso de tu cliente. En esa línea, no debe perderse de vista que ese es el objetivo, todo lo que se haga en un contrainterrogatorio debe llevar a esa meta. (Hober, 2019, p. 2).

Como se explicó líneas arriba, el contrainterrogatorio es clave, pues la decisión en torno a un caso puede definirse en función de los resultados que se dieron durante la audiencia y el impacto que se generó al Tribunal Arbitral.

C. ¿Es posible pactar normas?

Las audiencias y, en particular, los interrogatorios de testigos y peritos es un momento clave en el caso. Partiendo de esa premisa, los abogados deben desplegar todos sus esfuerzos para aprovechar al máximo esta oportunidad de persuadir al Tribunal Arbitral.

Además de recomendaciones previas a la audiencia y pautas a tener en consideración durante su desarrollo, como por ejemplo (Huáscar, 2008, pp. 343-349 y Kaj Hobér, 2019, pp. 5-9) elegir bien al testigo o experto, mantener el control durante el contrainterrogatorio, utilizar soporte audiovisual en el interrogatorio para mantenerlo interesante, enfocarse en hechos clave, realizar preguntas simples y cerradas, tener en consideración el lenguaje corporal, ejercitar el autocontrol, regular el tono de voz, preparación a profundidad, entre otras recomendaciones, que sin duda son muy importantes, un aspecto de suma importancia que será abordado en las siguientes secciones es la posibilidad de negociar y pactar reglas que regirán la audiencia.

Estas reglas dependen de la posición de las partes en cada caso en concreto, y no existe una fórmula general que deba o pueda ser aplicada a todos los casos, ya que mucho depende de los hechos particulares de la controversia. Sin embargo, si se pudieran establecer algunos pactos usuales y recomendables para el diligenciamiento de esta prueba serían los siguientes: **i)** el número de los testigos a presentar por hecho controvertido; **ii)** la necesidad o no de presentar previo al

interrogatorio directo un interrogatorio escrito del testigo; **iii**) el tiempo que podrá ser utilizado por cada parte, tanto en el interrogatorio directo como en el contrainterrogatorio; **iv**) la posibilidad o no de ajustar el procedimiento del interrogatorio a una normativa de *soft law* -i.e Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional o Reglas de Praga sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional-.

III. Regulación en distintos países - normas sobre interrogatorio y contrainterrogatorio

A. Regla general: las normas domésticas no aplican

Como regla general, en un arbitraje internacional las reglas domésticas no aplican. Tal como explica la doctrina:

[...] A menos que las partes hayan acordado lo contrario, no se aplicarán las normas nacionales de la prueba. Los árbitros determinarán qué pruebas admitir basándose en las reglas que sean aplicables al arbitraje en cuestión y es probable que sean más liberales al admitir pruebas de lo que sería un tribunal nacional. El corolario es que los árbitros tienen el derecho y el deber de evaluar libremente las pruebas.⁴ (Hober, 2019, p.2).

Si bien esto se da ante un escenario internacional, hemos considerado pertinente desarrollar en las siguientes secciones la manera en que los centros de arbitraje principales de algunos países en la región regulan las audiencias y en particular el contrainterrogatorio.

B. Perú

Para la elaboración de esta sección, se tomarán como referencia los reglamentos arbitrales de dos de los principales centros que administran arbitrajes en el Perú, ambos ubicados en la ciudad de Lima: el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) y el Centro de Análisis y

⁴ Traducción libre. Ver texto original: “unless the parties have agreed otherwise, no national rules of evidence will apply. The arbitrators will determine what evidence to admit based on whatever rules are applicable to the arbitration involved and are likely to be more liberal in admitting evidence than a national court would be. The corollary is that arbitrators have the right and the duty freely to evaluate evidence”

Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). En los reglamentos de ambos se prevén las reglas para el ofrecimiento y actuación de la declaración de parte, de testigos y de dictámenes periciales como medios de prueba.

En el caso del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, se establece que el Tribunal Arbitral (o árbitro único) determina, de manera exclusiva, la admisibilidad, oportunidad, pertinencia y valor de las pruebas⁵. Con relación a la actuación de pruebas, en este reglamento se ha determinado que el Tribunal Arbitral decidirá sobre la

examinación de testigos, de peritos o de cualquier otra persona. Además, que el Tribunal Arbitral puede prescindir de pruebas no actuadas cuando considere se considere suficientemente informado o por cualquier otra razón motivada⁶.

Específicamente con relación a los dictámenes periciales, dicho Reglamento establece que una vez presentado el dictamen pericial se dará traslado a las partes y se otorgará oportunidad para que expresen su opinión sobre el dictamen. Después de la presentación del dictamen, a petición de cualquiera de las partes o si el Tribunal lo considera necesario, puede escucharse al perito en una audiencia para que las partes tengan la oportunidad de interrogarlo⁷.

Finalmente, el Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima también establece que la declaración testimonial debe ser presentada por escrito y que una vez presentadas las pruebas

⁵ Véase el artículo 28 numeral 2 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima que establece lo siguiente: “El Tribunal Arbitral determina, de manera exclusiva, la admisibilidad, la oportunidad, la pertinencia y el valor de las pruebas presentadas”.

⁶ Véase el artículo 28 numeral 5 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima que establece lo siguiente: “El Tribunal Arbitral puede decidir el examen de testigos, de peritos nombrados por las partes o de cualquier otra persona, en presencia de las partes, o en su ausencia, siempre y cuando estas hayan sido debidamente convocadas”.

⁷ Véase el artículo 29 numerales 4 y 5 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima que establece lo siguiente: “4. Una vez recibido el dictamen pericial, el Tribunal Arbitral remite una copia a las partes y les otorga una oportunidad para que expresen por escrito su opinión sobre el dictamen. Las partes tienen derecho a examinar cualquier documento que el perito haya invocado en su dictamen. 5. Después de la presentación del dictamen pericial, a petición de cualquiera de las partes o si el Tribunal Arbitral lo considera necesario, puede escucharse al perito en una audiencia para que las partes tengan la oportunidad razonable de interrogar al perito a fin de que explique su dictamen”.

(declaraciones testimoniales, dictámenes periciales), el Tribunal puede citar a una persona a declarar sobre hechos o circunstancias controvertidas⁸.

En ese sentido, que el Tribunal Arbitral tiene plena dirección y control para determinar la forma en que los testigos y peritos pueden declarar y ser interrogados por las partes y el propio Tribunal Arbitral, así como cualquier otra medida procesal que tenga como finalidad la conducción efectiva de las audiencias.⁹

Por su parte, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) estipula que las pruebas deberán ser ofrecidas en la Demanda, Reconvención y sus contestaciones, y las partes deberán indicar el hecho o situación que se pretende probar con dicho medio probatorio.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal Arbitral (o árbitro único) tiene la capacidad de disponer la actuación de pruebas de oficio, y la potestad exclusiva para determinar la admisibilidad, pertinencia, actuación y valor de las pruebas ofrecidas.

Sobre este último punto, el artículo 48 del referido Reglamento establece que el Tribunal Arbitral puede **i)** solicitar a las partes cualquier prueba o información adicional que considere pertinente; **ii)** admitir pruebas presentadas con posterioridad a los escritos de Demanda, Reconvención y sus contestaciones; **iii)** prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas; y **iv)** prescindir de las pruebas cuya actuación no haya podido ser ejecutada por las características de su ofrecimiento o por la naturaleza de la prueba.

⁸ Véase el artículo 30 numeral 5 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima que establece lo siguiente: “Dentro del plazo determinado por el Tribunal Arbitral, las pruebas testimonial y pericial deben ser presentadas en la forma de una declaración testimonial escrita y firmada por el declarante o de un dictamen pericial firmado. Asimismo, el Tribunal Arbitral puede citar a una persona a declarar sobre hechos o circunstancias relacionadas con las materias que pueden ser objeto de decisión en un laudo”

⁹ Véase el artículo 30 numeral 6 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima que establece lo siguiente: “El Tribunal Arbitral tiene la plena dirección y control de las audiencias y puede determinar: a) La forma en que los testigos y peritos pueden declarar y ser interrogados por las partes y el Tribunal Arbitral, la cual incluye la posibilidad de que sean interrogados por algún medio que no requiera su presencia física en la audiencia. b) La presentación, por su propia iniciativa o a petición de cualquiera de las partes, de alegaciones finales y conclusiones. c) Cualquier otra medida procesal que contribuya a asegurar la conducción efectiva de las audiencias”.

Establecido ello, el Tribunal Arbitral fija un cronograma de audiencias con la finalidad de actuar las pruebas admitidas y escuchar las posiciones de las partes sobre la controversia. Así, este centro no establece -como regla general- que el testimonio deba ser presentado de manera escrita con los escritos de fondo, sino que deja abierta la posibilidad que el recuento de los hechos de los testigos recién sea contado durante la audiencia correspondiente, en la que también se realiza el interrogatorio directo y conainterrogatorio.

En efecto, únicamente por decisión de los árbitros, las declaraciones pueden presentarse por escrito en un documento con firma legalizada, pero su admisibilidad puede estar supeditada a la concurrencia del testigo a la respectiva audiencia.

Sin embargo, los testimonios de expertos si deben basarse en los informes periciales -de parte y/o de oficio- ofrecidos y/o presentados en la Demanda, Reconvención y su contestación, y cursados entre las partes de manera previa a la audiencia, tal como lo establece el artículo 51 del Reglamento¹⁰.

A diferencia del Reglamento de la Cámara de Comercio de la CCL, el Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP establece parámetros más generales para la presentación y declaración de testimonios de testigos y expertos, siempre que estos se guíen por los principios esenciales referidos al trato igualitario, confidencialidad, eficiencia, eficacia, equidad, buena fe y demás que rigen al arbitraje. La modalidad obligatoria de presentación escrita de los testimonios varía respecto a cada centro, pero ambas coinciden en la realización

¹⁰ Véase el artículo 51 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú que establece lo siguiente: “Los peritos deben presentar su informe pericial, conforme a lo establecido en el artículo 10° del presente Reglamento. Los árbitros notifican a las partes con el informe pericial por un plazo equivalente al establecido para la entrega de éste, a efectos de que expresen su opinión u observaciones acerca del referido Informe, salvo que, por las circunstancias del caso, los árbitros otorguen un plazo distinto. Las partes tienen derecho a examinar cualquier documento que el perito haya invocado, debiendo el perito facilitar el acceso a estos. Las observaciones u opiniones de las partes serán puestas en conocimiento del perito para su absolución, luego de lo cual se puede convocar a una audiencia de sustentación pericial, si lo solicitaran las partes o los árbitros lo consideran necesario. El objeto de la audiencia será la sustentación que el perito haga de su informe, así como de las absoluciones a las observaciones, si las hubiere. Los árbitros darán oportunidad a las partes y a sus asesores o peritos, para que le efectúen las preguntas que consideren convenientes”.

de audiencias donde se pueda constatar -a través del interrogatorio directo y conainterrogatorio- los hechos y situaciones que describan los testigos; mientras que el tratamiento de las declaraciones de expertos es, en esencia, similar.

C. Guatemala

En Guatemala, existen dos centros de Arbitraje y Conciliación que administran procesos arbitrales; primero, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala (CENAC), y; segundo, la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala (CRECIG). En ambos centros y sus respectivos reglamentos, existe la posibilidad de ofrecer, proponer y diligenciar como medio de prueba la declaración de las partes, de testigos e informes periciales o de expertos para probar los hechos constitutivos de las pretensiones de la parte demandante o probar los hechos extintivos o las circunstancias impositivas de la parte demandada en el proceso arbitral.

En relación a la declaración de parte y los testigos, tanto el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala (CENAC) como el Reglamento de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala permiten que la formulación del interrogatorio y el conainterrogatorio se realice de forma oral y libre por los abogados litigantes, realizando las preguntas que se consideren pertinentes y que tengan relación con el litigio.^{11 12} Resulta conveniente mencionar que en ambos reglamentos el Tribunal Arbitral

¹¹ Véase el artículo 40 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG- que establece lo siguiente: “En las declaraciones de las partes y las testimoniales, las partes o sus asesores podrán dirigir las preguntas que consideren pertinentes y que tengan relación con el litigio. El Tribunal Arbitral moderará las diligencias y no permitirá que se realicen preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Las partes declararán bajo juramento de decir la verdad; los testigos declararán bajo protesta de decir la verdad. Las partes o testigos, durante sus declaraciones, responderán en forma clara y concisa a lo que se les esté preguntando. No podrán comunicarse o hacerse consultas entre sí o con cualquier otra persona, ni podrán consultar ningún documento, salvo los que sean permitidos por el Tribunal Arbitral y las partes de común acuerdo. Las declaraciones se llevarán a cabo una después de la otra sin que las personas que hayan declarado puedan comunicarse con las que no lo han hecho. Las personas que no han declarado no podrán escuchar las declaraciones de las personas que los anteceden sus declaraciones, salvo que las partes y el Tribunal Arbitral lo acuerden por unanimidad.

¹² Véase el artículo 55 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala y de la Fundación CENAC, Centro de Arbitraje y Conciliación 2014, el cual establece lo siguiente: “La declaración de los testigos se recibirá en forma oral y en el idioma seleccionado para el arbitraje. Si el testigo no pudiese hablar el idioma que se ha seleccionado para el proceso arbitral, deberá recibirse su testimonio por medio de traductor jurado del idioma que se trate. Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada, a menos que las partes

tiene la facultad de dirigir las audiencias y decidir sobre admisibilidad, pertinencia e importancia de las preguntas que le están siendo formuladas a las partes o al testigo, y siempre con arreglo a lo que las partes hayan estipulado en la orden procesal en la que se delimitó como se llevarían a cabo las audiencias.

En cuanto a la prueba de peritos existe una breve diferencia respecto al procedimiento que regula cada uno de los reglamentos de los centros de arbitraje.

Por una parte, según el Reglamento del Centro CENAC, el perito o experto será nombrado por el Tribunal Arbitral atendiendo a sus conocimientos y especialidades, preferentemente de una lista de peritos que maneja el mismo Centro. Una vez rendido el dictamen, se hace entrega de una copia a cada una de las partes y se les corre una audiencia para que expresen por escrito su opinión respecto del dictamen rendido, siendo facultativo y únicamente a solicitud de parte el poder oírse en audiencia oral al perito para poder ser interrogado. De esa cuenta, únicamente si una de las partes lo solicitan podrá realizarse interrogatorio al perito o experto que rindió dictamen dentro del proceso.¹³

Por otra parte, en el Reglamento del Centro CRECIG el perito o experto será nombrado por las partes. El dictamen pericial será entregado al Tribunal Arbitral y expuesto en una audiencia en donde el perito o experto responderá a las preguntas que le dirijan los árbitros, las partes y/o sus asesores. Cabe mencionar que bajo este reglamento podrá esta prueba podrá incluso ser solicitada por el Tribunal Arbitral de oficio -sin perjuicio de que las partes puedan ofrecer- siendo potestad del Tribunal determinar los hechos sobre los que deberá versar el mismo.¹⁴

acuerden lo contrario. El Tribunal Arbitral podrá exigir el retiro de cualquier testigo o testigos durante la declaración de otros testigos.”

¹³ Véase el artículo 56 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala y de la Fundación CENAC, Centro de Arbitraje y Conciliación 2014, el cual establece lo siguiente: “Los peritos serán nombrados por el Tribunal Arbitral, en atención a sus especialidades y a los conocimientos que posean, preferentemente de la lista de peritos disponibles del Centro. Las partes suministrarán al perito toda la información pertinente.”

¹⁴ Véase el artículo 41 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG- que establece lo siguiente: “Sin perjuicio del derecho que tienen las partes de ofrecer la prueba pericial, el Tribunal Arbitral podrá solicitar la actuación de uno o varios peritos en las diligencias que considere necesarias para determinar los hechos controvertidos. Los puntos de las diligencias de oficio serán determinados por el Tribunal Arbitral. Las partes podrán intervenir con autorización del Tribunal Arbitral y presentarán la colaboración necesaria. El dictamen será entregado por escrito al Tribunal Arbitral y expuesto en la

Tal y como se puede observar en los reglamentos de los principales centros de arbitraje de Guatemala, no existe regulada la exigencia de realizar o presentar declaraciones testimoniales escritas previas dentro del proceso arbitral. De esa cuenta, los interrogatorios directos son realizados por las partes y/o sus asesores en audiencia pública sin tener conocimiento previo sobre qué hechos en específico declarará el testigo, contrario a lo que es usual en la práctica internacional. En la práctica arbitral guatemalteca tampoco es usual que se parte por las partes la realización de declaraciones testimoniales escritas, y las audiencias se preparan sin tener conocimiento exacto sobre qué hechos controvertidos versará el interrogatorio por realizarse, teniendo únicamente como referencia los hechos controvertidos del caso en particular.

Cabe mencionar que en cuanto a la prueba pericial o de expertos, bajo el procedimiento establecido en la audiencia de interrogatorio de peritos o expertos regulada bajo el reglamento CENAC resulta posible prever sobre qué versarán las preguntas que se realizarán, ya que previo a la audiencia respectiva el Tribunal Arbitral hace llegar a las partes el dictamen rendido; a diferencia del reglamento CRECIG en donde es en la misma audiencia en donde se expone el dictamen y se formulan las preguntas por las partes o sus asesores.

Por la tradición civilista bajo la cual se maneja el ordenamiento jurídico guatemalteco las pruebas documentales dentro de un proceso suelen tener un mayor peso a la hora de ser valoradas, incluso en el arbitraje. Sin embargo, la práctica arbitral poco a poco se ha vuelto más abierta a permitir probar pretensiones a través de la declaración de testigos, claro está siempre que sea el medio idóneo para hacerlo y encuentren más de algún respaldo documental. Los Tribunales Arbitrales han sido abiertos a permitir que se presenten declaraciones testimoniales y como bien se ha mencionado se les presta mucha atención, pues siempre es mejor escuchar la historia detrás de quién la vivió y no de sus abogados. [Nicolás de la Flor, 2020]

La cultura arbitral guatemalteca no es ajena las demás centroamericanas y los interrogatorios directos presentan dos grandes problemas i) el hecho que la palabra se encuentra devaluada y

audiencia que para el efecto fije el Tribunal Arbitral. En dicha audiencia el experto responderá las preguntas que le dirijan los árbitros, las partes y los asesores de éstos.”

desprestigiada, por lo que sí lo expuesto en audiencia oral no tiene algún sustento en algún documento que obre dentro del proceso arbitral o incluso contradice la literalidad de alguno de estos, es poco probable que se le otorgue el valor probatorio deseado, y; ii) la poca experiencia con la que cuentan los abogados en la realización de interrogatorios directos y cruzados en audiencia pública, toda vez que no es la forma en la que se realizan en la jurisdicción ordinaria en materia civil y mercantil.¹⁵

Por último, cabe mencionar que ante las circunstancias actuales y con el consentimiento de las partes, tanto los interrogatorios de testigos y de expertos se han podido realizar de manera virtual, bajo lineamientos y reglas que son acordadas por el Tribunal Arbitral y las partes respectivamente, con la anuencia del Centro de Arbitraje que administra el proceso. Este cambio de modalidad surgió bajo la necesidad de que los procesos pudieran seguir su marcha normal ante el obligatorio distanciamiento social que exigían las circunstancias sanitarias actuales. Sin embargo, con la finalidad de resguardar el acuerdo entre las partes, así como el debido proceso y derecho de defensa resulta indispensable que para su realización exista el consentimiento previo de las partes.

D. Costa Rica

Para la elaboración de esta sección, se tomarán como referencia los reglamentos arbitrales de dos de los principales Centros privados de Resolución Alternativa de Conflictos del país: El **i)** Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Costarricense- Norteamericana de Comercio (CICA); y **ii)** El Centro de Arbitraje y Mediación del Colegio de Abogados (CAM).

De conformidad con ambos reglamentos -y en concordancia con las disposiciones de los cuerpos normativos de *soft law* en la materia-¹⁶, la declaración de los testigos debe ser presentada por escrito.¹⁷ Sin embargo, estos difieren en cuanto a quién puede solicitar un interrogatorio oral. Por

¹⁵ En Guatemala la prueba de Declaración de Parte y Declaración de Testigos bajo la legislación local y específicamente en los procesos de naturaleza civil o mercantil todavía se realiza de forma escrita, realizándose la primera a través de un pliego de posiciones entregado mediante plica cerrada, y la segunda mediante un interrogatorio escrito presentado previamente.

¹⁶ Por ejemplo, las Reglas de la IBA sobre la práctica de la prueba en arbitraje internacional y las Reglas de Praga sobre la práctica de la prueba

¹⁷ Ver artículo 30.3 del Reglamento de Arbitraje CICA y 44 inciso i) del Reglamento de Arbitraje CAM-CR.

un lado, el Reglamento del CICA señala que a solicitud de la parte contraria o del tribunal arbitral, podrá disponerse dicho interrogatorio (ya sea presencial o virtual), mientras que el Reglamento CAM-CR dispone que, a petición de cualquiera de las partes, se celebrarán audiencias para evacuación de la prueba.¹⁸

De igual forma, con respecto al interrogatorio de testigos, el Reglamento del CICA contiene una disposición según la cual, en caso de que un testigo llamado a comparecer en audiencia oral no se presente sin acreditar justa causa, ello podría tener como consecuencia que no se tenga por presentada su declaración escrita (según lo estimen apropiado los árbitros).¹⁹ Al respecto, no se encuentra ninguna disposición similar en el Reglamento CAM-CR.

Sobre las reglas para llevar a cabo los interrogatorios, el Reglamento del CICA dispone que las partes podrán hacerle al testigo las preguntas que estimen convenientes sin sujeción a formalidades o ritualismos, únicamente bajo el control de los árbitros sobre su pertinencia y utilidad y los árbitros también podrán formular preguntas al testigo en cualquier momento. Por su parte, el Reglamento CAM-CR señala que el Tribunal, previa consulta con las Partes, determinará las reglas del interrogatorio de testigos y peritos y lo dirigirá.²⁰ Podría considerarse que esta última disposición sigue la misma línea del artículo 2 de las Reglas de la IBA sobre la práctica de la prueba en arbitraje internacional.

Aunado a lo anterior, debe indicarse que el Reglamento del CICA contiene otra disposición particular que no se encuentra en el Reglamento CAM-CR. Esta hace referencia al mecanismo del careo, del cual los árbitros, de oficio o a instancia de parte, podrán echar mano en caso de que consideren que los testigos hayan incurrido en contradicciones graves.²¹

En cuanto a los peritos y expertos, ambos reglamentos permiten a las partes aportar en sus escritos de demanda y contestación (y, en su caso, de reconvencción y contestación a esta) informes

¹⁸ Ver artículo 30.3 del Reglamento de Arbitraje CICA y 51 inciso a) del Reglamento de Arbitraje CAM-CR.

¹⁹ Ver artículo 30.4 del Reglamento de Arbitraje CICA.

²⁰ Ver artículo 30.5 del Reglamento de Arbitraje CICA y 51 inciso d) del Reglamento de Arbitraje CAM-CR.

²¹ Ver artículo 30.6 del Reglamento de Arbitraje CICA.

periciales que estimen oportunos.²² Además, los dos cuerpos normativos conceden la facultad al Tribunal Arbitral de nombrar, de oficio o a instancia de parte, uno o varios peritos para que rindan informe sobre los aspectos o cuestiones técnicas que este considere necesarias.²³

Ambas normativas disponen la posibilidad de interrogar a los expertos que hayan rendido informes. Por un lado, el Reglamento CAM-CR indica que, por disposición del Tribunal o a solicitud de cualquiera de las partes, se podrá realizar una audiencia para estos efectos. Además, se indica que las partes podrán presentar los peritos de su elección en dicha audiencia.²⁴ Por otra parte, si bien, el Reglamento del CICA señala esta posibilidad, este también le da al Tribunal Arbitral la potestad de interrogar a los peritos en ausencia de las partes, siempre y cuando estas hayan sido debidamente convocadas.²⁵

Este último reglamento también concede al Tribunal Arbitral la discreción de ordenar que los peritos designados por las partes que vayan a presentar o que hayan presentado dictámenes periciales sobre los mismos asuntos o sobre asuntos conexos, se reúnan y deliberen acerca de tales asuntos, e incluso presenten un informe conjunto indicando los puntos de acuerdo y desacuerdo debidamente razonados.²⁶

De todo lo anterior, queda claro que ambos reglamentos permiten a las partes recurrir a la prueba testimonial o pericial según consideren más adecuado para defender sus intereses y sus respectivas teorías del caso. Las declaraciones de testigos e informes de los expertos se entregarán de forma escrita, sin perjuicio de que las partes o el Tribunal Arbitral consideren pertinente llevar a cabo una audiencia oral para evacuar dicha prueba y que las partes lleven a cabo sus interrogatorios (de conformidad con las reglas que estas hayan convenido junto con los árbitros). Sin embargo, llama la atención que el Reglamento del CICA concede mayores atribuciones al Tribunal Arbitral en cuanto a la prueba testimonial y pericial.

²² Ver artículo 31.1 del Reglamento de Arbitraje CICA y 44 inciso j) del Reglamento de Arbitraje CAM-CR.

²³ Ver artículo 31.2 del Reglamento de Arbitraje CICA y 52 del Reglamento de Arbitraje CAM-CR.

²⁴ Ver artículo 52 inciso h) del Reglamento de Arbitraje CAM-CR.

²⁵ Ver artículo 31.7 del Reglamento de Arbitraje CICA.

²⁶ Ver artículo 31.3 del Reglamento de Arbitraje CICA.

IV. Reglas para las audiencias

En buena cuenta, la mayoría de los reglamentos que rigen los arbitrajes domésticos de muchos países de la región no prevén o regulan reglas específicas sobre la comparecencia de los testigos y peritos a las audiencias, así como las reglas para el propio desarrollo de las audiencias.

Por ejemplo, una regla importante que podría jugar a favor de una de las partes es acordar la consecuencia de la no comparecencia, i.e. se podría acordar que si un testigo que fue llamado a testificar por el Tribunal Arbitral -o llamado por la otra parte y autorizado por el Tribunal Arbitral- no comparece a la audiencia, la declaración de ese testigo será eliminada del procedimiento (o, una solución menos gravosa, que se permita hacer inferencias derivadas de la no comparecencia).

Otra regla importante podría ser limitar la posibilidad del Tribunal Arbitral de llamar a otro testigo u ordenar la práctica de otra pericia. Es decir, las pruebas que se deben actuar serán únicamente aquellas ofrecidas por las partes pues éstas tienen la carga de probar los hechos en que fundamentan su caso. Limitando así la posibilidad de que el Tribunal Arbitral incorpore nuevos elementos de convicción que no son ofrecidos por las partes.

Con relación a reglas específicas que pudieran ser pactadas para la realización de la audiencia, se podría acordar que los testigos y expertos únicamente puedan ser examinados sobre el contenido de sus declaraciones o informes, y no sobre otra información que pudieran o debieran conocer. Es decir, se puede acordar limitar el interrogatorio al contenido de los documentos prestados (limitar el interrogatorio a aquellas cuestiones presentadas) o, ampliarlo, a hechos o conocimientos que la persona interrogada debería conocer (no estén propiamente presentadas, pero deberían estar en su esfera de conocimiento).

Otra regla importante relacionada con los interrogatorios es el sistema de tiempos que tendrá cada parte para realizar el interrogatorio directo, así como el contrainterrogatorio. Por ejemplo, se podría acordar que las partes tengan una cantidad de tiempo determinada en función de la cantidad de testigos y expertos que van a contra interrogar o que ambas partes tengan exactamente la misma cantidad de tiempo (independientemente de a cuántos testigos o expertos van a interrogar).

Dicho esto, a continuación, daremos ejemplos muy puntuales en los que, en función de las partes que se representen, los abogados deberían intentar negociar y acordar reglas que favorezcan más a sus clientes.

V. Escenario Práctico:

En un escenario en el que una parte demanda y la otra reconviene, y en el que además existe por ejemplo el mismo número de peritos, igual puede existir un impacto o consecuencia derivado de las reglas acordadas para las audiencias de interrogatorio, a pesar de que podría pensarse que como las partes se encuentran en una situación similar las reglas de actuación de la audiencia serán inocuas.

Las reglas respecto de la consecuencia por no comparecencia de testigos y expertos, así como la asignación de tiempos en principio no deberían representar un problema considerando la situación similar en la que se encuentran las partes.

Sin embargo, las reglas referidas a la posibilidad del Tribunal Arbitral de llamar a testigos o expertos no presentados por las partes, así como la posibilidad de limitar el contenido de los contrainterrogatorios sí podría ser determinante.

A una parte que conoce que ha sido totalmente transparente con su caso, sabe que no existen testigos que puedan jugar en contra de su teoría del caso y ha presentado un informe pericial sólido, probablemente le convenga que el Tribunal Arbitral pueda incorporar medios probatorios y que se permita interrogar de manera ilimitada a los testigos y expertos. Por el otro lado, a una parte que conoce que existen testigos que puedan generar un impacto negativo a su caso o que ha presentado un informe pericial que tiene deficiencias sin duda le convendría limitar el contenido del interrogatorio, así como las facultades del Tribunal de incorporar nuevos medios probatorios.

VI. Conclusiones

A manera de conclusión, el interrogatorio de testigos y peritos o expertos es un medio probatorio que permite acreditar o desacreditar los hechos o situaciones relevantes , así como aspectos técnicos o especializados del caso, en aras de generar convicción en los árbitros respecto a una de las posiciones de las partes; pues siempre es mejor escuchar la historia a través de sus protagonistas o actores secundarios que hayan sido testigos directos, o a través de personas altamente instruidas en el tema.

Estas pruebas deben ser propuestas en el momento ideal para que el Tribunal Arbitral - quien es al final de cuentas quién decide a quien le asiste la razón - tenga especial atención en determinados documentos, hechos del caso o circunstancias técnicas o profesionales, del que los testigos y los peritos o expertos podrán generar una explicación que de la simple lectura de los documentos no se perciba o no sea fácil de interpretar. Si bien, no existe un listado previo sobre a qué acuerdos pueden llegar las partes para diligenciar estas pruebas - ya que mucho depende de la controversia en particular -existen algunos aspectos que, por lo general, deben tomar en cuenta las partes y sus asesores legales: aquellos aspectos que fueron listados y desarrollados en este artículo.

Si bien, cada uno de los reglamentos de las jurisdicciones domésticas tratadas en este artículo tienen sus aristas y bemoles respecto a la tramitación y diligenciamiento de la prueba de interrogatorio de testigos y peritos o expertos, lo cierto es que existe una constante en todos, que es la oralidad en las audiencias y la facultad del Tribunal Arbitral de determinar, no solo la pertinencia de la prueba por rendir sino las formas en que estas se llevarán a cabo con el acuerdo entre las partes.

El interrogatorio de testigos y peritos o expertos es una prueba crucial para el arbitraje, pues no existe otro medio de prueba que permita al Tribunal Arbitral descubrir la verdad, y evidencia cuando la historia ha sido contada por las partes y no por sus abogados.

VII. Bibliografía

Huascar Ezcurra. (2008). Persuasión y litigio arbitral: ¿Cómo aprovechar la prueba testimonial para persuadir a la autoridad arbitral de nuestra verdad? Lima: Themis 56.

Hobér Kaj. (2015). Capítulo 3: Cross-Examination in International Arbitration. Stockholm.

Arbitration Yearbook Series. (2019). Volume 1 Kluwer Law.

De La Flor, Nicolas. (2020). El interrogatorio directo de testigos: una oportunidad para que el abogado pase desapercibido. Destrezas Legales en el Litigio Arbitral, Palestra, Perú, Primera Edición Digital (kindle).

Centro de Arbitraje y Mediación, CAM-CR Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Reglamento de Arbitraje. Disponible en: <http://v1.abogados.or.cr/CAM/articulo/reglamentos-y-normativas>

Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Costarricense- Norteamericana de Comercio. Reglamento de Arbitraje. Disponible en: <https://cicacr.org/normativa/>

Cámara de Comercio de Lima. Reglamento de Arbitraje. Disponible en: https://apps.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/reglamentoarbitraje2017/reglamento_ccl_2017.pdf

Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Univesidad Católica del Perú. Disponible en: <https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2019/04/22212943/carc-reg-1-01-rev-1-reglamento-de-arbitraje.pdf>

International Bar Association. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. Disponible en: <chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2F>

[2Fwww.ibanet.org%2FMediaHandler%3Fid%3Ddef0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b&clen=136738](http://www.ibanet.org%2FMediaHandler%3Fid%3Ddef0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b&clen=136738)

Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala y de la Fundación CENAC, Centro de Arbitraje y Conciliación aprobado por la Junta Directiva del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala el 14 de julio del 2014. Disponible en: Microsoft Word - Reglamento CENAC -2014- FINAL 18 agosto.docx (squarespace.com).

Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CREC.

Las Cláusulas Arbitrales Patológicas, ¿son ejecutables en El Salvador?¹

*Andrea Cáceres²
Jackelin Calderón³
Eduardo Chamorro⁴
Yanira Díaz⁵
Alicia Henríquez⁶*

Resumen:

El presente artículo pretende analizar la problemática de las cláusulas arbitrales patológicas, en primer lugar, de forma general, partiendo de la definición y clasificación que ha realizado la doctrina internacional de este fenómeno y, en segundo término, de forma más específica, para lo cual se realizará un estudio de derecho comparado y se estudiará cómo algunos países han abordado esta problemática en sus legislaciones arbitrales. Por último, se analizará el caso de la legislación salvadoreña con el propósito de determinar si es posible que este tipo de cláusulas tengan efectos y sean aplicadas en El Salvador.

Abstract:

This article aims to analyze the problem of pathological arbitration clauses, firstly, more generally, starting from the definition and classification that international doctrine of this phenomenon has made and, secondly, more specifically, for which a study of comparative law will be carried out to study how some countries have addressed this problem in their arbitration laws. Finally, the case of Salvadoran legislation will be analyzed to determine if it is possible that these types of clauses can have effects and be applied in El Salvador.

¹ El Consejo Editorial de Young Arbitration Magazine autorizó la publicación de este artículo redactado por cinco autores, como parte de sus potestades, reguladas en las Bases de Publicación.

² Andrea María Cáceres Bonilla. Estudiante de 5to año de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, El Salvador.

³ Jackelin Alejandra Jackelin Alejandra. Estudiante de 5to año de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, El Salvador.

⁴ Eduardo Ernesto Chamorro Vargas. Estudiante de 5to año de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, El Salvador.

⁵ Yanira Stephanie Díaz Hernández. Estudiante de 5to año de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, El Salvador.

⁶ Alicia Fernanda Henríquez Maestre. Estudiante de 5to año de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, El Salvador.

Palabras Clave:

Arbitraje; cláusula arbitral; patología; cláusula patológica; voluntad de las partes.

Keywords:

Arbitration; arbitration clause; pathology; pathological clause; party autonomy.

I. Introducción

Los conflictos se presentan en el diario vivir de las personas, estos constantemente se configuran de manera imprevista y requieren de soluciones creativas y ágiles. Un mecanismo muy reconocido para hacer frente a estas controversias son los métodos alternos de solución de conflictos.

Uno de esos métodos, que brinda una justicia más eficiente y ofrece estrategias satisfactorias es el arbitraje. El arbitraje nace de la voluntad de las partes y en ese sentido, el convenio arbitral se traduce como la piedra angular de este sistema al ser el acuerdo a través del cual las partes manifiestan su intención de obligarse a someter a arbitraje todas o algunas controversias derivadas de una relación jurídica determinada.

Precisamente, por la relevancia fundamental de la cláusula arbitral como punto de partida indispensable para acceder al arbitraje es que se vuelve necesario que dicho convenio arbitral sea redactado o elaborado correctamente. Lo que se busca es que la cláusula arbitral exprese de manera inequívoca la voluntad de las partes, para que de esa forma pueda darse cumplimiento a la misma.

No obstante, se debe reconocer que en la práctica no siempre se tendrán convenios arbitrales claros y precisos, es bastante frecuente encontrar cláusulas arbitrales imprecisas, ambiguas u oscuras y tal situación nos lleva a cuestionar las mismas. Estas cláusulas arbitrales son conocidas como cláusulas arbitrales patológicas.

En consecuencia, la presente investigación pretende estudiar estas cláusulas arbitrales patológicas, ya que cuando un convenio arbitral se encuentra en esa condición patológica, se somete a discusión su interpretación, puesto que su inadecuada redacción deriva en que no se tenga una manifestación

inequívoca de la voluntad de las partes y, por tanto, se cuestione el arbitraje como medio idóneo para dirimir la o las controversias.

II. Interpretación doctrinal de la cláusula arbitral patológica

2.1 Concepto

El entendimiento de una cláusula arbitral como el mecanismo por medio del cual las partes acuerdan obviar escenarios ordinarios de resolución de conflictos para someter su voluntad a un proceso arbitral constituye el punto de arranque ulterior a establecer el desarrollo dogmático que se ha generado a lo largo de dicha institución jurídica.

Como antes se ha establecido y acercados al ámbito del arbitraje, las cláusulas patológicas constituyen en términos muy sencillos, todas aquellas que, como regla general, adolecen de vicios o elementos oscuros en su redacción y que naturalmente suscitan inflexiones dentro del correcto desenvolvimiento de las funciones de la cláusula arbitral.

Para autores como González de Cossío, algunos de los elementos que causan el surgimiento de una cláusula arbitral patológica son:

[...] El error al hacer mención de la institución arbitral, que el procedimiento de arbitraje parezca ser opcional, que el procedimiento de designación de árbitros sea defectuoso, que los árbitros designados no hayan cumplimentado los requisitos para fungir como tales o que hayan fallecido, que las fechas límite establecidas en la cláusula sean imposibles de cumplimentar, que se mencione que algunas cuestiones no pueden ser tratadas por el acuerdo de arbitraje como la validez del contrato o que la cláusula esté en blanco. (González de Cossío, F. 2011, como se citó en Gorjón, F. y Adame, M., 2018, p. 332)

Como corolario de lo anterior, para Davis (1991), la patología en la cláusula arbitral constituye esencialmente un defecto que interrumpe el proceso del arbitraje y sus funciones primordiales, pues constituye un impedimento para que el convenio arbitral surta todos sus efectos, a saber:

1.- Producir efectos obligatorios para las partes. 2.- Evitar la intervención de tribunales estatales en la solución de una controversia, al menos antes del pronunciamiento del laudo. 3.- Dar a los árbitros el poder para resolver el litigio. 4.- Permitir la puesta en marcha de un procedimiento conducente en las mejores condiciones de eficacia para la pronunciación de una sentencia susceptible de ejecución forzada. (pp. 365-366)

Bajo ese contexto, doctrinariamente se ha concebido que las cláusulas patológicas contienen defectos en la configuración de la cláusula arbitral, es decir, se reducen a estipulaciones que, por su mismo contenido defectuoso y consecuentemente poco certero, generan un problema en la interpretación, aplicabilidad y ejecución del convenio arbitral. Debido a ello, autores como Flores Rueda (2014) han expresado que *“este tipo de cláusulas resultan ser numerosas, puesto que, aunque las instituciones de arbitraje contemplan cláusulas modelo, con frecuencia se suscita que los abogados modifiquen las cláusulas generando consecuencias no previstas.”* (p. 309)

2.2 Clasificación

Es importante traer a colación en el presente desarrollo analítico, que se han establecido clasificaciones tipológicas de cláusulas arbitrales patológicas, es decir, dentro del universo de cláusulas catalogadas como patológicas existen subdivisiones que responden a diversos criterios. En ese sentido se pueden advertir los siguientes:

a. Cláusulas de arbitraje optativas: son aquellas que, en suma, no excluyen con certeza a la justicia ordinaria dentro del contenido de su redacción, por lo que suscitan una confusión en la interpretación de la voluntad de las partes en someterse a un arbitraje, concibiendo a la justicia estatal como un ente asesor dentro del desarrollo del arbitraje. Escovar, R. (2009) indica que un acuerdo de arbitraje es optativo *“en el caso de que no excluya la jurisdicción de los tribunales judiciales, esto es, cuando otorga a las partes la opción de someter sus controversias indistintamente a arbitraje o a tribunales judiciales.”* (p.73)

b. Cláusulas con carencia de certeza: *“Un acuerdo de arbitraje carece de certeza en el supuesto de que sus términos sean vagos e imprecisos.”* (Escovar, R., 2009, p.74). Es decir, se producen típicamente por la complejidad o sencillez en la redacción de la cláusula arbitral, que consecuentemente, causan términos vagos o poco entendibles del rumbo que habrá de tomar el arbitraje, generando incertidumbre respecto a la voluntad de las partes.

c. Acuerdos inoperantes o inejecutables: implican la imposibilidad de llevar a cabo el arbitraje debido a la manera en la que las partes determinaron la condición para someterse al mismo, supeditando su realización a factores externos a la voluntad de las partes y del desarrollo del arbitraje. De igual forma, *“puede hablarse de un acuerdo de arbitraje inoperante el caso de que éste sea redactado en términos excesivamente pormenorizados y, por ende, se haga prácticamente imposible su ejecución.”* (Escovar, R., 2009, p.74)

d. Cláusulas contradictorias: la problemática de este tipo de acuerdos se reduce a la extensión y composición de esta, en el sentido que doctrinariamente se han reconocido como *“combinadas, ya que contienen tantos elementos que al no complementarse se contradicen entre sí, de tal manera que quita efectos al desarrollo del arbitraje.”* (Guerrero Del Río, R. 2007, p. 833)

e. Cláusulas confusas: son aquellas en las cuales a partir del contenido de estas se torna imposible establecer la procedencia del arbitraje debido a la multiplicidad de detalles que desarrollan y sobre ellas se dice que son aquellas que *“por su redacción, no puede cumplir con sus funciones esenciales”*. (Jiménez, D., 2005, diapositiva 3)

Es así que al analizar cada una de las modalidades de cláusulas patológicas identificadas por la doctrina mayoritaria se puede señalar que versan sobre el contenido del texto de la cláusula, que por su oscuridad, complejidad, sencillez o ambigüedad; generan un efecto limitador de los elementos que acompañan las funciones de la cláusula arbitral que, en el peor de los casos, imposibilita la ejecución de dichos convenios arbitrales.

2.3 Validez, nulidad e ineficacia

La autora Artuch Irriberri, E. (1995), señala como válida a la cláusula patológica, pero manifiesta que las mismas no consagran de manera definitiva la voluntad de las partes, es decir, en ellas no figuran la generalidad de los elementos; no así el caso de la nulidad que envuelve la ausencia absoluta de consentimiento, de falta de capacidad de las partes y de fraude o error. (pp. 415-421)

De lo anterior, se deriva que las cláusulas arbitrales nacen esencialmente de un acuerdo de voluntades, por lo que, bajo esa perspectiva, las cláusulas patológicas de cierta manera no adolecen de manera contundente de invalidez o nulidad, sino más bien la problemática tiene su génesis en el entendimiento de su contenido que hace inefectiva la ejecutabilidad del convenio arbitral.

Ahora bien, se debe entender que la problemática de las cláusulas patológicas radica específicamente en la efectividad de las mismas, puesto que, únicamente su contenido impreciso u oscuro perjudica el normal desarrollo de las funciones elementales del convenio arbitral, ya que imposibilita el punto de arranque de sus efectos jurídicos, tomando en cuenta que la eficacia constituye *“la posibilidad de ejecutar aquello que las partes han pactado y conseguir llegar al fin predeterminado por el acuerdo de voluntades”* (De Castro, A. 2018. p.39).

Por tanto, doctrinariamente se ha concebido a la patología como casos especiales en los que, por diversos motivos, tal y como antes se ha citado, la cláusula arbitral adolece de elementos que hacen imposible su efectividad, es decir, por oscuridad o carencia de certeza de su contenido. Sin embargo, estas no pueden clasificarse de manera absoluta como inválidas o nulas, puesto que nacen de la voluntad contractual de las partes que no presenta vicios, por lo que su problemática se enmarca en una noción ejecutiva, es decir afecta la eficacia de las funciones primordiales de la cláusula arbitral.

III. Derecho comparado

A continuación, se analizará cómo se regula en distintas jurisdicciones la materia de cláusulas compromisorias patológicas y, sobre todo, lo atinente respecto a si estas pueden ejecutarse o, por el contrario, el defecto es insuperable.

3.1 Perú

Como primer punto de comparación tenemos el caso peruano, en el cual se pone de manifiesto la noción que se ha esbozado en el apartado 2.3. del presente artículo (sobre la validez, nulidad e ineficacia del convenio arbitral). De su Ley de Arbitraje (DL. N° 1071), se infiere que las cláusulas patológicas no representan un asunto donde la cuestión a dirimir se trate de defectos que deriven en inexistencia o invalidez, sino que sigue la corriente que supone que tienen cierto impedimento para surtir efectos.

Los defectos en este caso deben ser eminentemente de índole subsanable. A este respecto, se tiene que dichos defectos pueden denominarse como no esenciales en el sentido de que su incorporación o no en el convenio arbitral es subsanable por medio de la aplicación subsanable de una norma o por decisión del tribunal, por ejemplo: el tipo de arbitraje, el lugar donde se ha de llevar a cabo, la legislación e idioma aplicables, número de árbitros, etc. (Vidal, R., 2020, p. 136).

Esta posibilidad de que las partes obvien alguno de dichos elementos está contemplado por la ley peruana, en aplicación de los principios de *favor arbitralis* y efecto útil -los cuales se desarrollan más adelante- y en respeto de la autonomía de la voluntad de las partes contempla disposiciones en sus leyes encaminadas a suplir estas deficiencias; en primer lugar, respecto a aquellas cláusulas en las cuáles las partes omitieron manifestar su voluntad respecto a algún punto.

Lo anterior se ejemplifica en las siguientes disposiciones de la referida la Ley de Arbitraje: en su art. 19 determina que a falta de acuerdo de las partes o en caso de duda sobre el número de árbitros, serán tres; el art. 23 d) establece que cuando no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de parte por la Cámara de Comercio del lugar del

arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje; en esa misma línea, se encuentran los artículos 34, 35 y 36 que suplen, ante la falta de acuerdo sobre las reglas a aplicar en el procedimiento arbitral, lugar del arbitraje y el idioma a utilizar respectivamente.

También, al observar el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima se encuentran normas de este tipo: el art. 19 establece el idioma aplicable; art. 21 resuelve lo relativo a la determinación de las normas aplicables al fondo; art. 7 determina el tipo de arbitraje en lo relativo a si el mismo se entenderá como institucional o ad-hoc.

Respecto a este último artículo se aprecia que el legislador peruano va más allá de reconocer las posibles patologías en la cláusula y prevé otras circunstancias como las contradicciones, ambigüedades, optativas, confusas e incluso algún caso de inoperatividad como que el tribunal designado sea inexistente; lo subsana del siguiente modo:

Artículo 7.- Arbitraje ad hoc e institucional. [...] 3. En caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es ad hoc. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes.

Aún en caso de presentarse otro tipo de supuestos, se aprecia la tendencia pro arbitraje cuando se regula en el art. 41 del Decreto Legislativo que norma el arbitraje que el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.

Todo lo anterior permite aseverar acerca de la ejecutabilidad de este tipo de cláusulas que en Perú existe una tendencia por potenciar la aplicación del arbitraje, por garantizar que incluso frente a circunstancias en las que no existe certeza total de los límites deseados por las partes en los

términos del arbitraje sea vinculante para las partes el acudir a este método alternativo de resolución de conflictos, en el entendido de que, al ser válida la cláusula, subyace la intención de los contratantes de acudir al mismo.

3.2 España

En el caso de España, autores como Semanate, M. (2019), sostienen que es recurrente que las partes redacten convenios arbitrales que, por los términos empleados o la poca certeza, creen en su ejecución cierta confusión. Por lo que resulta frecuente que los árbitros interpreten las cláusulas patológicas y determinen o rechacen la competencia para conocer sobre ese conflicto, basándose en los principios de *kompetenz-kompetenz*, *favor arbitralis*, efecto útil, buena fe y lealtad negocial. No obstante, cuando la complicación de las cláusulas no llegase a ser subsanada, incluso teniendo en cuenta los principios antes mencionados, el convenio arbitral se entenderá como nulo, dejando el conflicto en manos de los órganos judiciales ordinarios. (p.5).

En ese sentido, el sistema español da apertura para que aquellas cláusulas consideradas como patológicas sean subsanadas y de esta manera sean ejecutables. Por ejemplo, la Ley 60/2003, señala en su artículo 12, respecto al número de árbitros, que las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará uno solo. Supliendo la omisión en un determinado caso en que las partes no designen el número de árbitros.

La Audiencia Provincial de Madrid, en el Recurso de Apelación 66/2013 reconoce las cláusulas arbitrales híbridas y que en este documento se han denominado como optativas. Estas cláusulas híbridas van referidas a aquellas que combinan el arbitraje/jurisdicción y la Audiencia Provincial de Madrid establece que:

En el presente caso este tribunal constata que existe una clara evidencia de la existencia de un convenio arbitral, materializado en una cláusula de sumisión a arbitraje, del tipo de acuerdo híbrido al que nos hemos referido (arbitraje/jurisdicción), que está plasmada por escrito en los contratos suscritos por las partes litigantes, y no advertimos que la misma

presente graves deficiencias que apuntaran a la posible nulidad de esta. (Audiencia Provincial Civil de Madrid, Recurso de Apelación 66/2013)

Estas cláusulas arbitrales híbridas son consideradas por la doctrina como patológicas, sin embargo, España sí las hace ejecutables a pesar de ello, razón por la cual la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación en comento.

3.3 Ecuador

La normativa de Ecuador reconoce la posibilidad de suplir las omisiones de ciertos elementos del convenio arbitral. La Ley de Arbitraje y Mediación, así como el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación contienen diversas disposiciones que reflejan la posibilidad que, a falta de convenio de las partes en relación con algunos aspectos de la cláusula arbitral, se aplique lo dispuesto en dichas regulaciones.

Por ejemplo, el artículo 1, párrafo 2 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación establece que frente a la falta de designación de la institución arbitral o de las normas que regirán el arbitraje; se entiende que el arbitraje es administrado, es decir, se desarrolla con sujeción a la ley y a las normas y procedimientos expedidos por un centro de arbitraje. Asimismo, el artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación consigna que a falta de convenio de las partes acerca de si los árbitros decidirán en equidad o en derecho, debe entenderse que el fallo será en equidad.

Es así que la ley arbitral ecuatoriana suple la voluntad de las partes cuando estas no han convenido algún componente del convenio arbitral y ello denota la primacía y relevancia que se le otorga a la autonomía de la voluntad de las partes al garantizar que éstas efectivamente puedan acudir al arbitraje como medio de solución de conflictos si así lo han pactado, ya que en principio podría haber una patología que haga creer que dicha cláusula o convenio no puede llevarse a cabo, pero la normativa arbitral ecuatoriana ofrece modos de subsanar tal condición.

En relación con las cláusulas arbitrales patológicas, la Corte Constitucional de Ecuador en la STC. 0006-10-SEP-CC da paso a la ejecutabilidad de las mismas por medio de la supletoriedad. En el

caso en cuestión, se presenta una acción extraordinaria de protección con fundamento en resoluciones que fueron pronunciadas por las autoridades judiciales en relación con el incumplimiento de un contrato, cuando dicho contrato contenía una cláusula. Al respecto, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil advertía que la cláusula arbitral en cuestión no surtía efectos por ser una cláusula patológica, puesto que existía una indeterminación del árbitro. Sin embargo, la Corte Constitucional de Ecuador plantea que es factible suplir las omisiones por medio de la ley.

Para el caso concreto, de acuerdo con la Corte, la Ley de Arbitraje y Mediación en lo referente a la determinación y designación de árbitros cumple la función de suplir la omisión de la cláusula arbitral del contrato que se discute. Es así como la Corte Constitucional afirmó en la resolución de referencia que es improcedente catalogar de patológica la cláusula ya que esta sí surte efectos jurídicos y debido a ello manifiesta que la justicia ordinaria estaba impedida para conocer sobre el caso.

3.4 Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial

Las tendencias señaladas en cuanto a la favorabilidad del arbitraje, incluso en presencia de cláusulas patológicas, y que, como se ha observado, son más o menos constantes en los diversos países, pueden tener como inspiración lo estipulado por la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y es que la misma en su articulado contiene disposiciones igualmente en el sentido de favorecer el arbitraje y procurar su normal desarrollo en el caso de que se pueda ver obstaculizado por una “cláusula en blanco”.

Como ejemplo se cuenta con los arts. 10, 19, 20, 22 y 28 que regulan los vacíos atinentes a la designación del número de árbitros, lugar del arbitraje, el procedimiento a seguir, idioma a emplearse y las normas aplicables al fondo del litigio respectivamente.

3.5 Reglas de Arbitraje 2021 de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

En la misma línea, se encuentran disposiciones similares en las Reglas de Arbitraje de la CCI. Verbigracia de lo anterior, en los arts. 12, 19, 20 y 21 se busca subsanar los vacíos relativos a cuestiones como el número de árbitros, el idioma o las normas aplicables tanto al procedimiento como al fondo.

Este ente internacional también reconoce que toda cuestión relativa a la duda sobre la competencia de la CCI para conocer en arbitraje de un asunto por la forma en que se encuentra redactado el convenio arbitral será resuelta por el mismo tribunal siempre que el acuerdo arbitral sea válido, en conformidad al art. 6 del cuerpo normativo en cuestión.

IV. Aplicación en El Salvador

Las cláusulas arbitrales patológicas son más usuales de lo que se podría pensar, de acuerdo con Harold Lantan (2006), estas son un problema frecuente en El Salvador producto del desconocimiento en torno a la materia al momento de redactar las cláusulas arbitrales. Ahora bien, surge la siguiente interrogante: ¿cuál es el tratamiento que se otorga a las cláusulas arbitrales patológicas en El Salvador? El panorama no es muy favorable ya que la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje no regula el supuesto de una cláusula arbitral defectuosa y tampoco existe jurisprudencia nacional relevante con relación al tema en comentario.

A pesar de ello, dentro de nuestra legislación, concretamente dentro de la ley previamente citada, se reconoce la posibilidad de remediar algunos aspectos de la cláusula arbitral cuando estos no fueron pactados por las partes; es decir, cuando existen omisiones dentro del convenio arbitral.

A este respecto, el artículo 34 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje y el artículo 25 inciso cuarto del Reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador establecen que son las partes las que deben determinar el número de árbitros; en este supuesto, la misma ley reconoce que, al existir una falta de acuerdo, los árbitros deberán ser tres o uno, dependiendo de la cuantía en disputa.

Por otra parte, dentro de las cláusulas arbitrales las partes pueden libremente determinar las reglas del procedimiento; sin embargo, el artículo 45 de la ley *ejusdem* estipula que, en caso las partes no hayan resuelto o pactado sobre este tema en un arbitraje institucional, se entenderá que se seguirán las reglas del Centro de Arbitraje donde se haya de tramitar el mismo.

Asimismo, se reconoce que existirá una sujeción a la ley de forma supletoria cuando las partes no determinen dentro del convenio arbitral el lugar del arbitraje, consignando el artículo 52 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje que, en caso de dicha omisión, se aplicarán las reglas del Centro de Arbitraje en caso de ser un arbitraje institucional y si es un arbitraje ad hoc y no se establece el lugar de arbitraje, se estará a lo que dispongan los árbitros. Lo mismo ocurre en relación con el artículo 53 de la ley, si las partes no acuerdan el idioma que además del castellano habría que utilizarse en las actuaciones arbitrales, la disposición suple dicha falta.

Desde otra perspectiva, en materia de tratados internacionales sí se reconoce la existencia de este tipo de patologías, concretamente en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York. El artículo II párrafo 3 establece que pueden configurarse cláusulas arbitrales que sean nulas, ineficaces o inaplicables, motivo por el cual estas no se remitirán a arbitraje. Es así como la Convención de Nueva York reconoce implícitamente las cláusulas arbitrales patológicas.

Al haber sido ratificada dicha Convención de Nueva York por el Estado de El Salvador en 1998, por nuestro sistema monista que permite la incorporación de los tratados internacionales como leyes de la República, esta forma parte del ordenamiento jurídico salvadoreño de acuerdo con el artículo 144 de la Constitución y debido a ello se podría afirmar que al menos se cuenta con un limitado reconocimiento sobre dichas cláusulas en nuestro sistema legal.

V. ¿Son ejecutables?

A primera vista podría parecer que la presencia de una patología en un convenio arbitral priva al mismo de sus efectos y en consecuencia imposibilita el acceso al arbitraje. No obstante, la

normativa extranjera y nacional, así como la jurisprudencia extranjera demuestran que esto no es así de forma absoluta.

A partir del análisis que hasta aquí se ha realizado, resulta claro que la condición de patología no es un obstáculo para que algunas cláusulas arbitrales puedan ejecutarse, en virtud que esta anomalía puede ser subsanada y una forma de hacerlo es a través de la supletoriedad que prevén diversos ordenamientos jurídicos y por medio de las interpretaciones de los árbitros.

Con todo lo anterior, consideramos que la ejecutabilidad de la cláusula se determinará según el caso en concreto. Atendiendo a la posibilidad de subsanar las deficiencias por alguna suplencia de ley o del tribunal arbitral si así lo determinan las normas del ordenamiento aplicable. No obstante, debe contemplarse la posibilidad de que pese a que un ordenamiento sea garantista de propiciar la realización del arbitraje podrán verificarse casos en los que, por las circunstancias específicas el convenio deviene en inaplicable. Verbigracia de ello podría ser el caso de cuando se señala como competente un tribunal inexistente y la ley contiene un vacío respecto de ello, no existiría en dicho caso, un ente competente para resolver la controversia pese a que conste la voluntad de las partes de haberse sometido a un arbitraje.

5.1 Papel del árbitro

Como se ha expuesto anteriormente, si una cláusula arbitral adolece de algún tipo de patología, ello no implica que dicha cláusula no surte efectos. Es acá donde el papel de los árbitros es esencial, ya que deben interpretar la cláusula arbitral para así poder determinar la verdadera intención de las partes. (Semanate, M., 2019)

La Ley Modelo de la CNUDMI regula en el artículo 16.1 la facultad del tribunal arbitral para poder decidir sobre su competencia y de manera análoga acerca de las excepciones con relación a la existencia o validez de la cláusula arbitral.

Del mismo modo, dentro del *principio de autonomía* previsto en el artículo 51 y 30 de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador se reconoce que son los mismos árbitros los

que disponen de la atribución para decidir si las cláusulas arbitrales producen los efectos jurídicos para que las partes puedan someterse a arbitraje. Es decir que, los árbitros deben analizar tales cláusulas para poder declarar su competencia y llevar a cabo el arbitraje como método alternativo de solución de controversias o en su defecto, declararse incompetentes para conocer un caso en concreto.

Esta autonomía se otorga en el entendimiento que, las partes, en principio, deciden someterse a un arbitraje para evitar dilucidar su conflicto dentro de tribunales judiciales respecto a asuntos de libre disposición y así volver el procedimiento flexible e inmediato para su realización. Entonces, resulta innecesario el sometimiento de la competencia arbitral a un tribunal judicial, puesto que, la celeridad del proceso es un punto determinante que lleva a las partes a dirimir una controversia por medio de un procedimiento arbitral.

Ahora bien, en la práctica, existen casos en que las partes deciden interponer demanda en tribunales judiciales sobre una disputa que está sujeta a un convenio arbitral pactado por la autonomía de voluntad de las partes, incumpliendo de esa manera, la cláusula arbitral, por lo que, en estos preceptos son los mismos jueces los que deben interponer su declaratoria de incompetencia para conocer sobre estos casos y remitir el conflicto a procedimiento arbitral. Tal disposición se encuentra regulada en el artículo 31 párrafo segundo de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje.

Asimismo, en el caso de un arbitraje internacional, la Convención de New York nos dice en su artículo segundo párrafo tercero que será el tribunal judicial al que se somete el litigio el que deberá determinar la competencia de los árbitros para poder realizar el arbitraje al ser interpuesta la excepción de convenio arbitral; de lo contrario, al reconocer la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del acuerdo, debe advertir y de esa manera continuar con el juicio.

Lo anterior es en virtud de que, los juzgadores, en virtud del respeto a los principios de autonomía de la libertad de las partes y de contratación, *in dubio pro arbitraje* y tutela del derecho a la protección no jurisdiccional, considerando que subyace la idea de que la cláusula es válida y debe atenderse a la realidad. La doctrina se encuentra en concordancia con ello, verbigracia el

doctrinario Nigel Blackaby (2015), señala que “[...] *ante una posible inconsistencia, las cortes usualmente tratan de darle un sentido en la búsqueda de dar efectos a la intención común de las partes, que es la de someterse a arbitraje.*” (p.135)

Esto va relacionado con el *principio kompetenz-kompetenz*, en virtud del cual son los propios árbitros quienes resuelven los conflictos derivados de las cláusulas arbitrales que ponen en duda su competencia (efecto positivo), lo cual implica una limitación de la facultad de las autoridades judiciales para pronunciarse sobre esta materia (efecto negativo). (Santos M. et al., 2012, p.124)

Debe destacarse que lo anterior no significa que los árbitros ostenten dicha facultad de forma absoluta, de acuerdo con Vásquez, M. (2010) más bien es una prioridad temporal que poseen respecto de las autoridades judiciales. En otras palabras, “*son los árbitros quienes poseen una jurisdicción “primaria”, luego revisable judicialmente*” (McLean, M. y Moreno, J., 2006, p.106), de tal forma que se limita a los tribunales judiciales lo referente al alcance del convenio arbitral en disputa.

Ahora bien, es importante mencionar que al momento de analizar este tipo de cláusulas deben tenerse presentes algunos principios de interpretación que permitan a los árbitros dilucidar la ambigüedad o imprecisión de las cláusulas arbitrales.

5.2 Principios de interpretación de las cláusulas arbitrales

a. Favor arbitralis

Este principio determina que, al momento de interpretar una cláusula arbitral patológica, debe favorecerse el desarrollo del procedimiento arbitral, es decir, la patología no inhibe la posibilidad de que efectivamente se acuda al arbitraje como medio de solución para las controversias.

La autora Semanate, M. (2019) fundamenta este privilegio bajo la lógica de que al haberse incluido por las partes una cláusula arbitral en un contrato o “*al haberse estipulado la misma, se evidencia*

la voluntad de estas de recurrir al arbitraje, ya que, de lo contrario, dicha cláusula no se hubiera constituido.” (p.24)

b. De efecto útil

El principio de efecto útil o interpretación efectiva supone que:

[...] Debe interpretarse la cláusula arbitral patológica de modo que esta tenga efectos o consecuencias jurídicas, ya que, si las partes pactaron dicha cláusula arbitral, fue con la intención de que la misma surtiera efectos; es decir, se hace honor siempre a la autonomía de la voluntad de las partes. (Andrade, D., 2015, p. 63)

Se pretende salvar el convenio o cláusula arbitral a pesar de que esta adolece de defectos, ya que se prefiere que ésta surta efectos jurídicos, los cuales se han de entender desde la perspectiva de consentimiento de las partes y, así no que se priven de estos, en el entendido que se dará viabilidad al procedimiento arbitral convenido.

c. De buena fe y lealtad negocial

“La buena fe conlleva lealtad en el tratar, en el proceder honrado y leal, que ha de suponer aplicar la fidelidad a la palabra dada y no de defraudar la confianza de quien la ha depositado, sin abusar de ella” (Sequeira B., 2020, p.11). En ese sentido, la buena fe debe presumirse y frente a una cláusula arbitral patológica se deduce que los sujetos pretenden someter sus controversias al arbitraje.

A su vez, la lealtad negocial se determina por medio del comportamiento y actuar de las partes, puesto que estas, deben atenerse a cumplir de manera fidedigna lo estipulado y pactado. Es por ello, que las partes al reconocer el arbitraje como medio de resolución de conflicto deben someterse ante este método y si alguna de las partes no cumpliera este precepto y presentase su demanda ante la jurisdicción ordinaria, es determinante que ese tribunal desestime su competencia.

VI. Conclusiones

1. En principio, las cláusulas patológicas representan un obstáculo para la resolución de controversias por medio del arbitraje, ya que entorpecen la voluntad de las partes; por lo tanto, se debe prestar una singular atención a la redacción apropiada, evitando ambigüedades o imprecisiones para que cuando se deban hacer efectivas las cláusulas arbitrales, no se obstaculice el curso natural del procedimiento escudándose en alguna patología.
2. Son los árbitros, en principio, quienes tienen el deber, a través de una serie de directrices, de interpretar las cláusulas patológicas para dar o no validez a la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Por ello, esta obligación debe ser desempeñada de forma adecuada y en atención a la voluntad de las partes.
3. La condición de patología en una cláusula arbitral supone un defecto de oscuridad o precisión, de tal forma que no existe lista taxativa sobre las patologías que pueden presentarse y la ejecutabilidad dependerá de cada caso concreto.
4. En principio, las cláusulas patológicas no deben representar ningún obstáculo para su ejecutabilidad, es decir, son en general ejecutables. La excepcional no ejecutabilidad se encuentra condicionada al caso en concreto, dependiendo tanto del ordenamiento jurídico al cual se pretenda someter la controversia y de la casuística, pues pueden presentarse casos que, aunque el convenio sea válido no será posible ejecutarlo, sobre todo en casos donde el vicio se encuentre referido al tribunal que deberá conocer y la ley no supla.

VII. Bibliografía

- Adame, M. & Gorjón, F. (2018). El valor intangible de la cláusula de estilo en los métodos alternos de solución de conflictos. Revista Justicia, Vol. 24, Barranquilla: Editorial Mejoras - Universidad Simón Bolívar, pp. 323-339. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-74412018000200323#B17
- Andrade Álvarez, D. (2015). Aplicación del principio Favor Arbitralis en Cláusulas Patológicas. Universidad del Azuay. Disponible en: <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/5217/1/11597.pdf>
- Artuch Irriberri, E. (1995). El Convenio Arbitral Defectuoso. Revista de la Corte Española de Arbitraje.
- Blackaby, N., Partasides, C., Redfern A. y Hunter, M. (2015). Redfern and Hunter on International Arbitration, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- Davis, B. (1991). Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria. Arbitration International. Disponible en: <https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/7/4/365/207802>
- De Castro, A. (2018). Las cláusulas patológicas en los convenios arbitrales y sus efectos jurídicos. Quito: Universidad de las Américas. Disponible en: <https://journals.continental.edu.pe>
- Escovar, R. (2009). Los acuerdos de arbitraje patológicos. Legal Report. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Disponible en: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/nov_dic.pdf
- Estévez, M. & Muñoz, R. (2017). Validez y eficacia del convenio arbitral. Centro Iberoamericano de Arbitraje.

Flores Rueda, C. (2014). Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial. México, D.F.: Editorial Themis.

Guerrero Del Río, R. (2007). Algunas reflexiones sobre la cláusula compromisoria en el arbitraje comercial internacional y sobre las cláusulas patológicas en particular. Estudios de Arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar, pp. 833-843.

Harold L. (2006). El arbitraje y la solución de controversias en los tratados de libre comercio. El Salvador: Universidad Tecnológica de El Salvador,

Jiménez Figueres, D. El acuerdo de arbitraje: patologías y soluciones. Disponible en: https://www.ucursos.cl/derecho/2008/1/D129C0728/1/material_docente/bajar?id_material=163569

McLean, M. y Moreno-Valle, J. (2006). Arbitraje comercial internacional: Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros. Washington D.C. Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Reconocimiento_y_Ejecucion_de_Sentencias_y_Laudos_Arbitrales_Extranjeros_2015.pdf

Semanate Sierra, Michelle Alejandra. (2019). Las cláusulas arbitrales patológicas y sus efectos en el arbitraje comercial internacional. Universidad de La Rioja. Disponible en: https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/8182/Fe%20de%20erratas_SEMANATE%20SIERRA%2C%20MICHELLE.pdf?sequence=3&isAllowed=y

Sequeira Pérez, Byron Israel. (2020). El principio de separabilidad de la cláusula arbitral y su alcance jurídico en la interpretación y modificación de los contratos. Universidad Politécnica de Nicaragua. <file:///C:/Users/00155/Downloads/642-Texto%20del%20art%C3%ADculo-2245-1-10-20210112.pdf>

Tomas, Adamary Gabriel et al. (2012). Las cláusulas patológicas en los convenios arbitrales. Ius Et Tribunalis. Disponible en: <http://journals.continental.edu.pe/index.php/iusettribunalis/article/view/709/668>

Vásquez Palma, María Fernanda. (2010). Comprensión del Principio Competencia-Competencia y configuración de la Nulidad o Ineficacia del Acuerdo Arbitral. Revista Chilena de Derecho Privado.

Vidal Ramos, R. (2020). La regulación del convenio arbitral y su implicancia en la institucionalidad del arbitraje comercial en el Perú. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Disponible en: https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/15836/Vidal_rr.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Audiencia Provincial Civil de Madrid. Recurso de Apelación 66/2013, del 18 de octubre del 2013. <https://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=6891699&links=%22ENRIQUE%20GARCIA%20GARCIA%22&optimize=20131127&publicinterface=true>

Corte Constitucional. Sentencia 0006-10-SEP-CC, Caso No. 0712-09-EP, del 24 de febrero de 2010.

**Guía de Costa Rican Young
Arbitrators Sobre las Actuaciones de
los Secretarios y Secretarias del
Tribunal Arbitral 2021**

Contenido

Costa Rican Young Arbitrators

Los secretarios y secretarias de los tribunales arbitrales

Metodología utilizada para la redacción de la Guía propuesta

Guía de Costa Rican Young Arbitrators Sobre las Actuaciones de los Secretarios y Secretarias del Tribunal Arbitral 2021

Capítulo I: Nombramiento

Capítulo II: Principios que rigen la función del secretario

Capítulo III. Funciones del secretario

Capítulo IV. Honorarios y forma de pago

Capítulo V. Destitución

Costa Rican Young Arbitrators

Costa Rican Young Arbitrators es una asociación sin fines de lucro que nació en Costa Rica en el año 2012. Desde ese momento, la asociación ha tenido como objetivo promover la cultura del arbitraje y los mecanismos de resolución alterna de conflictos, tanto a nivel nacional como internacional. Actualmente, CYA se ha posicionado como una de las principales organizaciones dedicadas al estudio y promoción de los mecanismos alternos de resolución de conflictos en Costa Rica y Centroamérica. Igualmente, la asociación forma parte de la Red Latinoamericana de Jóvenes en arbitraje, un proyecto que reúne a diversas asociaciones *young* de dicha región.

Desde el inicio, CYA se ha comprometido con el liderazgo, excelencia, innovación, trabajo en equipo y dedicación; como principios esenciales de todos sus proyectos. A partir de estos valores, la asociación ha incursionado en diversas iniciativas como la REVISTA YAM, CYA NEWS, CYA ACADÉMICA, ARBITRATION DAY, entre otros. La ejecución de cada uno de estos proyectos ha posicionado a CYA como un referente en la organización y participación activa dentro de la discusión académica sobre la cultura arbitral. Al día de hoy, la asociación se encuentra formada por estudiantes de derecho, abogados y abogadas; con especial interés en el arbitraje y los medios de resolución alternativa de conflictos.

Precisamente, en aras de continuar promoviendo iniciativas que impulsen y colaboren con el progreso del arbitraje, CYA llevó a cabo un estudio sobre la labor de los secretarios y secretarias de los tribunales arbitrales. De esta forma, se llegó a la conclusión de que en dicha materia resulta necesario unificar los principios y regulaciones que deben aplicar para dicho cargo, con la finalidad de dar mayor seguridad a todos los actores dentro del proceso arbitral. En este sentido, la presente guía busca proporcionar un documento de fácil acceso, el cual integre las normas que respaldan de forma adecuada la labor de los secretarios y secretarias de los árbitros, para el uso de la comunidad arbitral nacional e internacional.

Los secretarios y secretarias de los tribunales arbitrales

El amplio desarrollo que ha tenido el arbitraje a nivel nacional e internacional ha permitido que dicho sistema se adapte a diversas circunstancias con éxito. Sin embargo, este progreso también ha planteado nuevos retos y desafíos para el propio sistema. Dentro del desarrollo que ha tenido el arbitraje, se debe destacar que cada vez existe mayor participación de secretarios y secretarias, quienes despliegan labores de cooperación para facilitar la función de los árbitros. Ante este panorama, ha surgido el reto de regular de manera eficiente la participación de los secretarios y secretarias, esto en aras de garantizar que sus labores beneficien la tramitación de los procesos arbitrales, sin que ello resulte una excesiva normatización de dicha labor. La existencia de normas básicas o generales garantizan la seguridad y transparencia que toda parte busca al acudir a medios alternos de resolución de controversias.

Ante este contexto, la presente guía busca sistematizar una serie de principios básicos que deben ser tomados en cuenta al momento de incorporar a un secretario o secretaria para que asista a un tribunal arbitral. Dentro de los principales aspectos, la guía toma en cuenta la etapa del nombramiento de los secretarios y secretarias, sus funciones, los principios rectores de su labor, honorarios y forma de pago, y las causales de destitución. En este sentido, esta guía pretende constituirse como un instrumento de fácil acceso, flexible y aplicable a los diversos tipos de arbitraje, de forma que exista una mayor claridad acerca de la participación que deben tener los secretarios y secretarios en los procesos arbitrales. Esta guía puede ser empleada en arbitrajes domésticos o internacionales, ad hoc o institucionales, de derecho o de equidad. Son una herramienta más que se pone a la disposición de las partes, los árbitros, los centros arbitrales y en general, usuarios del arbitraje para su uso e implementación

Metodología utilizada para la redacción de la Guía propuesta

- Se organiza la comisión encargada del proyecto y se realiza la primera reunión para definir el objetivo del trabajo.
- Se asigna investigación preliminar de centros arbitrales alrededor del mundo. Se tomó en cuenta a las siguientes organizaciones, con la finalidad de investigar los aspectos que toman en cuenta en relación con los secretarios de los tribunales arbitrales:

LCIA

Corte Permanente de Arbitraje

Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo CIAM Centro Internacional de Arbitraje de Madrid

SCAI (Swiss Chamber's Arbitration Institution).

ICDR

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima Centro de Arbitraje PUCP Perú

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá Centro Nacional de Arbitrajes (Chile)

CAM Santiago (Chile) ICCA

CNUDMI

Club Español del Arbitraje ICC

CAS SIAC HKIAC CIETAC ACICA JCAA

- Adicionalmente, se acordó focalizar la investigación en los siguientes temas:

Elección

Honorarios

Conformación de listas

Funciones

Tomar en cuenta normativa aplicable a listas de árbitros, en caso de que pueda haber alguna infracción a dichas normas.

Cualidades y aptitudes (requisitos mínimos del secretario)

Agosto 2020:

- Presentación de investigaciones asignadas en julio
- Se asignó la elaboración de un cuadro comparativo entre los distintos temas de interés y su respectiva regulación, conforme a cada organización estudiada.

Septiembre 2020:

- Reunión de integrantes de la comisión para definir los temas finales que serán tomados en cuenta en la guía.
- Se asignó a los integrantes un tema específico para proponer un esquema de regulación.

Noviembre 2020:

- Discusión entre los integrantes acerca de la regulación para cada tema. Se definió cada uno de los puntos para ser redactado en un borrador final.

Enero 2020:

- Redacción final de la guía.

Abril-septiembre 2021:

- Revisión final de la guía

**Guía de Costa Rican Young Arbitrators Sobre las Actuaciones de los Secretarios y
Secretarias del Tribunal Arbitral 2021**

Capítulo I: Nombramiento

Artículo 1: El nombramiento de los secretarios podrá ser propuesto a las partes en cualquier etapa del proceso arbitral.

Artículo 2: De previo al nombramiento de un secretario, el tribunal arbitral o el centro, deberá formular una propuesta de nombramiento dirigida a las partes, la cual incluya lo siguiente:

- a. Curriculum vitae del secretario propuesto.
- b. Copia de declaración jurada del secretario en la cual revele todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas sobre su imparcialidad e independencia.
- c. Listado de funciones que serán ejercidas por el secretario.
- d. En caso de que la labor sea remunerada, se deberá establecer el porcentaje de honorarios, gastos y viáticos que serán desembolsados por la labor del secretario. Salvo pacto en contrario, los rubros mencionados serán pagados por el presidente del Tribunal Arbitral.

Artículo 3: El nombramiento será válido y eficaz a partir de la aceptación de todas las partes del proceso arbitral. En caso de que en esta fase alguna de las partes objete el nombramiento, este quedará sin efecto.

Capítulo II: Principios que rigen la función del secretario

Artículo 4: Las funciones de los secretarios y secretarias serán ejercidas bajo los siguientes principios fundamentales:

- a. **Imparcialidad e independencia:** El secretario del tribunal deberá permanecer, en todo momento, imparcial e independiente de las partes, estando sujeto a los mismos

estándares aplicables a los árbitros en este sentido. En virtud de ello, tendrá que firmar una declaración jurada de imparcialidad e independencia de previo a su nombramiento. En caso de existir, para dicho momento, circunstancias que puedan originar dudas justificables para alguna de las partes en este sentido (“conflictos de interés”) será necesario que se especifiquen en su totalidad en la declaración.

Hasta que el arbitraje concluya definitivamente, el secretario asumirá el deber continuo de revelar (i) inmediatamente y (ii) por escrito, cualquier conflicto de interés que dé lugar a dudas justificables en relación con su imparcialidad y/o independencia. Dicho documento debe ser entregado al Tribunal Arbitral, al centro arbitral y a todas las partes del arbitraje.

- b. **Transparencia:** En todo momento se promoverá la máxima transparencia en relación con el nombramiento, destitución, funciones, honorarios y demás aspectos vinculados con los secretarios del tribunal.
- c. **Confidencialidad:** El secretario del tribunal estará sujeto al mismo grado de confidencialidad que se exige a las partes y al Tribunal Arbitral de conformidad con las reglas de la institución arbitral relevante o la ley de arbitraje aplicable.
- d. **Jerarquía y supervisión:** El secretario del tribunal se encontrará bajo la autoridad del Tribunal Arbitral que lo designe. Todas las funciones que se le deleguen, a la luz del acuerdo de las partes, se llevarán a cabo en nombre de y bajo la dirección y estrecha supervisión del Tribunal Arbitral. Este último, se responsabilizará de garantizar que todas las tareas efectuadas por el secretario se realicen según los estándares acordados. El Tribunal Arbitral será responsable de la vigilancia y conducta del secretario en las labores relacionadas con el proceso arbitral.
- e. **Indelegabilidad de funciones esenciales del Tribunal Arbitral y decisiones de fondo:** En ninguna circunstancia podrán los árbitros delegar al secretario del tribunal tareas que influyan sustancialmente sobre la deliberación del tribunal arbitral,

particularmente en lo que al laudo se refiere. Esta prohibición, se extiende, en términos más generales, a cualquier tercera persona.

En definitiva, no podrá encomendarse al secretario la resolución de la controversia o funciones sustancialmente vinculadas a ella, ya que esto se constituye como el “núcleo esencial” de la función ejercida por el tribunal arbitral.

- f. **Inmunidad:** Los secretarios y secretarias no serán responsables por sus actuaciones dentro del proceso arbitral, salvo en los casos en que medie dolo o culpa grave.

Capítulo III. Funciones del secretario

Artículo 5: Las funciones de los secretarios y secretarias se dividirán en: (i) administrativas, (ii) investigativas y (iii) de redacción.

Artículo 6: Las funciones administrativas abarcan las siguientes:

- a. Administración del calendario.
- b. Programación de eventos.
- c. Realización de minutas de reuniones y audiencias.
- d. Velar por la efectiva comunicación entre las partes, organizaciones, instituciones y los árbitros.
- e. Cualquier otra que las partes o el tribunal arbitral le asignen.

Artículo 7: Las funciones investigativas abarcan las siguientes:

- a. Investigación de normativa y jurisprudencia.
- b. Investigación de doctrina.
- c. Preparar resúmenes de los datos recopilados en las investigaciones.
- d. Preparar resúmenes del expediente para los árbitros.

Artículo 8: Las funciones de redacción abarcan las siguientes:

- a. Redacción de órdenes procesales.
- b. Redacción de partes no sustantivas del laudo.

Artículo 9: El anterior listado de funciones no es taxativo y permite que se deleguen otra serie de funciones, siempre y cuando no se violenten los principios contenidos en el artículo 4.

Capítulo IV. Honorarios y forma de pago

Artículo 10: La función del secretario puede ser llevada a cabo sin remuneración alguna. En caso de que las labores sean remuneradas, salvo pacto en contrario, el presidente del tribunal arbitral será el encargado de negociar los montos de remuneración con el secretario.

Artículo 11: En los casos en que la labor del secretario sea remunerada, los siguientes criterios serán utilizados como base para determinar el monto de dichos honorarios:

- a. La cuantía del proceso.
- b. La cantidad de partes involucradas en el proceso.
- c. La sede física del proceso.
- d. Cualquier otro aspecto que facilite o dificulte la tramitación del proceso.

Capítulo V. Destitución

Artículo 12: Será motivo de destitución del secretario cuando se incurra en cualquiera de las siguientes causales:

- a. Infracción a los principios contenidos en el artículo 4.
- b. Desobedecer las instrucciones del Tribunal Arbitral.
- c. Reiterado incumplimiento de las labores designadas.
- d. Conducta negligente que perjudique la administración del proceso.

- e. Incumplimiento de una función designada y que perjudique la administración del proceso.
- f. Por acuerdo de partes.
- g. Por decisión del Tribunal Arbitral.

Artículo 13: Las partes, de forma individual o en conjunto, tendrán la facultad de solicitar en forma justificada al Tribunal Arbitral la destitución del secretario en caso de que se incurra en las causales señaladas en el artículo 12.

Consulte las bases para publicar en
www.cyacr.com

