

Y

**Young
Arbitration
Magazine**

AN ACADEMY MAGAZINE

JUNIO 2020 | VII EDICIÓN | COSTA RICAN YOUNG ARBITRATORS



TABLA DE CONTENIDOS

CONSEJO EDITORIAL

Sophia Fiorella Villalta Chong

- Presidente 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
- Bachiller en Derecho de la Universidad de Costa Rica

Dominick Delgado Carvajal

- Asociada de Costa Rican Young Arbitrators
- Estudiante de 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

- Asociada 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

Dominick Delgado Carvajal 1

Arbitrators *ex officio* duty to investigate money-laundering related disputes in international arbitration

Felipe Volio Soley 3

¿Desde cuándo automedicarse es legal? Los plazos que el Estado de Guatemala se automedica para oponerse a las ejecuciones de laudos arbitrales

Katia María Calderón Corzo
Andrea Jannette Munguía Sierra
María Sofía González Flores 13

El Arbitraje deportivo a la luz del TAS (Tribunal Arbitral du Sport)

Erika Urbina Echeverría 21

“El Tamaño de la Piedra Angular”: Alcances de la voluntad de las partes

Pedro Francisco Canales Flores 35

Exclusión de abogados en el arbitraje comercial internacional

Ignacio Jorge Tasende Iturvide 44

La fuerza vinculante del precedente judicial en las decisiones de los tribunales arbitrales peruanos

Leandro García Valdez 56

La implementación del arbitraje ambiental en Centroamérica

Ada Elisa Winter García 73

Should an arbitrator wear two hats? A commentary on the combination of arbitration and mediation under Costa Rican law and international arbitration practice

Jorge Arturo González C. 82

El *Soft Law* en el Arbitraje Internacional ¿Una solución o un problema?

Carlos Eduardo Torres Giraldez 91



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

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

PRESENTACIÓN

El arbitraje, como medio de resolución de conflictos, es una institución de incuestionable relevancia a nivel mundial. Sus inmensurables posibilidades e inherente flexibilidad tornan perenne la necesidad de promover el debate y la discusión de los temas relevantes para el ejercicio profesional de la materia.

Ello cobra especial relevancia al tomar en cuenta que el panorama jurídico, tanto a nivel regional como internacional, se transforma constantemente y, como resultado, sus contenidos son inagotables. Ante tal realidad fáctica, la Revista Young Arbitrators Magazine (YAM) se constituye como un medio académico especializado que brinda un espacio a aquellos profesionales o estudiantes de Derecho con deseos de posicionar sus opiniones fundamentadas y así, enriquecer el acervo doctrinario en cuanto a las cuestiones relacionadas al arbitraje.

Costa Rican Young Arbitrators presenta la VII Edición de esta Revista, en la cual se han recopilado nueve artículos inéditos de autores de la región de Latinoamérica, cuyas disertaciones versan sobre los temas más variados, todos ellos en torno a las complejidades del arbitraje.

En su artículo *Arbitrators ex officio duty to investigate money-laundering related disputes in international arbitration*, Felipe Volio Soley se refiere a aquellos supuestos en que las partes pretenden utilizar el procedimiento arbitral como un medio para el lavado de dinero. Analiza el deber de los árbitros de investigar este tipo de situaciones ante una sospecha razonable de que se encuentran frente a un caso de tal naturaleza, en aras de determinar su competencia para conocer la disputa.

En *¿Desde cuándo automedicarse es legal? Los plazos que el Estado de Guatemala se automedica para oponerse a las ejecuciones de laudos arbitrales*, las autoras Katia María Calderón Corzo, Andrea Jannette Munguía Sierra y María Sofía González Flores, plantean una interesante reflexión crítica con respecto a la particularidad que se presenta en Guatemala cuando el propio Estado figura como parte ejecutada en los procesos de ejecución de laudos arbitrales; circunstancias en las cuales, a raíz de un vacío legal existente en su legislación, el Estado termina “automediándose” un plazo mucho más amplio que el que tendría una persona privada para oponerse a la ejecución del laudo.

Por su parte, Erika Urbina Echeverría nos introduce a un tema poco explorado en la latitud costarricense: el arbitraje deportivo. En su artículo titulado *El Arbitraje deportivo a la luz del TAS (Tribunal Arbitral du Sport)*, la autora examina este mecanismo teniendo en cuenta las particularidades Tribunal Arbitral del Deporte (“TAS” por sus siglas en francés), desde su creación, hasta sus reformas, así como la forma en que opera y los distintos procedimientos que contempla dicha institución.

En *El tamaño de la piedra angular: Alcances de la voluntad de las partes*, Pedro Francisco Canales Flores, realiza un recuento sumamente didáctico de las implicaciones y alcances la voluntad de las partes en el procedimiento arbitral; la cual constituye uno de sus elementos transversales y que lo permean desde su concepción, al plasmarse esta en el convenio arbitral, así como a lo largo de todo su desarrollo y conclusión.

Ignacio Jorge Tasende Iturvide, señala la insuficiencia normativa que existe en materia arbitral con respecto a la posibilidad de

excluir a un representante legal de un arbitraje. Esto, bajo la hipótesis de que se configuren supuestos de conflictos de interés en el que estos se vean involucrados. *Exclusión de abogados en el arbitraje comercial internacional: Entre la integridad del proceso, y el exceso de autoridad*, presenta una fascinante tesis atinente a los poderes implícitos que ostentan los árbitros y cómo dichas atribuciones podrían ser la respuesta al problema jurídico planteado.

El autor de *La fuerza vinculante del precedente judicial en las decisiones de los tribunales arbitrales peruanos*, Leandro García Valdez, realiza un detallado análisis acerca de la función y relevancia que revisten los precedentes judiciales y sostiene, que estos deben supeditar, no solo las resoluciones judiciales, sino también las decisiones de los árbitros. Esto, con el objetivo de mitigar la inseguridad que representan los pronunciamientos contradictorios y así, garantizar la coherencia y predictibilidad de la administración de justicia y, por ende, la protección de los intereses de los sujetos que acuden a la vía arbitral para dirimir sus controversias.

En su artículo, Ada Elisa Winter García, se refiere a la implementación del arbitraje ambiental en la región centroamericana, esto a luz de la ratificación de los instrumentos internacionales que versan sobre la materia. Adicionalmente, la autora estudia las características que comporta este método especializado de resolución de conflictos, el cual permite una verdadera materialización de la protección del medio ambiente a través de la adecuada implementación del derecho ambiental.

¿Acaso es posible conciliar las funciones de árbitro y mediador de manera efectiva y satisfactoria para los intereses de las partes involucradas? En su artículo *Should an*

arbitrator wear two hats? A commentary on the combination of arbitration and mediation under Costa Rican law and international arbitration practice, Jorge Arturo González se refiere a los posibles riesgos y eventuales escenarios que podrían presentarse en los arbitrajes ante la novedosa tendencia en la práctica internacional de combinar distintos métodos de resolución de conflictos, como lo son el arbitraje y la mediación o conciliación, bajo la figura de un mismo árbitro o mediador. Todo esto a partir de la legislación costarricense, así como de la práctica arbitral internacional.

Finalmente, Carlos Eduardo Torres Giraldez realiza un estudio acerca del papel protagónico del *Soft Law* en la labor de creación normativa relevante para el Arbitraje Internacional ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de estos instrumentos no vinculantes? ¿Cuáles son los cuerpos normativos de esta naturaleza más relevantes en la práctica arbitral? El artículo *El Soft Law en el Arbitraje Internacional ¿Una solución o un problema?* pretende dar luz sobre estas interrogantes.

La selección de artículos que conforman la presente edición refleja tan solo algunas de las particularidades que surgen tanto a nivel teórico como práctico en el arbitraje y los aportes, esbozados por sus autores, permiten vislumbrar desde las ventajas y oportunidades que comporta este mecanismo, hasta algunos de los retos pendientes por enfrentar en la materia. Razón por la cual, resulta necesario tener presente que la forma más contundente de atenuar estos últimos es continuar con la labor de construcción del conocimiento en este ámbito.

San José, Costa Rica
Dominick Delgado Carvajal

Arbitrators *ex officio* duty to investigate money-laundering related disputes in international arbitration¹

Felipe Volio Soley²

Summary:

Parties may file a non-genuine claim in order to launder assets through arbitration. In such instances, arbitral tribunals should act proactively to discard any concerns they may have related to the illegality of the dispute submitted before them, in light of their general duty to render an enforceable award. This self-investigation can only be made if there are reasonable suspicions of the illegality, and they relate to the arbitrability, jurisdiction, and/or enforceability of the award. When acting *sua sponte*, arbitrators should give a reasonable possibility to the parties to submit their allegations.

Key words:

International arbitration; money-laundering; arbitrability; arbitrators' duties; illegal disputes.

Resumen:

Las partes pueden utilizar un arbitraje no legítimo como medio de lavado de activos. Frente a estas circunstancias, en virtud de su deber de emitir un laudo ejecutable, los árbitros deben de actuar bajo su propia iniciativa para despejar sus dudas sobre la ilegalidad de la disputa. Esta investigación solo debe llevarse a cabo si hay sospechas razonables sobre la ilegalidad, y están relacionadas con la arbitrabilidad de la pretensión, la jurisdicción del tribunal, y/o la ejecución del laudo. Si los árbitros actúan de oficio, es necesario que le brinden a las partes una posibilidad razonable para emitir sus argumentos al respecto y así respetar el debido proceso.

Palabras clave:

Arbitraje internacional; lavado de dinero; arbitrabilidad; deberes de los árbitros; disputas ilegales.

I. Introduction

Parties may attempt to use arbitration as a mean to launder money (Mistelis, 2009, p. 585). Such parties pretend to have a real claim, commence a fraudulent dispute, and at the end of the procedure -in case the arbitrator does not end with it beforehand- seek to enforce an award against their counter-party, who was aware and active in the same fraudulent procedure since the beginning. Such parties may also try to end the proceeding with a consent award. In either case, the prevailing party will try to enforce the award internationally to launder the money (Redfern and Hunter, 2015, para. 582). Arbitrators are usually unaware of this scheme. Nevertheless, in case they have a reasonable suspicion that such circumstances may be present in a particular dispute submitted

¹ El Consejo Editorial de Young Arbitration Magazine autorizó la publicación de este artículo en el idioma Inglés, como parte de sus potestades, reguladas en las Bases de Publicación.

² Costa Rican Lawyer (University of Costa Rica)

before them, the arbitrator has a duty to investigate *ex officio* whether the claim is legitimate. If it determines that the dispute is non-genuine, the arbitrator should decline its jurisdiction. Also, States may refuse to recognize an award used to launder money based on public policy grounds.

The legal basis for establishing the arbitrator's ability to raise such issues *sua sponte* is “*nebulous*” (Baizeau and Hayes, 2017, p. 239). There is no provision under the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration with the 2006 amendments (the “**Model Law**”) that imposes a duty on arbitrators to investigate on whether a dispute is genuine or illegal. There is also no disposition that prohibits the arbitrator to make such self-investigations. This paper concludes that arbitrators should investigate such issues *ex officio* and decline their jurisdiction accordingly given that: (1) money-laundering related disputes are non-arbitrable in international arbitration.

Furthermore, this duty to investigate arises out of (2) international arbitral case law and; (3) the arbitrators' general duty to render an enforceable award.

II. Money-laundering related disputes are non-arbitrable in international arbitration

Only certain matters may be submitted to arbitration. In this regard, the objective arbitrability alludes to the disputes that can be referred to arbitration and excludes those in which national laws impose certain restrictions or limitations (Fouchard, Gaillard, and Goldman, 1999, para. 533). The Model Law does not regulate the issue of arbitrability explicitly (Berger, 2000, p. 7). Instead, it implicitly states on Article 1(5) that:

“[t]his Law shall not affect any other law of this State by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration or may be submitted to arbitration only according to provisions other than those of this Law.”

This statement refers to the notion of objective arbitrability as it recognizes that “*certain disputes may not be submitted to arbitration*”. The illegality of the underlying transaction affects the arbitrability of the dispute, but does not impact the validity of the arbitration agreement because of the principle of separability. (Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov; Harbour Assur. Co. (UK) Ltd v. Kansa; Buckeye Check Cashing Inc. v. Cardegnà)

From an enforcement perspective, Article 36(1)(b)(i) of the Model Law states that the recognition or enforcement of an award may be refused, irrespective of the country in which the award was made, if “*the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State*”.³ The Model Law also empowers under Article 36(1)(b) the competent authority in the country where recognition and enforcement are sought to review *ex officio* if the subject matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration or if the award violates the public policy under the laws of such country. States are therefore free to determine which disputes are arbitrable in virtue of their national laws and public policy. Otherwise, the recognition or enforcement of the award may be refused.

³ This provision is identical to Article V(2)(a) of the New York Convention. Furthermore, Article II (1) of the New York Convention states that an arbitration agreement shall be recognized as valid as long as it “*concern[s] a subject matter capable of settlement by arbitration*”.

Money laundering is an example of a non-arbitrable dispute. Such action is widely condemned by international public policy (Mendelsohn, 2015) and is defined by Article 6.1 of the 2000 UN Convention against Transnational Organized Crime (“**UNTOC**”) as:

“[t]he conversion or transfer of property, knowing that such property is the proceeds of crime, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property (...)”.⁴

States continuously combat money-laundering and their criminal laws repudiate such actions.⁵ Accordingly, given that money-laundering issues are condemned by transnational public policy, disputes arising out of money-laundering situations are not arbitrable in international arbitration and are unenforceable at law (Van Der Berg, 2003, p. 227).

III. Arbitrators have a duty to investigate *ex officio* money-laundering in accordance with international arbitral case law

When parties try to misuse the arbitral proceeding by using it as a pretext to launder money, the question arises on whether the arbitrator should raise *itself* the issue of arbitrability (Mistelis, 2009, p. 585). Professor Mistelis states that such duty exists if there are reasonable suspicions that the illegality affects the underlying transaction since arbitrators owe a duty not only to the parties, but also to the public. Otherwise, when there are clear signs of criminal activity, it would be inappropriate for arbitrators to simply ignore the question of arbitrability (Redfern and Hunter, 2015, para. 584). In this regard, arbitrators are justified in taking appropriate measures to determine the legality of the dispute, by making independent research, raising with the parties new issues (whether legal or factual), and giving appropriate instructions or ordering appropriate measures insofar as they consider this necessary (ILA, 2008, p. 13).

There are certain red flags that hint that the arbitration is non-genuine like for example when: the entities involved are recently incorporated or they are incorporated in tax havens, their activity is of a nature that does not require any real investment, and the contract in question is not detailed or well-drafted for the amount in question (Redfern and Hunter, 2015, para. 582). A non-responding respondent and a claimant that is unable to provide sufficient documentation are also hints of illegality in such cases.

Corruption, bribery, and fraud may also taint, like money-laundering, the legality of the underlying dispute. In the International Chamber of Commerce (“**ICC**”) Case No. 1110⁶, Judge Lagergren examined the question of his jurisdiction *sua sponte* in a dispute in which he decided that the issue of bribery was outside of the jurisdiction of international arbitration tribunals, and stated:

⁴ See also Article 23.1 of the 2003 UN Convention against Corruption (UNCAC). According to these provisions, money-laundering also occurs when: (a) there is a concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition movement or ownership of or rights with respect to property, knowing that such property is the proceeds of crime; (b) The acquisition, possession or use of property, knowing, at the time of receipt, that such property is the proceeds of crime; and (c) Participation in, association with or conspiracy to commit, attempts to commit and aiding, abetting, facilitating and counselling the commission of any of the offences established in accordance with this article.

⁵ See the Financial Action Task Force whose objective is to adopt regulatory and operational measures for combating money laundering

⁶ In that case, French law was the *lex arbitri* and Argentine law the substantive law of the contract. France is not a Model Law jurisdiction.

“both parties affirmed the binding effect of their contractual undertakings and my competence to consider and decide their case (...). However, in the presence of a contract in dispute of the nature as set out hereafter, condemned by public policy decency and morality, **I cannot in the interest of due administration of justice avoid examining the jurisdiction on my own motion.**” (emphasis added) (ICC Case No. 1110, Award of 1963, 10(3) Arb. Int'l 282, 294 (1994))

The Paris Court of Appeal similarly stated in 2017 that arbitral tribunals should “*meticulously examine*” evidence of money-laundering when facing such allegations (Belokon c. Kirghizistan). In this regard it stated that “[m]oney-laundering represents a serious problem. Any arbitrator dealing with allegations of money laundering must meticulously review the evidence.”⁷ (free translation)

A self-investigation into a *prima facie* suspicion is usually not considered as *ultra petita* in international arbitration (Kreindler, 2008, 28). There is no rule that forbids arbitrators to make such investigation. Rather, it is generally uncontroversial that an international arbitral tribunal can raise such issues *sua sponte* (Baizeau and Hayes, 2017, p. 239).

The Singapore High Court recently ruled in 2018 that tribunals have a duty to investigate corruption in the case of China Machine New Energy Corp v Jaguar Energy Guatemala LLC, on the basis of an expert witness of Prof. Kaufmann-Kohler and previous case law. In that case, Jaguar was awarded in an ICC Arbitration with US \$130 million in a dispute it had with CMNC as EPC for a power plant project in Guatemala. In the middle of the proceedings, a report of the International Commission against Impunity in Guatemala was published. The report raised corruption allegations of bribery from a Jaguar representative which was allegedly “*related to the dispute*”. After the report was published, Jaguar withdrew part of its claim, which was related to payments made to the beneficiary of the bribes.

CMNC sought, during the arbitration, to “*rely on the fact that various people have been charged with corruption in Guatemala, including certain employees of [Jaguar]*”⁸. The tribunal, however, dismissed CMNC’s allegations. At a later stage, CMNC sought to set aside the award because the tribunal allegedly breached its duty to investigate illegal activities, and this justified set-aside on public policy grounds. CMNC relied on an expert opinion by Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, which stated that arbitral tribunals have “*a duty to raise and enquire, even sua sponte, into the issue of corruption*”.⁹

⁷ See original : « *Le blanchiment d’argent représente un grave problème. Tout arbitre faisant face à des allégations de blanchiment d’argent doit méticuleusement examiner les éléments de preuve.* » In that case, however, there were no sufficient elements to determine that Manas Bank had engaged in money-laundering.

⁸ See para. [1614]–[1616] of the Award cited by the Singapore High Court in para. 220

⁹ See the report of Professor Kaufmann-Kohler: “*67 While the arbitrators’ duty to pay attention to matters of corruption is a general one, their duty to take proactive measures to investigate into the circumstances of possible corruption only arises where certain factors are present. It would vastly diminish the efficiency of arbitration if the arbitrators were obliged to raise and investigate issues of corruption in a vacuum, when there are no indicators triggering a reasonable suspicion of corruption. 68 It is also accepted that arbitrators have no duty to enquire into the circumstances of possible corruption if the latter has no relevance to the claims in dispute. The arbitrators’ mandate is to resolve legal disputes; not to prosecute the parties for illegal conduct. Therefore, if there is no “relevance nexus” between the suspected illegality and the claims in dispute, “the arbitrators ought to avoid*

The Singapore High Court accepted that arbitral tribunals may bear a duty to investigate corruption.¹⁰ In this sense, it reasoned that corruption may raise issues of public policy that could affect the enforceability of the award and that, as it was stated in *PT Primera International Development v. Kempinski Hotels SA and others*: “*public policy is a question of law which an arbitrator must take cognisance of if he becomes aware of it ... during arbitral proceedings*” (emphasis added)

In the case of *Jaguar*, however, the Tribunal determined that the: “*touchstone is therefore whether the allegations of corruption affect the issues under consideration in the Arbitration*”. The Court upheld the reasoning of the tribunal which sustained that the corruption claims in that case had no relation to the issues of the arbitration, and therefore, the tribunal was not aware of circumstances that would affect the claims in dispute.¹¹ Hence, the Court determined that the Tribunal under those specific circumstances had no duty to investigate and rejected CNPC’s request to set-aside the award. The allegation of corruption must therefore be determinative to the claim of the case and illegal activities in other contracts or circumstances should not taint the dispute at hand (Cremades and Cairns, 2003, p. 84).

The case of *Kenya Airports Authority v. World Duty Free Company Limited* from the High Court of Kenya (Model Law jurisdiction) also dealt with the tribunal’s duty to investigate illegal matters *sua sponte*.¹² In that case, an ICSID tribunal, back in 2007, dismissed World Duty Free’s claim against the Republic of Kenya for a breach of a lease agreement, since there was a bribe to President Moi involved. The tribunal dismissed the case given that claims based on contracts of corruption were contrary to international public policy and could not be upheld in arbitration (*World Duty Free Co. Ltd v Republic of Kenya*, Award, ICSID Case No. ARB/00/7, 4 October 2006).¹³

Nevertheless, and despite such refusal, World Duty Free conducted years later another proceeding against Kenya Airports Authority in an *ad hoc* arbitration, in which Justice Torgbor, acting as sole arbitrator, awarded \$ 50 million to World Duty Free, who sought to enforce the award in Kenya. In the enforcement proceedings, Kenya Airports Authority did not raise the issue of the previous ICSID award. In this sense, Justice Torgbor considered such issue outside of his jurisdiction as it was not raised by the parties.¹⁴ The High Court of Kenya, however, disagreed with Justice

exercising their curiosity”. 69 Thus, to trigger the arbitrator’s duty to investigate, he or she must become aware of circumstances creating a suspicion of corruption which, if proven, would affect the claims in dispute.”

¹⁰ See para. [224-226]. In reaching such decision, the judge relied on the case of *Re Landau*, Toby Thomas QC [2016] SGHC 258.

¹¹ In the ICSID case *TSA Spectrum v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/05/5, (9 December 2008) the Tribunal found that the materials they had available concerning the corruption investigations were not sufficient to establish corruption [§§174, 175].

¹² Kenya is a Model Law jurisdiction. See: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/overview-status-table.pdf>

¹³ As the tribunal stated in that case: “*In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to international public policy of most, if not all, States, or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal*”.

¹⁴ See full cite: “*There is therefore no basis... in pleading, evidence or agreement for this Arbitral Tribunal to take cognisance of an ‘ICSID judgement’ or an unlisted ICSID issue. Subject to the cautionary caveat occasioned by the Respondent’s withdrawal from the arbitral proceedings an Arbitral Tribunal does not normally roam around to find*

Torgbor's stance and stated that the tribunal "*ought to pause and interrogate [the award]*", even "*if not pleaded*".¹⁵ The High Court of Kenya therefore considered that allegations of illegality should be examined *sua sponte*, regardless of the parties' submissions.¹⁶

IV. Arbitrators have a duty to investigate ex officio money-laundering in accordance with the arbitrators' general duty to render an enforceable award

The ultimate purpose of an arbitration is for the parties to obtain an enforceable award (Van der Berg, 1999, p 145). In this regard, the ICC, the London Court of International Arbitration Rules ("LCIA"), and the Hong Kong International Arbitration Centre Rules ("HKIAC") have a specific provision that obliges arbitrators to take reasonable efforts in rendering an enforceable award.¹⁷ The Singapore High Court has accepted that "*an arbitral tribunal has the duty and mandate to investigate matters raised which, if proven, would render the award unenforceable for being contrary to public policy*" (Re Landau Toby Thomas QC 2016). Furthermore, allegations of corruption might raise public policy concerns that would affect the enforceability of an award (Sui Southern Gas Co Ltd v Habibullah Coastal Power Co (Pte) 2010). In this sense, soft law, such as the Basel's Institute on Governance Toolkit for Arbitrators regarding Corruption and Money Laundering in International Arbitration, states that:

"While arbitrators are not state judges, they do fulfil a certain public function because – in general terms – arbitral awards are enforceable like court decisions. Furthermore, arbitrators have a duty to issue an enforceable award. If arbitrators ignore issues of corruption, there is a risk that their award will be challenged in front of state courts in set-aside proceedings or at the enforcement stage on the ground that it is contrary to the national or transnational public policy." (Basel Institute on Governance, 2019, p. 12).

As stated under point (1) above, matters related to money-laundering raise public concerns issues and might jeopardize the enforceability of the award. However, as stated in the Jaguar Case from the Singapore High Court, "*a Tribunal's breach of the duty to investigate corruption would not per se render an award liable to be set aside for breach of public policy*" but would only increase the risk of the award to be set aside. (China Machine New Energy Corp v Jaguar, 2018). Otherwise, the tribunal risks to render an award that legitimizes corrupt activities and violates international

and determine issues the parties have not for themselves raised for determination" cited from Thomas Kendra and Matt Coleman, How Far Do Tribunals Have a Duty to Investigate Corruption? The Kenyan High Court Has Its Word,¹⁴ February 2019, available at: <https://www.hlarbitrationlaw.com/2019/02/how-far-do-tribunals-have-a-duty-to-investigate-corruption-the-kenyan-high-court-has-its-word/>

¹⁵See full cite: "*Whilst arguing that the ICSID Award was not placed as formal evidence before the Torgbor Tribunal, Counsel for Kenya Duty Free nevertheless concedes that it was to be found in at least three bundles of Documents placed before the Tribunal. The language used by the Arbitral Tribunal does not suggest that it did not see and read the Award or at any rate was unaware of it*"

¹⁶ It is also important to mention that ICSID awards are public and even if the Court reasoned that the award could have been found within the case files, it also stated that the arbitrator "*could not have been unaware of it*". Public information should also then be encompassed within the meaning of such words. See UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

¹⁷ See Article 32 of the LCIA Rules and Article 40 of the ICC Rules, which specifies that "*the arbitral tribunal shall act in the spirit of the Rules and shall make every effort to make sure that the award is enforceable at law*". Article 13.10 of the HKIAC Rules state that arbitrators shall "*make every reasonable effort to ensure that the arbitral award is valid*".

public policy. Thus, considering their general duty to render an enforceable award, arbitrators should take into account *ex officio* illegality concerns related to the dispute submitted before them.¹⁸

V. Conclusion

Arbitrators have a general duty to investigate *ex officio* reasonable concerns regarding the illegality of the dispute submitted before them. Otherwise, the award may be non-enforceable for public policy issues related to the non-arbitrability of the dispute. This duty does not arise from a specific provision of the Model Law, but it has been well established by recent arbitral case law and legal authorities in light of the arbitrator's general duty to render an enforceable award. Arbitrators should only investigate illegal issues *sua sponte* as long as: (i) such matters are related to the claim submitted before them and are connected to the arbitrability, jurisdiction, and/or enforceability of the award.; (ii) there are reasonable suspicions of non-arbitrability; and (iii) when conducting the investigation, arbitrators give a reasonable possibility to the parties to submit their allegations.

¹⁸ It is also relevant to analyse from a criminal law perspective, if arbitrators who omit to investigate on evident issues of money-laundering incur in criminal liability because of their participation in cleaning the money, by rendering an award concerning illegal matters. In this sense, the arbitrator's duty to investigate may also derive from a mandate to act established by the criminal and regulatory legislation.

References:

- Baizeau, D. Hayes, T. (2015). “The Arbitral Tribunal’s Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte”, in Menaker, A. (ed), “International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity”, ICCA Congress Series, Volume 19.
- Berger, P (2000). “The New German Arbitration Law in International Perspective”, Kluwer Law International.
- Cremades, B; Caims, D. (2003). “Trans-national Public Policy in International Arbitral Decision-making: The Cases of Bribery, Money Laundering and Fraud”, in Berkeley, A; Karsten, K. (eds) (2003). “Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud”, Kluwer Law International.
- Fouchard; Gaillard; Goldman (1999). “International Commercial Arbitration”, Kluwer International Law.
- Kendra, T; Coleman, M. (2019) “How Far Do Tribunals Have a Duty to Investigate Corruption? The Kenyan High Court Has Its Word”.
- Kreindler, R. (2008) cited Pereira de Souza Fleury, R. (2015). “Do Arbitrators have an ex officio duty/right to self-investigate corruption?”, Kluwer Arbitration Blog
- Mendelsohn, M. (2015). “The Anti-Bribery and Anti-Corruption Review, Law Business Research, Fourth Edition.”
- Mistelis, L. (2009). “Legal Issues Arising out of Disputes Involving Fraud, Bribery, Corruption, and Other Illegality and Illicitness Issues” cited on “Enforcement of Arbitration Agreement and International Arbitral Awards, the New York Convention in Practice”.
- Redfern, A; Hunter, M. (2015). “Redfern and Hunter on International Arbitration”, Sixth Edition, Kluwer Law International.
- Van den Berg, A. (2003). “International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions”.
- Van den Berg, A. (1999). “Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention”, ICCA Congress Series, 1998 Paris Volume 9, Kluwer Law International.

Reports

- Basel Institute on Governance. (2019). “Governance’s toolkit for arbitrators regarding Corruption and Money Laundering in International Arbitration”
- ILA, Final Report (2008). “Ascertaining the Contents of the Applicable Law”.

Arbitral Awards

ICC Cases:

ICC Case No. 1110, 10(3) Arb. Int'l 282, 294 (1994)

ICSID:

TSA Spectrum v. Argentina, ICSID Case No. ARB/05/5, (9 December 2008)

Lucchetti v. Peru, ICSID Case No. ARB/03/4, (7 February 2005)

World Duty Free Co. Ltd v Republic of Kenya, Award, ICSID Case No. ARB/00/7, IIC 277 (4 October 2006)

Cases:

England

Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov UKHL 40 House of Lords (2007)

Harbour Assur. Co. (UK) Ltd v. Kansa Gen. Int'l Ins. Co. Ltd 3 All ER 897, 898 (English Court App.) (1993)

France

Belokon c. Kirghizistan (15/01650) Paris Court of Appeal, (February 21, 2017)

Kenya

Kenya Airports Authority v. World Duty Free Company Limited, MISC. Application No. 67 High Court of Kenya, (2013)

Singapore

China Machine New Energy Corp v Jaguar Energy Guatemala LLC, SGHC 101, Singapore High Court (2018)

PT Prima International Development v Kempinski Hotels SA and other appeals 4 SLR 98, Court of Appeal (2012)

Re Landau, Toby Thomas QC SGHC 258, Steven Chong J, Singapore High Court (2016)

Sui Southern Gas Co Ltd v Habibullah Coastal Power Co (Pte) Ltd 3 SLR 1 (Singapore High Court) (2010)

United States

Buckeye Check Cashing Inc. v. Cardegna, 546 U.S. 440 (U.S. Supreme Court) (2006)

National Oil Corp. v. Libyan Sun Oil Company 733 F. Supp. 800 (D. Del.) (1990)

¿Desde cuándo automedicarse es legal? Los plazos que el Estado de Guatemala se automedica para oponerse a las ejecuciones de laudos arbitrales

Katia María Calderón Corzo¹
Andrea Jannette Munguía Sierra²
María Sofía González Flores³

Resumen:

En Guatemala se da un grave problema en los procesos en los que se ve involucrado el Estado en materia procesal, debido a que se viola notoriamente el principio de igualdad y el de debido proceso, en virtud que este se “automedica” plazos que la ley no le confiere, interpretando la ley a su conveniencia. La incógnita que se plantea con el presente artículo es, si el Estado de Guatemala tiene el poder coercitivo para exigir el cumplimiento de las leyes, ¿quién debe ejercer este poder para que el Estado de Guatemala, en la ejecución de un laudo arbitral, cumpla con el plazo que la ley establece?

Palabras clave:

Arbitraje; cláusula arbitral; Corte de Constitucionalidad; ejecución; emplazamiento; estado; inconstitucionalidad; interpretación; jurisdicción arbitral; laudo arbitral; plazo; contestación de la demanda; Procuraduría General de la Nación.

Abstract:

In Guatemala there is a problematic in the processes in which the State is involved, the equity and due process principles are arbitrarily infringed because the State self-approves deadlines that are not under the law, interpreting the law to its convenience. The question that arises with this article is, if the State of Guatemala has the coercive power to demand the compliance of the laws, who should enforce this power, so the State of Guatemala comply with the law terms, regarding the collection of awards?

Key Words:

Arbitration, arbitration clause, Constitutional Court, execution, formal notice, State, inconstitutionality, interpretation, arbitral jurisdiction, arbitral award, term, reply to the claim, Office of the Procurator-General of the Nation

¹ Katia María Calderón Corzo. Estudiante de Ultimo año de Derecho de la Universidad Rafael Landívar, Campus Central de Guatemala. Asistente legal del bufete Inconsulting. Guatemala.

² Andrea Jannette Munguía Sierra. Estudiante de Ultimo año de Derecho de la Universidad Rafael Landívar, Campus Central de Guatemala. Auxiliar Judicial, Notificadora Interna de la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil del Organismo Judicial. Guatemala.

³ María Sofía González Flores. Estudiante de Ultimo año de Derecho de la Universidad Rafael Landívar, Campus Central de Guatemala. Auxiliar Técnica en la Superintendencia de Bancos. Guatemala.

I. Introducción

Hoy en día, en Guatemala, existen distintos casos en los que es evidente la interpretación errónea de las normas a conveniencia de las mismas partes, pero, en muchas de estas situaciones, el Estado de Guatemala también ejerce un notorio abuso en la interpretación de la norma a su favor, por medio de las entidades que lo componen. Esto se da en los procesos de arbitraje, al momento en que el tribunal arbitral encargado de dictar la resolución final, es decir, el laudo arbitral, ordena a la parte demandada el cumplimiento de la obligación líquida y exigible a la que se le condenó, pero si la parte demandada no cumple con pagar, se debe llevar a cabo una ejecución del laudo arbitral.

El Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala establece que, al momento de exigir la ejecución de un laudo arbitral, existe un plazo de 3 días para que se oponga o plantee excepciones la parte ejecutada. Pero, cuando se habla que la parte ejecutada es el Estado de Guatemala, quien lo representa es la Procuraduría General de la Nación. La Procuraduría General de la Nación rige su actuar con base en la Ley Orgánica del Ministerio Público, motivo por el cual existe controversia respecto a la interpretación de la norma y el cómputo de plazos para que el Estado se apersona ante un proceso en su contra.

Es importante hacer mención, para que no exista una antinomia, que fue a partir de las reformas a la Constitución Política de la República de 1993 que se creó la Procuraduría General de la Nación, pues anteriormente era el Ministerio Público a quien se le atribuían dichas funciones. Sin embargo, la Procuraduría carece de Ley orgánica, por lo que en la actualidad se rige por la Ley Orgánica del Ministerio Público establezca.

Las interrogantes a esta situación son: **(i)** ¿tiene el Estado de Guatemala la facultad de interpretar los plazos que estipulan las leyes a su conveniencia, con el fin de beneficiarse en el ámbito de la temporalidad en la contestación de la demanda del laudo arbitral?; y **(ii)** ¿dónde queda el derecho de igualdad y debido proceso de las partes, tanto jurídicas como individuales, ya sean Estatales o privadas?

II. Desarrollo

Para poder someter las controversias derivadas de un contrato a un proceso arbitral, basta con que en el mismo se incorpore una cláusula arbitral. La mayoría de los contratos que incorporan cláusula de arbitraje suelen ser entre entidades privadas en contratos mercantiles. Sin embargo, en los casos establecidos en la ley, el Estado de Guatemala también puede participar como parte en un arbitraje. Lo anterior, debido a que se deben realizar contratos mercantiles con entidades privadas para la realización de distintas obras, construcciones, prestación de servicios, entre otras.

En Guatemala, todas las contrataciones que se realicen con el Estado deben seguir los lineamientos establecidos por el Decreto 57-92 Ley de Contrataciones del Estado. Esta tiene por objeto regular las normas de compras, ventas, contrataciones, arrendamientos o cualquier otra modalidad de aplicación que realicen los Organismos del Estado, las entidades descentralizadas y autónomas, incluyendo municipalidades, empresas y cualquier otra organización o empresa que esté

conformada por aportaciones del Estado o que se administren o ejecuten con fondos públicos (Decreto 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, 1992).

La propia ley faculta a las partes que contraten con el Estado a estipular en el contrato una cláusula de arbitraje para resolver las futuras controversias que puedan suscitarse entre las mismas, derivadas del contrato pactado o bien, una cláusula compromisoria. Esto se encuentra regulado en el artículo 103 de la Ley citada con anterioridad, la cual establece:

“Si así lo acuerdan las partes, las controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la aplicación de la presente ley, se podrán someter a la jurisdicción arbitral mediante cláusula compromisoria o convenio arbitral. Toda controversia relativa al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la aplicación de la presente ley, se someterá a la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo o a la jurisdicción arbitral mediante cláusula compromisoria o convenio arbitral. No se podrá iniciar acción penal, sin la previa conclusión de la vía administrativa o del arbitraje” (Decreto 57-92 Ley de Contrataciones del Estado, 1992).

Al existir la controversia, la parte afectada debe realizar el procedimiento estipulado en el contrato pactado. En este caso, las partes en la cláusula arbitral y en la cláusula de equidad, según su autonomía de la voluntad, pueden decidir si se lleva a cabo en una institución (arbitraje institucional) o si quieren someterse a un arbitraje Ad-hoc y también a las normativas bajo las cuales quisieran someterse. Así mismo, por medio de la cláusula de equidad, decidirán qué derecho procesal y qué derecho de fondo van a aplicar.

Independientemente del tipo de arbitraje que hayan acordado, al concluirse, se procederá a dictar un laudo arbitral, el cual posee las mismas características que una sentencia de cualquier proceso, por lo que, ante la negativa de la parte demandada al cumplimiento de lo resuelto en el laudo arbitral, se puede seguir un proceso de ejecución de laudo arbitral ante los Juzgados de Primera Instancia Civil. Este proceso se encuentra regulado en el artículo 294 numeral 2 del Código Procesal Civil y Mercantil y el artículo 46 numeral 1 de la Ley de Arbitraje, teniendo como finalidad, obligar forzosamente a la parte ejecutada al cumplimiento de lo establecido en el laudo arbitral.

Luego que se plantee la Ejecución de Laudo, al dársele trámite a la misma, se le notifica a la parte ejecutada (en este caso al Estado) para que se pronuncie. Y es aquí en donde se genera un problema, que quizá pueda ser considerado como un beneficio o ventaja para el Estado, por el simple hecho de ser el Estado, ya que la ley que antecede regula en su artículo 18 lo siguiente:

“Las notificaciones que para contestación de demanda hubieren de hacerse al Procurador General de la Nación, se practicarán por medio de cédula, a la cual deberá acompañarse la copia o copias de ley. La cédula deberá ser entregada personalmente al Procurador General o al jefe de la Sección, y desde la fecha de la entrega, anotada por el notificador, comenzará a correr un lapso de quince días, a cuya terminación se considerará consumada la notificación. Sin embargo, el Procurador General puede darse por notificado en cualquier

momento dentro de ese lapso” (Decreto 40-94 Ley Orgánica del Ministerio Público, 1994, artículo 18).

El artículo citado con anterioridad ha causado mucha inconformidad e incluso, ha llegado a ser objeto de planteamiento de inconstitucionalidad por muchas partes que se sienten afectadas y en un plano “no igualitario”. Ello, debido a la forma en que la PGN ha decidido interpretar la siguiente parte del artículo: “La cédula deberá ser entregada personalmente al Procurador General o al jefe de la Sección, y desde la fecha de la entrega, anotada por el notificador, comenzará a correr un lapso de quince días, a cuya terminación se considerará consumada la notificación.” (Decreto 40-94 Ley Orgánica del Ministerio Público, 1994).

Al plantearse el Juicio Ejecutivo de laudo arbitral y admitirse a su trámite por el Juzgado competente, el artículo 48 numeral 3 de la Ley de Arbitraje establece que:

“De la ejecución planteada, el tribunal dará audiencia por tres días al ejecutado, quien únicamente podrá oponerse a la ejecución planteada, con base en la pendencia del recurso de revisión, siempre que se acredite documentalmente dicho extremo con el escrito de oposición” (Decreto 67-95 Ley de Arbitraje, 1995).

Este plazo únicamente puede ser utilizado por el ejecutado para oponerse o para plantear excepciones que ataquen la ineficacia del título, en este caso, el laudo arbitral.

En los procesos en los cuales la parte ejecutada es el Estado, quien lo representa es la Procuraduría General de la Nación (también podrá ser denominada como PGN), por lo que cuando son notificados de algún proceso en su contra, se rigen por la normativa y plazos establecidos en el Decreto 512 Ley Orgánica del Ministerio Público, tal y como ya se indicó.

Es menester indicar que en dicha ley se establece lo relativo al plazo que tiene el Estado para pronunciarse ante un proceso en su contra, estableciendo que al momento de ser notificado, 15 días después, la notificación quedará consumada. No obstante, la Procuraduría General de la Nación interpreta que, a pesar de que se les haya hecho la notificación, la misma no surte efectos sino hasta 15 días después que se realiza. Es hasta ese momento en el que ellos empiezan a contar los 3 días que el Estado tiene para hacer valer su derecho en los procesos de ejecución de laudos arbitrales. Por ende, ellos se adjudican un total de 18 días hábiles para hacer valer su derecho. De lo anterior, se desprende que la forma en que la PGN interpreta el artículo citado anteriormente es que se “automedican” 18 días para oponerse a la demanda, pues asumen que el plazo comienza a contar 15 días DESPUÉS de que la notificación es realizada. Al terminar esos 15 días, ya empiezan a contar los otros 3 días que se tiene para oponerse a la demanda, lo cual hace un total de 18 días que prácticamente se “automedican”, porque en ninguna parte del artículo se establece dicho plazo.

En ese orden de ideas, se puede establecer que existe una aplicación errónea de la ley, la cual están aplicando a su conveniencia, atribuyéndole un sentido o alcance que no le corresponde y esta aplicación indebida ocurre cuando, sin mediar un error de entendimiento sobre el significado de la norma, se aplica a un hecho o situación no previsto.

El pronunciamiento de la PGN respecto a lo anterior es que el Estado, por el simple hecho de ser el Estado, debe poseer un mínimo de garantías procesales tales como las que brinda la norma citada con anterioridad. Según la PGN, los intereses del Estado son de suma importancia y debido a lo anterior, las normas deben tener privilegios procesales valorando la situación de defensa jurídica del Estado y la defensa de intereses del mismo.

Así mismo, han sido de la postura que el Estado tiene muchas demandas en su contra y no solo de la ciudad capital, sino en todos los departamentos; por lo que la cantidad de trabajo es mucha, y el plazo que establece el artículo 18 citado resulta un trato distinto con justificación basada en que el Estado tiene una naturaleza distinta al resto de las personas.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto en el párrafo que antecede, la norma objetada reviste de lagunas de ley respecto al momento en el cual debería de empezar a contar el plazo de la PGN para oponerse a la ejecución de laudo arbitral. Cada tribunal ante el cual se presenta la demanda lo interpreta de forma distinta, a modo de llenar el vacío de ley que se genera; a tal punto que en los procesos de Ejecución de Laudo Arbitral debido a la incertidumbre en cuanto al plazo que se debe consignar para dar audiencia a la PGN, muchos tribunales han rechazado demandas. Ello, por considerar que se le debe fijar el plazo de 3 días u otros consideran que este debe ser de 18 días, y al consignar la parte ejecutante erróneamente ese plazo, se rechazan sus demandas.

La Corte de Constitucionalidad ha considerado que el plazo de 15 días “extras” que se “automedica” el Estado no debería de aplicarse en esa forma, y lo hace ver en la sentencia dictada dentro del expediente 2664-2011, al establecer que:

“Lo que está regulado es el plazo para que la notificación se considere consumada, es decir, si, después de recibida la cédula respectiva, transcurren quince días y no se objeta la misma, esta se considerará practicada (...) Es decir, que si bien el plazo que rige al Estado de Guatemala para que se dé legalmente por notificado sin que objete la cédula respectiva, es de quince días, también lo es que no se puede inobservar el término del emplazamiento establecido en el artículo 111 del Código Procesal Civil y Mercantil, norma aplicable al procedimiento ordinario como el que subyace al amparo” (Sentencia 1664-2011, 2011).

Lo anterior hace referencia a que el plazo de 15 días que establece el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, es aplicable únicamente para que la notificación quede consumada. En ningún momento debería de entenderse que es hasta 15 días después que queda realizada la notificación, sino que en el momento que se les entrega la notificación, al día siguiente debe empezar a correr el plazo de los 3 días que tiene el Estado de Guatemala, como ejecutado, para oponerse a la demanda.

Independientemente de la interpretación que le den al artículo o de lo que ya haya dicho la Corte de Constitucionalidad, la PGN se toma los 18 días para oponerse, lo cual genera las siguientes preguntas ¿Puede el Estado por el simple hecho de ser “El Estado” imponerse los plazos que quiera, a pesar de que los coloque en un plano de privilegiado, creando desigualdad con las demás partes? ¿Al automedicarse plazos y condiciones, está realmente velando el Estado por la justicia e igualdad en todos sus habitantes? ¿Existirá una causa válida por la cual el Estado tenga el privilegio de obtener un mayor plazo para oponerse a la demanda que el resto de las partes?

Considerando todo lo anteriormente expuesto, la respuesta lógica debería ser un rotundo “NO”, pues violenta a todas luces el derecho de igualdad y el de defensa contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala. La norma suprema regula lo relativo a la libertad y la igualdad al articular que:

“En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí” (Constitución Política de la República de Guatemala, 1993).

De lo anterior se desprende que al auto imponerse la PGN de forma injustificada un plazo de 18 días para oponerse a la demanda del Juicio Ejecutivo de laudo arbitral, siendo el plazo para cualquier otra entidad privada de 3 días, violenta todo lo regulado en el artículo constitucional citado en el párrafo que antecede, pues no se garantiza un derecho igualitario a todas las personas, sino que se pone en un plano privilegiado al Estado de Guatemala sin fundamento o justificación alguna.

Por otro lado, el artículo 12 de la Constitución hace mención al derecho de defensa, estableciendo lo siguiente:

“La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente” (Constitución Política de la República de Guatemala, 1993).

Otra obligación del Estado que es violentada por él mismo, pues otorga a una de las partes (el Estado) en el proceso en mención, 6 veces más del tiempo regulado para hacer valer sus derechos que el resto de las partes que deben regirse por el plazo regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil y la Ley de Arbitraje, es decir 3 días.

De todo lo expuesto en los párrafos que anteceden, es importante señalar que los deberes del Estado son: “garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”. Es decir que el Estado es el garante y el obligado a fiscalizar que todos los derechos de los habitantes sean ejercidos sin desigualdad alguna, de una forma libre y justa y sobre todo, brindarles seguridad jurídica. Esto quiere decir, sembrar en todos los habitantes de Guatemala, la confianza de que en el momento en que sus derechos lleguen a ser violentados o vulnerados por cualquier ente, institución o persona, serán restituidos en la medida de lo posible.

III. Conclusión

En los procesos de arbitraje que se siguen en contra del Estado de Guatemala las partes no tienen los mismos derechos y obligaciones. Lo anterior, de conformidad con los motivos que para el

efecto establece la Procuraduría General de la Nación, anteriormente expuestos. La PGN argumenta que el Estado de Guatemala debe contar con un *minimun* de garantías procesales, dentro de las que se encuentra la regulada en el artículo 18 del Decreto 512 del Congreso de la República, la cual es interpretada como un lapso de 15 días para los emplazamientos. Esto porque no solo en Guatemala, sino en otros países, se ha entendido que los intereses del Estado son muy importantes (aparentemente más que los intereses de los habitantes de este), por lo que la normativa se ha impregnado con especialidades, prerrogativas o privilegios procesales, valorando la situación de defensa jurídica del Estado.

La parte actora que demanda al Estado de Guatemala, dependiendo del proceso que se esté llevando, se ve vulnerada en cuanto a que no se cumple con el principio de igualdad que establece el artículo 4° de la Constitución Política de la República de Guatemala. Lo anterior debido a que, el Procurador General de la Nación tiene un plazo mayor para la consumación del efecto de las notificaciones. Esta es la razón por la que se considera que la interpretación que hace la Procuraduría General de la Nación del artículo controvertido concede privilegios irrazonables e injustificados, específicamente cuando se habla de un proceso judicial. Los procesos judiciales en Guatemala se rigen por distintos principios, dentro de los que resaltan la imparcialidad e igualdad entre las partes.

En tal virtud, una propuesta que se podría efectuar, es la de reformar a el artículo controvertido; fijando que desde el día siguiente que se realice la notificación a la PGN, empezará a correr el plazo del emplazamiento. Lo anterior llenaría la laguna de ley que existe actualmente en dicho artículo y ya no podría prestarse para distintas y confusas interpretaciones, pues sería claro al expresar el momento en que el plazo debe correr. De esta forma al momento en que el Estado sea ejecutado en una Ejecución de laudo arbitral, tendría los mismos derechos que el resto de las partes y no se violaría el derecho de igualdad y debido proceso.

Bibliografía

Constitución Política de la República de Guatemala. (1993). Asamblea Nacional Constituyente.

Decreto 40-94 Ley Orgánica del Ministerio Público. (3 de mayo de 1994). Diario de Centroamérica. Guatemala, Guatemala: Congreso de la República de Guatemala.

Decreto 57-92 Ley de Contrataciones del Estado. (5 de octubre de 1992). Diario de Centroamérica. Guatemala, Guatemala.

Decreto 67-95 Ley de Arbitraje. (16 de noviembre de 1995). Diario de Centroamérica. Guatemala, Guatemala : Congreso de la República de Guatemala.

Sentencia 1664-2011. (17 de noviembre de 2011). Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

El Arbitraje deportivo a la luz del TAS (Tribunal Arbitral du Sport)

Erika Urbina Echeverría¹

Resumen:

Parecerá curioso, pero el deporte, como cualquier otra actividad humana, establece una serie de relaciones y compromisos, que a la postre pueden generar conflictos, y lo mejor es que estos sean resueltos por jueces conocedores de regulaciones que están, a veces, fuera de los códigos tradicionales. Si bien siempre habrá una base legal común a las distintas modalidades de arbitraje, como es lógico, deben existir regulaciones específicas, como en el caso del arbitraje deportivo. El presente artículo pretende introducir el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS, por sus siglas en francés) y cómo esta organización ha desarrollado el arbitraje deportivo. Al analizar sus elementos, historia y distintos procedimientos se busca promover la discusión sobre este tipo de arbitraje tan poco conocido en el país.

Palabras clave:

Arbitraje; deporte; especificidad; tribunal; independencia; procedimiento de apelación; procedimiento ordinario.

Summary:

It may seem curious, but sport, like any other human activity, establishes a series of relationships and commitments, that may lead to conflicts and the best is for these disputes to be resolved by judges that know the regulations that are, sometimes, outside of the traditional codes. Although, there will always be a common legal basis for the different forms of arbitration, there must be specific rules, as in the case of sports arbitration. This article aims to introduce the Court of Arbitration of Sports (TAS, for its acronym in French) and how this organisation has developed the sports arbitration. By analysing its elements, history and different kind of procedures, the aim is to promote the discussion about this type of arbitration that is so little known in the country.

Key words:

Arbitration; sports; specificity; tribunal; independence; appeal procedure; ordinary procedure.

El arbitraje deportivo, surge a raíz de un vacío legal para el deporte. En sus inicios este era considerado como un hobby, por lo que los tribunales no se involucraban, sin embargo, poco a poco esta laguna dio paso a la creación del Tribunal de Arbitraje Deportivo.

El arbitraje deportivo se conforma por los siguientes elementos:

- a) Se trata de un procedimiento extrajudicial.

¹ Erika Urbina Echeverría es licenciada en derecho por la Universidad de Costa Rica, Asociada en el bufete Batalla y actual estudiante del FIFA Master (maestría internacional en administración, derecho y humanidades del deporte). País de residencia: Costa Rica.

- b) Se conoce sobre materia deportiva. Es este elemento en particular que otorga su especialidad a este tipo de arbitraje.
- c) Intervención de un tercero, independiente a las partes e imparcial para resolver la disputa.
- d) Las partes eligen los árbitros que conocerán la disputa.

Al respecto tomamos la definición de Javaloyes (2013) sobre el arbitraje deportivo, quien señala:

Institución de naturaleza jurídica privada, que tiene como finalidad solucionar en vía extrajudicial aquellos litigios que traigan causa de materia deportiva de libre disposición conforme a Derecho, que las partes, bien sean personas naturales o jurídicas, someten fruto de un acuerdo expreso a la decisión de un árbitro o árbitros, siendo esta de obligado cumplimiento. (p.43)

Asimismo, González de Cossío (2011) dice que el arbitraje deportivo “no se trata de un arbitraje cualquiera, el arbitraje deportivo es un área sui generis” (p.1017). El arbitraje deportivo surge de la necesidad de que existiera una jurisdicción competente y especializada para lidiar con los conflictos surgidos en el deporte. No basta con que los árbitros sean abogados, sino que es necesario que estos conozcan de la normativa para cada deporte, de manera que se resuelvan las disputas, de una manera justa, tomando en cuenta las particularidades del deporte.

Para poder comprender de dónde surge esta necesidad, de crear una vía alternativa a la jurisdicción ordinaria para la resolución de conflictos en el deporte hay que analizar la situación, en aquel momento.

En los años ochenta se dieron tres fenómenos que catapultaron la creación del Tribunal Arbitral del Deporte.

- El primero, el aumento en el número de litigios relacionados directa o indirectamente con el deporte, probablemente debido a la creciente profesionalización del deporte y sobre todo por los intereses económicos y comerciales que empezaron a entrar en juego.
- El segundo motivo, las decisiones de los juzgados nacionales que no consideraban, ni conocían la normativa deportiva.
- Por último, la ausencia de una autoridad competente e independiente especializada en la materia que pudiera pronunciarse de forma vinculatoria en el ámbito deportivo (TAS / CAS, s.f.).

Tomando en cuenta estos fenómenos que acaecían en el deporte, el Comité Olímpico Internacional, (en adelante “COI”), y más específicamente su presidente del momento, el señor Juan Antonio Samaranch², en 1981, tuvo la idea de crear una jurisdicción especializada en el deporte. Dicha idea fue tomada por el juez, senegalés, Kéba Mbaye, miembro del COI desde 1973 hasta 2002, quien formó un grupo de trabajo y junto con otros tres juristas moldeó la idea de Samaranch para, un año después, en la 85ª sesión del COI, en Roma (Italia) se introdujera el plan piloto del Tribunal Arbitral del Deporte y sus respectivos estatutos, basados en el derecho positivo del arbitraje comercial internacional.

² Juan Antonio Samaranch presidente del Comité Olímpico Internacional desde 1980 hasta el año 2001.

Entre las cosas que se pretendía con el Tribunal Arbitral del Deporte (en adelante el “TAS” por sus siglas en francés³), era ofrecer un diálogo entre las partes previo al arbitraje, de manera que se pudiera intentar resolver las disputas de una manera no litigiosa. Además, se pretendía que el COI cubriera los costos totales de los procedimientos, y que la jurisdicción del TAS no fuera impuesta de ninguna forma a los atletas o Asociaciones, sino que esta fuese una vía a la cual pudiera acudir, de manera libre, quien quisiera (TAS / CAS, s.f.).

Es así como en el año 1983, en la 86ª sesión del COI, en Nueva Delhi (India), se ratificaron los estatutos del TAS, los cuales entraron en vigor el 30 de junio de 1984. De modo que, bajo el mando del Juez Mbaye, el TAS inició funciones en esa misma fecha.

Los Estatutos del TAS se acompañaron de un Reglamento de Procedimientos, los cuales fueron levemente modificados en 1990. Bajo esta normativa el TAS se conformaba por sesenta miembros designados por los siguientes organismos:

- a) El COI
- b) Las Federaciones Internacionales
- c) Los Comités Olímpicos Nacionales

Así pues, cada uno nombraba quince miembros para hacer un total de cuarenta y cinco, y los restantes quince miembros los escogía el Presidente del COI, quien debía hacer su elección con personas que no formaran parte de ninguno de los organismos anteriores. De esta forma, se pretendía que el TAS tuviera una vasta representación de deportes y nacionalidades.

En sus primeros años, el TAS funcionó con dos tipos de procedimientos; uno *contencioso* que aplicaba a todas las materias, e iniciaba con una tentativa de conciliación que podía ser propuesta por alguna parte o por el Presidente del TAS cuando lo consideraba oportuno. Si no se llegaba a un acuerdo, se iniciaba el arbitraje; y otro *consultivo*, al cual podía acudir cualquier organismo deportivo o individuo involucrado en alguna actividad deportiva y en él se daba la oportunidad al TAS de manifestar su posición sobre asuntos legales concernientes al ámbito deportivo.

Debe indicarse, que, para estos primeros años, no hubo gran cantidad de casos presentados, pero como es lógico, lo novedoso se aborda con cautela.

Desde sus inicios, la estrecha relación entre el TAS y el COI fue cuestionada. ¿Y cómo no? Si entre el COI y el presidente del TAS, nombraban a la mitad de los árbitros del TAS (quince, cada uno). Además, para realizar modificaciones al Código del TAS, era necesario que se llevara a cabo, durante una sesión ordinaria del COI, la propuesta de su Comité Ejecutivo. Y ni mencionar que el COI era quien prácticamente, de manera exclusiva, financiaba al TAS.

Pues bien, el “*caso Gundel*”, marcó un precedente muy importante para el TAS y gracias a él, estos cuestionamientos encontraron una pronta solución.

³ Tribunal Arbitral du Sport. También se le puede llamar CAS, por sus siglas en inglés (Court of Arbitration for Sports). Tanto la abreviación TAS o CAS es aceptada, sin embargo, para efectos de este artículo, se usará: TAS.

El primer organismo deportivo internacional en incorporar la cláusula de sumisión al TAS, en sus estatutos, fue la Federación Internacional Ecuestre (FEI, por sus siglas en francés)⁴ y coincidentemente, fue un caso de este ente deportivo, el que puso por primera vez en tela de duda la imparcialidad del TAS.

En junio de 1991, Elmar Gundel, un jinete de nacionalidad alemana participó en una competencia ecuestre organizada por la FEI. Al finalizar la competición, su caballo fue elegido para someterse a la prueba de dopaje. Dicha prueba, al igual que su contra muestra, arrojaron un resultado adverso, por la presencia de un medicamento prohibido, que ayudaba al caballo a competir mejor. Por tales motivos, la FEI no dudó en sancionar tanto al caballo como a su jinete, según su normativa. Tanto Gundel como su caballo fueron descalificados de todas las competencias, organizadas por la FEI. En consecuencia, Gundel debió entregar todos los premios y trofeos ganados a la fecha. También, se le impuso una sanción de inhabilitación por el plazo de tres meses, así como una multa económica de CHF1.500 francos suizos.

El jinete, al no estar de acuerdo con dicha sanción, en apego a la cláusula de sumisión al TAS que tenían los estatutos de su Federación Deportiva, apeló la decisión. El único argumento que ayudó al jinete fue el hecho de que la FEI no había publicado un listado con las sustancias prohibidas, logrando un rebajo de la sanción. No obstante, la falta de prueba de la parte apelante confirmó que el dopaje era un hecho y el caballo compitió con una ventaja, en comparación a los demás, por lo que el TAS resolvió la apelación parcialmente con lugar.

Así, el TAS decidió revocar la resolución del 5 de diciembre de 1991, dictada por la FEI. En su lugar, emitió el laudo arbitral donde se descalificaba tanto al caballo como a su jinete de todas las competencias en las cuales formaron parte hasta la fecha del dopaje. Además de despojarlos de todos los títulos y premios obtenidos. Asimismo, sancionó al jinete con un mes de suspensión de todas las competencias internacionales y una multa económica de CHF1.000 francos suizos.

Pues bien, el laudo redujo la sanción impuesta inicialmente por la FEI, contra el jinete tanto en tiempo de sanción como en multa económica; sin embargo, lo más importante de esta decisión es lo que pasaría después.

Podría pensarse que la reducción de la suspensión del jinete se consideraría como una ganancia para él, sin embargo, no fue así. Gundel, no estuvo para nada satisfecho con lo resuelto por el TAS, por lo que decidió apelar nuevamente, esta vez, ante el Tribunal Federal Suizo, aduciendo razones de orden público.

Las apelaciones de laudos emitidos por el TAS no son comunes, al ser esta la última instancia para la resolución de conflictos en el deporte, sin embargo,

(...) dado que el TAS se encuentra ubicado en Lausana, Suiza, está apegado a la ley suiza, esta constituye su *lex arbitri* la cual determina la condiciones para apelar los laudos emitidos por el TAS. Lo que quiere decir, que sus laudos pueden ser apelados ante el Tribunal Federal Suizo, bajo muy estrictas condiciones y por razones muy limitadas, como lo son la falta de jurisdicción o la violación al orden público. (Reeb, 2004, p.649)

⁴ Fédération Equestre Internationale.

En este caso en particular, el jinete Gundel, apeló al orden público para cuestionar el laudo recibido.

Según el jinete, el Tribunal carecía de los elementos básicos para emitir un laudo arbitral válido. Gundel discutió la imparcialidad y la independencia del TAS, el talón de Aquiles de la entidad, al punto que cuestionó la veracidad del Tribunal.

El Tribunal Federal Suizo admitió el recurso, lo que hizo temblar a la jurisdicción creada por Samaranch y Mbaye. No obstante, el 15 de marzo de 1993, al rendir su decisión final, el Tribunal Federal Suizo admitió al TAS como un verdadero tribunal arbitral.

Al entrar a conocer los argumentos planteados por Gundel, se determinó que el TAS no es un órgano adscrito a la FEI, ni recibe órdenes de parte de ella, por lo que tiene total autonomía para decidir; de manera que ratificó, el laudo arbitral del TAS.

Sin embargo, el Tribunal Federal Suizo reconoció el íntimo vínculo entre el COI y el TAS, y enfatizó en la capacidad que este tenía para modificar sus propios estatutos, su gran poder de decisión dentro del TAS y su exclusividad para financiarlo. Ello, llamó la atención, en el sentido de, ¿qué pasaría si el COI formara parte de alguna disputa? En el caso Gundel era evidente que la FEI, no podía inferir en la decisión final, pero... ¿y si fuera el COI el demandado?

El mensaje fue claro, había que cortar el lazo entre una y otra entidad. Es decir, si realmente se quería dar credibilidad a esta jurisdicción deportiva, el manto protector del COI debía desaparecer.

I. La Reforma

Los comentarios del Tribunal Federal Suizo calaron fuerte en el TAS, y sobre todo en el COI. La creación del Tribunal Arbitral del Deporte fue un proyecto grande, en el cual se invirtió mucho tiempo y dinero, había que, a como diera lugar, disipar cualquier duda de imparcialidad para poder seguir trabajando de la mejor manera y con plena credibilidad para el mundo deportivo. Es así como el 22 de junio de 1994 se reunieron en París las más altas autoridades en el deporte, el COI, la Asociación de Federaciones Internacionales de Olimpiadas de Verano (ASOIF)⁵, la Asociación de Federaciones Internacionales Olímpicas de Deportes de Invierno (AIWF)⁶ y la Asociación de Comités Olímpicos Nacionales (ANOC)⁷ para firmar el Acuerdo concerniente a la constitución del Consejo Internacional de Arbitraje Deportivo (ICAS)⁸ también conocido como el “Acuerdo de París.”

En su preámbulo, se estableció que:

(...) con la intención de facilitar la resolución de disputas en el deporte, una institución llamada Tribunal Arbitral del Deporte (en adelante TAS) fue creada, y con el objetivo de

⁵ Por sus siglas en inglés, Association of Summer Olympic International Federations.

⁶ Por sus siglas en inglés, Association of International Olympic Winter Sports Federations.

⁷ Por sus siglas en inglés, Association of National Olympic Committees.

⁸ Por sus siglas en inglés, International Council of Arbitration for Sport.

asegurar la protección a los derechos de las partes ante el TAS y su absoluta independencia, se ha decidido crear una Fundación Internacional para el Arbitraje Deportivo, llamada Consejo Internacional de Arbitraje Deportivo (en adelante "ICAS") donde desde este momento el TAS se ubicará. (Reeb, 2004, p.767)

Con este Consejo, se pretendía que tanto la parte administrativa como la financiera salieran de las manos del COI.

El ICAS se constituyó bajo la figura legal de una fundación sujeta al derecho suizo, de conformidad con el capítulo tres del código civil suizo, es así como cuenta con personería jurídica propia. Inicialmente se conformó con doce miembros, de los cuales cuatro fueron nombrados por el COI, tres fueron nombrados por la ASOIF, uno por la AIWF y los restantes cuatro por la ANOC. Las partes acordaron que en la misma proporción en que nombraban (4/12, 3/12, 1/12 y 4/12), sería la cantidad que aportaría económicamente, para que el ICAS pudiera manejar las finanzas del TAS (Reeb, 2004). De este modo, el COI deduciría del monto que otorgaba a cada una de estas asociaciones, por concepto de derechos televisivos de las olimpiadas, el porcentaje correspondiente para el ICAS.

El 22 de noviembre de 1994, entró en vigor el Código de Arbitraje Deportivo reformado, con la nueva estructura del TAS.

Hoy en día el ICAS es el órgano supremo del TAS y su objetivo principal es el de salvaguardar su independencia y los derechos de las partes. Mediante veinte juristas de alto nivel, vigila la administración y el financiamiento del TAS. Además, es quien elige a los árbitros que integrarán el panel arbitral y quien debe aprobar el presupuesto anual del TAS.

En el año 2003 esta nueva estructura sería nuevamente evaluada por el Tribunal Federal Suizo. Las esquiadoras, rusas, Larissa Lazutina y Olga Danilova presentaron una apelación ante la Corte suiza por haber sido descalificadas, en un laudo del TAS, de una competencia en los Juegos Olímpicos de Invierno en la ciudad de Salt Lake. Los argumentos en esta apelación fueron los mismos que esbozó Gundel en 1991, la falta de imparcialidad e independencia del TAS.

El Tribunal Suizo examinó a profundidad la nueva estructura del TAS, y la creación del ICAS, cómo se había conformado y cómo se financiaba, y concluyó que:

El TAS no era un vasallo del COI y que era lo suficientemente independiente de él, como de todas las demás partes que solicitaban sus servicios, para las decisiones tomadas en casos donde se involucraba el COI, y considerarlas verdaderos laudos arbitrales, comparables con sentencias de un Tribunal de Estado. (Reeb, 2004, p.XXX)

Inclusive el Tribunal Federal Suizo fue más allá de no solo reconocer la independencia e imparcialidad del TAS, sino que lo alabó e hizo hincapié en el reconocimiento que había tenido el TAS en la comunidad deportiva, emitiendo varios comentarios como los siguientes:

(...) no parece existir ninguna otra alternativa viable a esta institución, que puede resolver disputas, internacionales, relacionadas con el deporte, de manera rápida y a bajo costo. (...)

El TAS, con su estructura actual puede indudablemente mejorar. (...) Habiendo ganado, gradualmente, la confianza del mundo deportivo, esta institución que es ya ampliamente conocida y que pronto cumplirá veinte años trabajando, se mantiene como uno de los principales pilares del deporte organizado. (Reeb, 2004, p. XXX)

Al día de hoy, las apelaciones de los laudos arbitrales emitidos por el TAS ante el Tribunal Federal Suizo, son mínimas. Proceden solo en casos excepcionales, por cuestiones de forma o violación al debido proceso. Su independencia e imparcialidad han dejado de ser su talón de Aquiles. Aunque a veces se le intente cuestionar, estos alegatos han sido rechazados de manera vehemente.

II. El funcionamiento del TAS

Mientras el ICAS se encarga de las tareas administrativas y financieras, el TAS, tiene la única misión de resolver las disputas relacionadas con el deporte. Ya sea mediante la división de apelaciones, la división ordinaria, la división anti-doping o bien, la de mediación. Los conflictos presentados ante el TAS serán asignados a la división correspondiente dependiendo de la naturaleza del litigio.

A la hora de escoger los árbitros que conocerán las disputas, se debe acudir a las listas publicadas en la página web del TAS. Existe una lista de árbitros para deportes en general, una lista exclusiva para árbitros dedicados al fútbol, una lista exclusiva para árbitros dedicados a dopaje, así como una lista de mediadores. De conformidad con el artículo S13 del Código de Arbitraje Deportivo, en estas listas no podrá haber menos de ciento cincuenta árbitros y cincuenta mediadores. Estas listas se conformarán por abogados con conocimientos del derecho deportivo y/o arbitraje internacional, que conozcan al menos uno de los idiomas oficiales del TAS. Además, se toma en cuenta la representación cultural y continental a la hora de hacer los nombramientos, los cuales serán por periodos de cuatro años, con posibilidad de ser renovados.

Los árbitros del TAS se deben al principio de confidencialidad y a la declaración firmada una vez que fueron elegidos. Dicha declaración los compromete a ejercer sus funciones de manera objetiva, independiente e imparcial (Artículo S18, Código de Arbitraje Deportivo, 2019).

La sede del TAS se encuentra en Lausana, Suiza, específicamente en el Castillo de Béthusy.⁹ Es ahí donde se realizan los arbitrajes, independientemente si es un arbitraje ordinario, de apelación, de dopaje o una mediación. Sin embargo, a petición de las partes la sede de la audiencia puede modificarse. Esto sucede normalmente, cuando ambas partes son del mismo país, o bien, del mismo continente y desplazarse hasta Suiza implica gastos mayores. Dicho cambio se debe solicitar mediante petición al Presidente del tribunal, si este ya ha sido conformado, de lo contrario la petición irá dirigida al Presidente de la división correspondiente. Debe quedar claro que, aunque la audiencia se realice en un país distinto, en el laudo arbitral siempre se consignará que fue dictado en Suiza; de esta forma, se preserva la aplicación del derecho privado suizo aplicable al TAS, así como la competencia territorial del Tribunal Federal Suizo.

En cuanto al idioma, el TAS tiene dos oficiales, el francés y el inglés (artículo R29, Código de Arbitraje Deportivo, 2019), por lo tanto, todos los escritos y documentos de prueba que se aporten

⁹ Château de Béthusy.

deben ir en alguno de estos idiomas, o bien, deben ser traducidos. Igualmente, las audiencias y los laudos se realizarán en uno de los idiomas oficiales, a menos que de común acuerdo, las partes elijan otro idioma. Como parte de la flexibilidad que acoge el procedimiento arbitral, si las partes así lo desearan y lo manifestaran al TAS, el proceso puede llevarse a cabo bajo otro idioma, siempre y cuando los árbitros escogidos tengan conocimiento de este.

Al igual que en los tribunales ordinarios, en el proceso arbitral existe la figura de la recusación en caso de que exista duda o sospecha sobre la independencia o imparcialidad de un árbitro. De acuerdo con el artículo R34, la solicitud de recusación debe presentarse en los siguientes siete días después de conocerse la causa que motiva dicha acción. En estos casos le corresponde a la Comisión de Cuestionamientos decidir sobre ella, una vez que haya conocido las posiciones de la otra parte, demás árbitros del panel y del propio árbitro recusado. Su decisión deberá ser siempre motivada.

III. El procedimiento arbitral de apelación

De conformidad el artículo S20, del Código de Arbitraje Deportivo, el procedimiento arbitral de apelación se aplica para “resolver disputas resultantes de decisiones tomadas por federaciones, asociaciones u otros organismos deportivos, siempre y cuando sus estatutos o normativa prevean la jurisdicción del TAS o bien haya una cláusula arbitral que así lo indique” (artículo S20, Código de Arbitraje Deportivo, 2019). Como se verá a continuación, el procedimiento es realmente sencillo y flexible. Se ajusta a las necesidades del deporte en cuanto a plazos y conocimiento de la materia.

Para iniciar el proceso arbitral de apelación, el apelante debe presentar ante el TAS lo que se conoce como la “declaración de apelación.” En este primer contacto con el TAS, la documentación presentada debe indicar: el nombre completo y dirección exacta del demandado, las pretensiones del apelante, nombramiento del árbitro de su escogencia, o bien, solicitud de árbitro único, para que el Presidente de la División determine si lo acepta o no. Además, se debe adjuntar una copia de la decisión que se está recurriendo, así como copia de la normativa o del acuerdo arbitral que prevé la aplicación del TAS como instancia. Como último requisito se debe realizar el pago de mil francos suizos, correspondientes a los derechos de la oficina del TAS. Dicho monto no es reembolsable. Si por algún motivo alguna de las formalidades anteriores no fuera satisfecha, el TAS fijará un breve plazo para que el apelante pueda subsanar el defecto (artículo R48, Código de Arbitraje Deportivo, 2019).

De conformidad con el artículo R49 del Código de Arbitraje, se establece que se tiene un plazo de veintiún días tras haber sido notificados para presentar su apelación ante el TAS. En caso de presentarse pasados los veintiún días, el Presidente de la división no iniciará el procedimiento arbitral y así lo notificará a la parte.

Esta declaración de apelación es normalmente un documento breve donde se anuncia que habrá una apelación y así se cumple con el plazo indicado, y a partir de ahí corre un nuevo plazo de diez días para presentar la motivación de la apelación, también denominado como la “memoria de apelación”. En este documento, la parte debe incluir un recuento detallado de los hechos, su fundamento jurídico, medios probatorios que se pretenden utilizar y aportar toda la prueba

documental que se tenga, así como una indicación de los testigos y un breve resumen sobre a lo que se referirá cada uno.

Ahora bien, es posible que la declaración de apelación sea a la vez la memoria de apelación, en virtud de que el apelante incorpora toda la información necesaria, hechos, pretensión, prueba, fundamento legal, nombramiento de árbitro, etc., por lo que en el plazo de los diez días solo debe informarle al TAS que desea que su declaración de apelación sea tomada como su memoria de apelación. Si por algún motivo no se cumpliera con este plazo, se tomará por retirado el recurso. Una vez recibida la documentación anterior, el TAS revisará que se hayan cumplido los requisitos de forma. De ser así, se dará traslado a la parte demandada.

La parte demandada tendrá un plazo de diez días para nombrar al árbitro de su elección. Si no se cumple con este plazo, le corresponderá al Presidente de la división elegir el árbitro restante del panel arbitral (artículo R53, Código de Arbitraje Deportivo, 2019).

A partir de la notificación de la solicitud de apelación, la parte demandada tendrá veinte días para dar a conocer su posición. Deberá contestar cada uno de los hechos, indicar sus medios probatorios; además, de haber testigos, se deberá indicar el nombre completo y un breve resumen sobre a lo que se referirán. Sumado a ello, este es el momento para presentar cualquier excepción de falta de legitimación o competencia que se crea conveniente.

Es importante rescatar que si la parte demandada decidiera ignorar el proceso y dejara transcurrir el plazo, el mismo continuará y se emitirá un laudo que igualmente le será notificado en el momento procesal oportuno.

Una vez que la parte demandada designa árbitro, el presidente de la división procederá a nombrar al Presidente del panel.

Presentada la memoria de apelación y contestación de esta, si no hubiese más aspectos previos, se tendrá por cerrado el expediente, en el sentido de que no se podrán agregar escritos complementarios o nueva prueba. Así tal cual, se enviará el expediente al panel arbitral para su análisis. De considerarse que en el expediente cuenta con los elementos suficientes para resolver la disputa, el panel podrá prescindir de la audiencia y tomar una decisión. Sin embargo, si alguna de las partes solicita que se realice la audiencia, lo usual es que el panel lo acepte. Es posible, además, que, aunque las partes no soliciten la audiencia, el panel decida convocarla dependiendo de la complejidad del caso.

Las audiencias se llevan a cabo, por lo general, en las oficinas del TAS, salvo solicitud expresa de alguna de las partes. Estas son a puerta cerrada y grabadas. Como parte de la flexibilidad que conlleva el proceso, en ocasiones por imposibilidad de algún testigo de viajar, se podrá recibir su testimonio vía conferencia telefónica. Asimismo, ha sido posible con la venia de las partes, que un árbitro del panel asista a la audiencia vía conferencia telefónica, lo anterior solo en casos de fuerza mayor.

Es importante mencionar que el TAS tiene plenos poderes para revisar y analizar los hechos y fundamento jurídico de una decisión apelada y podrá reemplazar dicha decisión e inclusive

anularla y reenviarla a la instancia correspondiente (artículo R57, Código de Arbitraje Deportivo, 2019). Lo anterior, en virtud de que los casos que se presentan al TAS son tratados como *ex novo*, lo que quiere decir que, pese a que se está apelando una decisión, el TAS conoce el caso, como si fuera nuevo, contemplando la decisión existente, pero no se limita a ella.

En cuanto al derecho aplicable para la rendición del laudo, el artículo R58, establece que el panel arbitral deberá resolver de acuerdo con los reglamentos aplicables (se recibe una copia de estos con la declaración de apelación) y subsidiariamente se utilizan las normas del derecho elegido por las partes. En caso de no indicarse qué normas legales usar, se aplicará el derecho suizo.

La decisión final se tomará por mayoría de votos, en el TAS no existe el voto salvado. El laudo deberá emitirse en los tres meses siguientes a la audiencia y será de manera escrita, motivado, con fecha cierta y deberá estar firmado. Previo a su notificación, este pasa por revisión de la Secretaría General para verificar que se cumpla con los requisitos de forma. En algunas situaciones, dada la urgencia del caso se podrá notificar el por tanto de la decisión a las partes, y posteriormente se enviarán los argumentos que motivaron dicha decisión.

Como ya se ha mencionado anteriormente, el TAS es la última instancia para la resolución de conflictos en el deporte, sin embargo, sus laudos pueden ser apelados ante el Tribunal Federal Suizo, bajo dos condiciones: 1.- que se aleguen violaciones de tipo formal; y 2.- que se presente en el plazo de treinta días posteriores a la notificación de la decisión. Recurrir al Tribunal Federal Suizo no es común, por lo que el laudo será definitivo y vinculante una vez transcurridos los treinta días.

IV. Otros procedimientos del TAS

El *procedimiento ordinario*, conoce sobre disputas comerciales y contractuales (por ejemplo, de patrocinio, derechos de imagen o laborales) al igual que el de apelación, es realmente sencillo. Se inicia con la solicitud de arbitraje, el cual es presentado por el demandante ante la Secretaría del TAS. Esta solicitud debe contener el nombre y la dirección de las partes implicadas, una breve descripción de los hechos y fundamento legal, pretensiones, copia del contrato donde se encuentre la cláusula arbitral que habilite el uso de este procedimiento e indicación del tipo de panel arbitral que se desea, ya sea por medio de un árbitro único, o bien, un tribunal, que en dicho caso deberán nominar al árbitro de su elección (artículo R38, Código de Arbitraje Deportivo, 2019). Además, se deberá realizar un depósito de mil francos suizos por concepto de los derechos de la oficina del TAS.

Es importante destacar que esta primera documentación no es el alegato principal, es simplemente el inicio del procedimiento, por lo que no es necesario aportar prueba o mencionar quiénes serán los testigos. En esta instancia lo primordial es dejar bien establecidas las pretensiones.

Una vez recibida la solicitud de arbitraje completa (en caso de que no lo esté se dará un plazo para subsanar) el TAS le dará trámite y remitirá la solicitud de arbitraje a la contraparte.

El demandado deberá contestar la solicitud de arbitraje con una breve descripción de su defensa, indicar cualquier excepción de competencia y en caso de así desearlo contrademandar. Si este último fuera el caso, el TAS, podrá acumular ambos procesos.

Al tratarse de un procedimiento arbitral, las partes de mutuo acuerdo pueden acordar, entre otros, el derecho aplicable y la resolución por medio de un árbitro único o un panel arbitral, el idioma, e incluso proponer un lugar distinto a la sede del TAS para la audiencia.

Sin lugar a duda, de nombrarse un Árbitro Único los costos del procedimiento bajan considerablemente y puede inclusive ser más rápido por no tener que coordinar con otros árbitros. No obstante, esta no siempre es una opción viable, depende de la complejidad de cada caso. Cuando se realiza con un panel arbitral, la parte demandante propone a su árbitro, la parte demandada propone al suyo y una vez nombrados los árbitros por las partes, estos árbitros nombran al de dicho tribunal. Igual sucede, cuando hay pluralidad de partes. Todos los demandantes deben ponerse de acuerdo y elegir un árbitro, así como los demandados, el panel siempre se conformará por tres árbitros, independientemente de la cantidad de partes. Sin embargo, si las partes no logran ponerse de acuerdo, o bien, los árbitros para designar, será el presidente de la división ordinaria el que hará el nombramiento respectivo (artículo R40.2, Código de Arbitraje Deportivo, 2019).

En el procedimiento ordinario, así como en el de apelación, existe la posibilidad de la intervención de terceros. Lo anterior, porque las partes así lo soliciten en su solicitud de arbitraje, o bien, en la contestación, para lo cual deberá presentar una copia extra de su documentación e indicar dónde notificar a este tercero. También es posible que el tercero quiera formar parte del proceso por cuenta propia. En esta situación, la parte interesada deberá presentar una solicitud de adición al proceso, la cual será enviada a las partes para que manifiesten su anuencia o no a la participación de este tercero.

Una vez definidas las partes, la composición del panel y el litigio planteado, el proceso se divide en dos fases. La primera es la parte escrita y la segunda, solo de ser necesaria, sería la parte oral o la audiencia.

La instrucción escrita es el momento procesal en el cual la parte demandante y demandada presentan su alegato principal, aquí debe incluir toda la prueba que pretende utilizar, e inclusive pueden agregarse argumentos que no habían sido mencionados en la solicitud de arbitraje o en su contestación. La parte demandada contestará de la misma manera y podrá haber hasta réplica y dúplica (artículo R44.1, Código de Arbitraje Deportivo, 2019).

Si el Tribunal considera que con la prueba documental y los escritos recibidos es suficiente para decidir, se podrá prescindir de la audiencia. En estos casos los árbitros resuelven vía telefónica. De lo contrario, sería una única reunión privada, que al igual que en el proceso de apelación, para aminorar costos o por imposibilidad de asistencia justificada, podrá realizarse por medio de video conferencia o conferencia telefónica.

Después de haberse realizado la audiencia, no se aceptará que se agreguen más argumentos o prueba al expediente y el Tribunal entrará a deliberar. Sus laudos son adoptados por mayoría,

deberán ser por escrito, con fecha cierta, con un breve razonamiento de su decisión y firmado. Igual que en el proceso de apelación, este será revisado por la Secretaría General del TAS, para rectificaciones de forma. Dependiendo de la urgencia que conlleve el caso, podrá notificarse primero el por tanto y después su razonamiento (artículo R46, Código de Arbitraje Deportivo, 2019). El mismo entrará en vigor y será vinculante para las partes una vez que los argumentos que sustenten la decisión final sean notificados.

Ahora bien, el procedimiento ordinario puede tardar de entre 6 a 10 meses hasta culminar, sin embargo, en cualquier fase del proceso, las partes podrán conciliar y dar por terminado el litigio.

Otro procedimiento con que cuenta el TAS es la *mediación*. Este procedimiento se regula en un reglamento separado dedicado exclusivamente a la mediación, el cual se define como “un procedimiento no obligatorio e informal, que sustenta en un acuerdo de mediación, en el cual cada parte se compromete, de buena fe, a negociar con la otra parte la forma de resolver un litigio de naturaleza deportiva” (artículo 1, Reglas de Mediación del TAS, 2016).

La mediación es un procedimiento por el cual las partes buscan solucionar un problema por medio de la ayuda de un tercero, según Black, (2003) especialmente es “muy apropiada para dirimir conflictos comerciales o financieros y sus consecuencias, por ejemplo, la pérdida de un patrocinio” (p.71). El TAS ofrece mediadores especialistas en el deporte con experiencia negociadora para resolver disputas en el contexto deportivo. Este mediador sirve como facilitador para llevar a las partes a un acuerdo amistoso. Además, para llegar a un acuerdo se tiene un plazo de noventa días. Si la mediación es exitosa, las partes deberán ejecutar el acuerdo por su propia voluntad, aunque, si, por el contrario, la mediación fracasa se podrá acudir a un tribunal de arbitraje o a la jurisdicción ordinaria, eso depende de las partes.

Por último, el TAS ofrece la “*División Ad-Hoc*”. Esta división, es una opción de arbitraje veloz, creada para eventos deportivos específicos, que requieren de resoluciones rápidas y oportunas. Su éxito ha estado en los Juegos Olímpicos.

Los paneles ad hoc se conforman bajo la tutela del artículo S6, inciso 9) del Código de Arbitraje Deportivo. Así pues, para cada Juego Olímpico la Junta Directiva del ICAS elegirá los árbitros que conformarán la división Ad-Hoc. Este panel iniciará sus funciones desde diez días antes de iniciar los juegos olímpicos para resolver cualquier disputa de elegibilidad de los atletas y continúan con su trabajo hasta finalizar el torneo. No puede quedar ninguna disputa sin resolver, ya que todas las medallas deben quedar asignadas una vez terminados los juegos, y para esto se ha establecido un reglamento que regula este procedimiento (Reglamento de Arbitraje para Juegos Olímpicos, 2003). En 24 horas se deberán resolver las controversias, en casos excepcionales se podrá ampliar el plazo a 48 horas, pero siempre deberá apegarse al debido proceso.

Los casos llevados por medio de la división Ad-Hoc, son justos y contradictorios, donde se explota el principio de oralidad, inmediatez y concentración. En virtud de que todas las partes se encuentran hospedadas en la Villa Olímpica, las notificaciones pueden realizarse a mano, o bien, vía correo electrónico. La idea es poder resolver lo antes posible, pero dándole la opción a las partes de presentar sus argumentos y defenderse. La gran mayoría de disputas conocidas por

esta división corresponden a la admisibilidad a los juegos, algunos casos son ligados a resultados deportivos en las competiciones y en el menor de los casos por dopaje.

Prueba de la efectividad y credibilidad de esta división son los números que dejó la edición pasada de los Juegos Olímpicos. En Río 2016, se conocieron un total de 28 casos, estableciendo un nuevo récord, superando los 15 casos de Sídney 2000 (Comunicado de prensa, CAS división Ad Hoc Juegos Olímpicos, 2016).

El TAS surgió de la necesidad de evitar las cortes nacionales y de defender la especificidad del deporte. En sus 36 años de vida, este Tribunal ha enfrentado obstáculos de credibilidad e independencia, pero además le ha tocado adaptarse.

A manera de conclusión, todo cambio representa temores y reservas, es natural. El TAS es testimonio de ello. Desde su creación tuvo que enfrentarse a cuestionamientos sobre su independencia y su financiamiento. El caso Gundel obligó al TAS a reformarse y además a convencer, a las federaciones internacionales y a los atletas, de su competencia para dirimir las disputas deportivas, que cada día iban en aumento. Prueba de su éxito ha sido la cantidad de casos que han conocido las distintas divisiones del TAS y el prestigio con el que hoy en día se habla del tribunal. En sus treinta y seis años de vida, el TAS ha sabido adaptarse a esta industria que se encuentra en constante reinvención y será interesante ver como se ajusta y anticipa a los conflictos del futuro.

Bibliografía

- Black, I. (2003). *The Court of Arbitration for Sport: An international forum for settling disputes effectively within the family of sport* (Vol. 2).
- Caivano, R. (n.d.). El Arbitraje: Nociones introductorias. Retrieved from <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>
- CAS División Ad Hoc. (2016, 21 de agosto). *Olympic Games Rio de Janeiro 2016* [Comunicado de Prensa].
- Código Civil Suizo (1907).
- Código de Arbitraje Deportivo (2019).
- Echeverría, M. (2010). Corte Arbitral de Deportes (CAS) el mecanismo moderno para la resolución de disputas en el fútbol profesional. *Foro Jurídico*, (11).
- González de Cossío, F. (2011). (3er ed.). Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- Javaloyes, V. (2013). *El régimen jurídico del Tribunal Arbitral del Deporte* (Tesis Doctoral, Universitat de Leida, 2013). Catalunya.
- López, J. (2015, 27 de julio). *Disputes Resolution in International Sport Law. Internal Federative Legal Proceedings*. Conferencia impartida en el Summer Program International and comparative sports law, Barcelona.
- Ortega, R. (2014, julio - diciembre). Arbitraje jurídico deportivo. *Diálogos Y Saberes*, (41).
- Pauly, A. (n.d.). Arbitrajes más efectivos y eficientes. *El Foro*, (17).
- Reeb, M. (2004). *Digest of CAS Awards III 2001-2003*. Kluwer Law International.
- Reglamento de Arbitraje para Juegos Olímpicos (2003).
- Reglas de mediación del TAS (2016).
- TAS / CAS, s.f.. Tribunal Arbitral Du Sport / Court of Arbitration for Sport. [En línea] Available at: <https://www.tas-cas.org/en/general-information/history-of-the-cas.html> [Último acceso: 29 noviembre 2015].

“El Tamaño de la Piedra Angular”: Alcances de la voluntad de las partes

Pedro Francisco Canales Flores¹

Resumen:

“La piedra angular” es una frase recurrente dentro de la doctrina, utilizada para referirse al convenio arbitral: la máxima expresión de la voluntad de las partes. El presente artículo procura descomponer los elementos de esa “piedra angular”, en el sentido de abrir al lector un abanico comprensible de conocimientos y, sobre todo, proponer un punto de vista crítico, que sirva como base de debate y análisis sobre el tema. Serán analizadas de igual manera, las implicaciones y los efectos que tiene la celebración del convenio arbitral, para de esa manera lograr un análisis integral del tema.

Palabras clave:

Arbitraje; convenio arbitral; cláusula arbitral; voluntad de las partes; piedra angular.

Abstract:

"The cornerstone" is a recurring phrase within the doctrine, used to refer to the arbitration agreement: the maximum expression of the will of parties. This article tries to break down the elements of this “cornerstone”, in the sense of opening to the reader an understandable range of knowledge, and above all, proposing a critical point of view, which serves as a base for debate and analysis of the subject. In the same way, the implications and effects of the celebration of the arbitration agreement will be analyzed, in order to achieve a comprehensive analysis of the issue.

Key Words:

Arbitration; arbitration agreement; arbitration clause; will of parties; cornerstone.

I. INTRODUCCIÓN

El convenio arbitral² es, en su origen, una convención privada entre las partes (Gonzales Campos, 1975), pero cuya finalidad y materialización acarrea efectos de predominante carácter procesal. En consecuencia, podemos extraer una doble funcionalidad y aplicación de esta manifestación de la voluntad de las partes; es decir, en su nacimiento contractual, las partes disponen someter sus conflictos presentes o futuros ante un tribunal arbitral y en su desarrollo procesal, las partes determinan los aspectos adjetivos propios del proceso.

¹ Pedro Francisco Canales Flores. Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Asistente Legal en Mayora & Mayora, S.C. Honduras.

² Para efectos del presente artículo, se entenderá por “convenio arbitral”, “acuerdo arbitral” o similares, todo pacto mediante el cual las partes han convenido someter sus controversias a un tribunal arbitral, pudiendo adoptar la forma de cláusula incluida dentro del contrato, acuerdo o convenio independiente, intercambio de cartas, sumisión tácita y cualquier otro medio lícito en el que se determina dotar las facultades de arbitrajes a los árbitros.

Entonces, encontramos que el convenio arbitral goza de una naturaleza híbrida (Artuch Iriberry, 1997), y efectos en temporalidades contractuales distintas. Reviste de su naturaleza contractual sustantiva al momento de la concepción del acuerdo o contrato; y un carácter procesal, posterior al nacimiento de la relación contractual, pero que se materializa al momento de surgir una controversia.

Indistintamente, en ambos momentos de la relación jurídica, el acuerdo mediante el cual las partes manifiestan su compromiso de acudir a esta vía alternativa de solucionar conflictos, es originado y delimitado únicamente por la voluntad de las partes. Es decir, sus alcances serán determinados por las partes, dentro de las restricciones previstas por la ley (Hérmendez Fraga, 2012).

De esa manera llegamos al límite de la extensión y alcance de la autonomía de la voluntad de las partes. Si bien es cierto son las partes en el ejercicio de su libertad de contratación quienes determinan las características adjetivas y sustantivas del arbitraje, esta a su vez se encuentra “supralimitada” por el poder público, mediante el cual el Estado, dentro del ejercicio de su soberanía, determina que tipo de derechos o acciones pueden ser susceptibles de arbitraje, es decir, la arbitrabilidad objetiva (Castillo Freyre, Sabroso Minaya, Chipana Catalán, & Castro Zapata, 2019).

En ese sentido, recordemos que el arbitraje es un método heterocompositivo con efectos de cosa juzgada, en el que se ventila la tutela de derechos. El Estado, en el cumplimiento de su deber jurídico fundamental de respetar y garantizar los mismos, debe proveer de sistemas y recursos efectivos para ampararlos. El arbitraje, a pesar de ser un proceso privado, no es la excepción, pues su efectividad debe coexistir de manera armónica con la administración ordinaria de justicia, de manera que, tanto la jurisdicción tradicional como la arbitral, constituyan mecanismos efectivos e idóneos. De esa manera se logra forjar uno de los pilares básicos y fundamentales del Estado de Derecho (Caso Mohamed Vs Argentina, 2012), en el marco del acceso a la justicia.

De esta manera, habiendo planteado el contexto y bases cognitivas para el tema a tratar: ¿Cuáles son los alcances que puede tener la voluntad de las partes manifestada a través del convenio arbitral, dentro de los límites preestablecidos de lo que es arbitrable? Dicho de una manera filosófica: ¿De qué tamaño puede ser la piedra angular y cuánto la deja crecer la naturaleza?

II. EFECTOS DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

Utilizando una metodología inductiva, en esta sección se analizará brevemente las implicaciones jurídicas para las partes que han celebrado un convenio arbitral, lo que nos permitirá conocer las consecuencias para tener una mejor comprensión de sus alcances y un panorama claro de los corolarios, al momento de activarse los MASC³.

Obligatoriedad del pacto

Sin lugar a dudas, el primer y quizás más importante efecto del convenio arbitral, y de los contratos en general, es que “lo pactado entre las partes, es ley para ellas”. En tal sentido, Castañeda (2015) muy acertadamente afirma que:

³ MASC: Método(s) alterno(s) de solución de controversias.

“El contrato tiene su simiente en el acuerdo de voluntades. Una vez creado, perfeccionado con todos sus elementos y requisitos, produce efectos que no quedan al arbitrio de las partes, sino por el contrario, se cumplen en atención al orden público; conforme a la ley; a lo acordado en las cláusulas; o en consonancia con las normas preceptivas, imperativas o supletorias; también se consideran los usos y la buena fe.” (Castañeda Rivas, 2015, pág. 7).

En ese orden de ideas, un convenio arbitral individual, refiriéndonos a aquel que, por virtud del principio de separabilidad, se manifiesta como un documento distinto al contrato principal, al ser un contrato en sí mismo⁴ deberá ser cumplido a cabalidad, tal como fue pactado y en sus propios términos.

Por otro lado, un convenio arbitral cuya naturaleza se manifiesta como una sumisión tácita, es decir, cuando sin existir un convenio arbitral previo a la controversia, una de las partes decide interponer una acción ante un tribunal arbitral y la otra parte muestra su consentimiento al darle continuidad al proceso sin oponerse, podemos entender que la parte que se sometió se obliga a cumplir todos los elementos objetivos y subjetivos que la naturaleza del proceso requiere.

Otra forma que suele adoptar el convenio arbitral, quizás la más recurrente, es la cláusula arbitral o compromisoria que, al estar contenida dentro de un contrato, se concibe con la misma obligatoriedad que todo el documento. Independientemente de la forma que adopte el acuerdo de arbitraje, debe quedar claro que su cumplimiento es obligatorio para las partes, al igual que el resto del contrato, pero con una particularidad de suma importancia: su autonomía.

Autonomía del convenio

Una vez planteadas las formas más usuales que adopta un acuerdo de arbitraje, llegando al evidente desenlace que los contratos son ley entre las partes y su cumplimiento imperativamente obligatorio, nos encontramos con una característica esencial para el convenio. La autonomía es una idea concebida como un principio (Kassis, 1993) en la gran mayoría de legislaciones; ya que, presenta una validez y efectos diferenciados respecto a aquellos del contrato del que trae causa (Artuch Iriberry, 1997).

La autonomía es el efecto que constituye la razón práctica de la existencia del convenio, es decir, que es considerado como un pacto independiente y que puede continuar existiendo cuando, por cualquier razón, han finalizado los efectos del contrato (Texaco-Calasiatic contra Gobierno de Libia, 1977). De igual manera, el principio⁵ supone que, en una posible anulación del contrato principal, el convenio persistiría.

De esta manera, es casi una tendencia en los modelos legislativos que la manera de desistir la voluntad de las partes en un convenio arbitral cuyo efecto deriva en la autonomía del convenio; es

⁴ El convenio arbitral que adopta la forma de un documento separado del contrato principal, debe considerarse como un contrato accesorio: un contrato de sumisión arbitral.

⁵ Goldman (1969) afirmó que la autonomía del convenio ha sido calificada como norma material del Derecho internacional privado que impide que el convenio, sea cual sea la norma de conflicto aplicable quede sometido a la *lex contractus*.

mediante una nueva manifestación de dicha voluntad, es decir, celebrando un nuevo acuerdo en el que renuncian a la jurisdicción arbitral facultada con anterioridad⁶ o aceptando sin oposición otra jurisdicción⁷. En consecuencia, un convenio arbitral celebrado válidamente y con plenos efectos legales, solo puede ser anulado de la misma manera en que fue concebido: con la voluntad de las partes.

Competence-Competence

Siendo el convenio arbitral una fracción autónoma de la relación jurídica, también dota a los árbitros de la facultad para decidir sobre su propia competencia. Es decir, en una última instancia recae en ellos decidir sobre la validez, efectividad y aplicabilidad del convenio mismo.

Por un lado, en caso de una posible impugnación, si esta versara sobre la invalidez de la cláusula, corresponderá al tribunal arbitral conocer sobre ella; y por otro, si lo que se impugna es el contrato que contiene una cláusula arbitral, los árbitros están facultados para aislar la cláusula, por el principio de autonomía del convenio, y conocer de su competencia (Artuch Iriberry, 1997). Poniendo sobre la mesa ambos principios, cabe destacar que, la autonomía del convenio se refiere a un plano contractual, sustantivo y, el principio *competence-competence*, a una cuestión procesal de competencia de los árbitros (David, 1982).

Cumplimiento obligatorio del laudo

El último efecto para considerar, que también es la conclusión del proceso arbitral en primera instancia, radica en que las partes, al haber acordado de buena fe someterse a una decisión arbitral y, a sabiendas que esta decisión tiene efectos de cosa juzgada y la posibilidad de ser ejecutable, se encuentran compelidas a acatar el fallo emitido.

De esta manera, la facultad que tienen los árbitros de adoptar decisiones vinculantes, es un pilar fundamental en la noción del arbitraje. Es lo que distingue al arbitraje como MASC de los procedimientos autocompositivos, cuyo objetivo consiste en lograr una transacción negociada entre las partes (Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006).

Cabe destacar que la práctica comercial⁸ y las relaciones contractuales en general, se basan en la buena fe de los contratantes y su impetuoso deseo de alcanzar los objetivos por los cuales contratan. Por otro lado, en el ejercicio de la actividad comercial es natural que surjan conflictos entre las partes; por ello, el deseo de someterse a una jurisdicción no convencional, expedita, especializada y confidencial, lleva de la mano la intención de acatar el fallo que en ella se emita, sin perjuicio que antes de pronunciado el laudo, puedan llegar a un acuerdo amistoso.

⁶ Ver, por ejemplo: Ley de Conciliación y Arbitraje (Honduras, Decreto 161-2000), artículo 41; Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje (El Salvador, Decreto 914), artículo 32; Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (Perú, DL. N 1071), artículo 18.

⁷ Ver, por ejemplo: Ley de Arbitraje (Guatemala, Decreto 67-95), artículo 11; Ley 1563 (Colombia, año 2012), artículo 21.

⁸ Donde nace la concepción moderna del arbitraje y donde tiene más auge de aplicación.

III. ALCANCES DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN EL CONVENIO ARBITRAL

Es necesario haber comprendido los efectos que conlleva la celebración de un convenio arbitral, para poder entender de una manera efectiva y funcional la responsabilidad que recae en las partes al momento de ejercer su autonomía de voluntad y someterse a dicha jurisdicción. En caso de presentarse un conflicto, es importante asegurarse que los términos en que se haya redactado el acuerdo, sean adecuados para dar cumplimiento a su voluntad (Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006).

En el arbitraje institucional, las cláusulas modelo suelen tener estructuras similares, partiendo de qué disputa será arbitrable, lo que recurrentemente suele ser redactado como “Cualquier disputa o controversia que surja de este contrato, incluyendo su interpretación, validez o terminación...”; seguidamente de la mención del proceso “... será resuelta mediante arbitraje/será resuelta mediante el procedimiento arbitral...”; y se complementa con la especificación de las reglas procesales de la sede institucional “... bajo las reglas de *X Centro*/de acuerdo con el reglamento de *X Centro*/bajo la administración y reglas de *X Centro*.”.

El uso de estas cláusulas, como parte de la naturaleza autónoma de la voluntad de las partes, permite acordar otros elementos que las partes estimen convenientes, en el sentido que, como su nombre lo indica, son “modelos” que sirven de guía para las partes, en el afán de brindar seguridad jurídica a los usuarios que pretenden dirimir sus conflictos mediante arbitraje. En su defecto, los reglamentos de los centros de arbitraje suelen establecer normas supletorias a la voluntad de las partes, lo que se traduciría como que esta voluntad se manifiesta en el sentido de someter las especificaciones procesales adicionales a las reglas de la institución a la cual se someten, por indicarlo así la cláusula.

Llegando a este punto, y habiendo considerado las repercusiones futuras que recaen sobre un convenio arbitral, podemos determinar que la voluntad de las partes no se limita únicamente a escoger someterse al arbitraje, sino también a la determinación de lo que será arbitrable⁹ y todas las especificaciones procesales en caso de presentarse una disidencia.

Entonces, algunos temas que pueden someterse a la voluntad de las partes son:

a. La controversia arbitrable:

Las partes pueden establecer si desean limitar las facultades del tribunal arbitral a cuestiones de interpretación, terminación, validez, existencia o incumplimiento del contrato; si extienden sus alcances a cuestiones que no se deriven directamente del contrato; e incluso, en algunas legislaciones, si el laudo emitido en primera instancia puede ser a su vez arbitrable, por acordar que otro tribunal arbitral sea el encargado de conocer su posible impugnación.

⁹ Como se planteó en la introducción del presente artículo, la determinación de lo arbitrable para las partes, a su vez se encuentra supralimitada por lo que el poder público establezca como arbitrable; una concepción clásica suele ser que “es arbitrable todo aquello que pueda ser objeto de transacción” (Castillo Freyre, Sabroso Minaya, Chipana Catalán, & Castro Zapata, 2019).

b. Arbitraje Institucional o Ad-hoc:

El arbitraje ad-hoc es quizás la forma más pura de la voluntad de las partes, pues en él, “las partes tienen la libertad para negociar y establecer las normas procesales que resultarán aplicables, siempre que con arreglo a estas, reciban un trato equitativo y se le brinde a cada una la oportunidad razonable de exponer su postura” (Redfern, Hunter, Blackaby, & Partasides, 2006, pág. 114). Por otro lado, el arbitraje institucional permite a las partes escoger someterse a reglas procesales ya establecidas por una institución que se dedique a administrar arbitrajes.

c. El centro institucional:

Las partes suelen identificar con anterioridad qué institución puede brindar un servicio adecuado a sus necesidades. Suelen decantarse por el Centro que cuente con elementos apropiados para sus intereses, tales como el costo del proceso, su lista de árbitros, la ubicación geográfica del Centro, la afinidad y satisfacción con su reglamento, la disponibilidad de infraestructura adecuada y la posibilidad de ejecutar el laudo una vez que este haya sido emitido.

d. El tipo de arbitraje:

Siendo los más habituales:

- i. Arbitraje en derecho, el cual se caracteriza por resolver la disputa en base a las normas jurídicas aplicables al caso.
- ii. Arbitraje técnico, cuyo fallo recaerá según las especificaciones técnicas pertinentes a la controversia, propias a una materia específica y ajena a las ciencias jurídicas.
- iii. Arbitraje en equidad, mediante el cual los árbitros toman una decisión basados en su experiencia y lo que consideran justo.

e. Los árbitros:

El alcance de la voluntad de los intervinientes se extiende a tal punto que estos pueden escoger específicamente a las personas que estiman capaces para dirimir su controversia, evidentemente sin sobrepasar los límites de la ética o capacidad jurídica que puedan derivar en una futura recusación. Lo anterior podría verse limitado en caso de tratarse de un arbitraje institucional, ya que algunos Centros requieren que la persona seleccionada forme parte de la lista de árbitros de dicha institución.

- i. La cantidad de árbitros. Es una tendencia casi universal que el número de árbitros no sea par, con el objetivo de evitar decisiones divididas. Una práctica recurrente suele ser que, cuando se trata de un tribunal compuesto por tres árbitros, como se mencionó en el párrafo anterior, cada parte selecciona a un árbitro y el tercero es seleccionado por el centro institucional o por los árbitros electos por las partes.
- ii. La especialización de los árbitros. Las partes pueden solicitar que la persona que dirima su controversia sea especialista en alguna materia específica, oportunamente, sobre la que versa el conflicto, siendo de especial énfasis cuando se trata de arbitrajes técnicos.

- iii. El idioma de los árbitros. Además de ser una persona experta en la materia, también pueden requerir que el o los árbitros puedan comprender a la perfección el idioma o los idiomas de las partes.

De igual manera, pueden existir otras especificaciones subjetivas, que si bien es cierto no aparentan ser útiles al proceso de solución del conflicto, no hay normas que prohíban a las partes establecerlas. Un ejemplo podría ser la residencia del árbitro, para evitar inconvenientes relativos al desplazamiento que este deba hacer hacia el lugar del arbitraje y sus respectivas diligencias.

f. El idioma:

Especialmente en arbitrajes internacionales, sean comerciales, de inversión o cualquier otra materia, a pesar que lo habitual es que el idioma del arbitraje sea el mismo que el del contrato o las partes. Adicional a ello, en contratos internacionales suele suscribirse el documento en dos idiomas, en caso de ser necesario, siendo que ambos tienen la misma validez.

g. Derecho aplicable:

Quizás el punto más importante en cuanto a la resolución sustantiva del conflicto. El derecho que rige la capacidad de las partes y el derecho del lugar donde el contrato surte efectos, son algunos de los más utilizados por los puntos de conexión entre las legislaciones con la controversia y cuando existen elementos de internacionalidad en la relación contractual. Por otro lado, la implementación de normas como los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, desligan la legislación doméstica y se orientan más hacia las prácticas y reglas generales en los contratos mercantiles internacionales.

La voluntad de las partes puede manifestarse de una manera tan amplia, que puede ser permitido que el derecho aplicable al contrato sea uno y, que el convenio arbitral se rija por otro distinto, siempre y cuando se designe adecuadamente en el contenido del acuerdo.

h. Cuestiones procesales

Este apartado aplica tanto para acuerdos de arbitraje institucionales, como para arbitrajes ad-hoc, los cuales, por su misma naturaleza deben contemplar imperativamente los aspectos adjetivos del proceso. En ese orden de ideas, siempre y cuando no se incurra en afectaciones al orden público, se puede disponer de ciertos elementos en relación a las normas que regirán la sustancia procesal del método resolutivo:

- i. En un arbitraje ad-hoc, las partes pueden estipular las normas adjetivas en su totalidad o adherirse a un conjunto de reglas procesales propias de alguna entidad o Centro, sin la necesidad de someterse a su supervisión.
- ii. En caso de seleccionar normas preestablecidas por alguna entidad, y estas carecen de algún elemento que las partes consideren pertinente, pueden adicionarlo en la cláusula compromisoria o convenio.
- iii. Las partes pueden apartarse de algún elemento contenido en el reglamento del Centro que han seleccionado para someter su controversia.

IV. CONCLUSIÓN

Sin lugar a dudas, la voluntad de las partes es el elemento esencial de toda relación contractual, y con mayor especificidad en las relaciones arbitrales, pues de esta manera se concreta la intención de las partes en dirimir sus controversias de la manera que ellas mismas estimen adecuado.

El arbitraje se encuentra en constante evolución, y como tal, ha adquirido un mayor auge con el paso del tiempo gracias a sus muchos beneficios, siendo uno de ellos, la posibilidad que tienen las partes para disponer sobre la manera de solventar los conflictos, cuestión de la cual la justicia tradicional carece por oponerse a su esencia público-estatal. Sin embargo, la coexistencia de ambos mecanismos promueve una tutela efectiva del ejercicio del derecho de acceso a la justicia, imperante en cualquier estado de derecho.

La voluntad de las partes, manifestada a través de un convenio arbitral no se limita únicamente a seleccionar el proceso alternativo como el idóneo para resolver las controversias presentes o futuras entre las partes, sino también, en la posibilidad de escoger cualquier otro aspecto sustantivo o procesal que permita a las partes fabricarse a sí mismas un recurso ideal y efectivo que tutele sus derechos, siempre y cuando estas medidas no se opongan a las normas de orden público nacional e internacional.

- *El convenio arbitral es la piedra angular del arbitraje, y la herramienta mediante la cual se materializa la voluntad de las partes.*

BIBLIOGRAFÍA

- Artuch Iriberry, E. (1997). *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Madrid: Eurolex.
- Caso Mohamed vs Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 23 de Noviembre de 2012).
- Castañeda Rivas, M. L. (2015). El principio pacta sunt servanda y la cláusula rebus sic stantibus en el sistema normativo mexicano, iusinternacional y comparado. *Tohil, Revista Jurídica de la Facultad de Derecho*, 7-39.
- Castillo Freyre, M., Sabroso Minaya, R., Chipana Catalán, J., & Castro Zapata, L. (2019). Materias susceptibles de arbitraje. *Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas*, 187-211.
- David, R. (1982). *L'arbitrage dans le commerce international*. Paris: Economica.
- Goldman, B. (1969). *Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international*. Travaux.
- Gonzales Campos, J. (1975). *Sobre el convenio de arbitraje en Derecho internacional privado español*. Navarra: Universidad de Navarra.
- Hernández Fraga, K. (2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, 27-46.
- Kassis, A. (1993). *Le nouveau Droit Européen des contrats internationaux*. Paris: L.G.D.J.
- Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., & Partasides, C. (2006). *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Texaco-Calasiatic contra Gobierno de Libia (Tribunal Arbitral Ad-hoc 19 de enero de 1977).

Exclusión de abogados en el arbitraje comercial internacional Entre la integridad del proceso, y el exceso de autoridad

Ignacio Jorge Tasende Iturvide¹

Resumen:

El incremento de casos de arbitraje comercial internacional deriva en que se presenten continuamente nuevos problemas y complejidades a cuya solución debe arribarse, en ocasiones, en ausencia de norma expresa al respecto. Esa deuda está presente, entre otros casos, tratándose de supuestos de conflictos de interés en los abogados, que patrocinan a una de las Partes en un arbitraje comercial internacional. Excede el propósito de este trabajo, analizar la problemática vinculada a los conflictos de interés. Se analizará, sin embargo, si a la luz de la normativa vigente es posible excluir a un abogado de un arbitraje.

Palabras clave:

Remoción de abogados; poderes inherentes; debido proceso; arbitraje comercial; laudos; ejecutabilidad.

Abstract:

The growing number of commercial arbitration cases means that new problems and complexities are constantly arising, which must sometimes be solved in the absence of an express rule on the matter. This debt is present, among other cases, in cases of conflicts of interest in lawyers, who represent one of the parties in an international commercial arbitration. It exceeds the purpose of this paper to analyze the problems related to conflicts of interest. However, it will be discussed whether it is possible to exclude a lawyer from an arbitration in the light of the applicable laws.

Key words:

Exclusion of counsel; inherent powers; due process; commercial arbitration; awards; enforceability.

I. INTRODUCCIÓN

En mundo globalizado en el que impera un constante aumento de negocios y transacciones internacionales, las posibilidades de que acaezcan disputas, son muchas. De hecho, la aparición de la pandemia del virus COVID-19, derivó en que ese riesgo, que siempre está latente, aumente considerablemente, tanto respecto de litigios tradicionales como también de arbitrajes comerciales internacionales y, asimismo –por las medidas que la pandemia llevó a los Estados a adoptar— arbitrajes de inversión.

¹ Ignacio Jorge Tasende Iturvide. Dr. en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de la República, Uruguay. Posgrado en Derecho Financiero, University of California, Berkeley. Asistente Legal, Ministerio de Economía y Finanzas, Uruguay. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Procesal, Universidad de la República, Uruguay. Miembro del Club Español del Arbitraje y Alumni Arbitraje. Reside en la República Oriental del Uruguay.

En ese contexto, es menester destacar la existencia de despachos de abogados internacionales, con cientos y/o miles de profesionales, y sedes a lo largo de todo el mundo, cuyo trabajo acapara muchas de las disputas más trascendentes.

La realidad señalada deriva en que no sea extraña la existencia de hipótesis de conflictos de interés, en función de que un abogado representa a una Parte, en una controversia en la que la contraparte fue representada o asesorada, en otro asunto, por el despacho que ese abogado integra.

El éxito de las alegaciones de conflicto de interés depende, naturalmente, de la adecuación o no del marco fáctico a la normativa aplicable. La existencia de barreras tendientes a eliminar esos conflictos (“*chinese walls*”), así como el hecho de que el asesoramiento o representación anterior haya sido brindado por una oficina con sede en otra ciudad o país, son circunstancias de vital importancia a la hora de determinar la configuración o inexistencia del alegado conflicto.

Sin embargo, no está tan claro si, efectivamente, es posible que un Tribunal arbitral excluya a un abogado de un procedimiento.

En efecto, dicha medida está dotada de un grado de incertidumbre, en función de dos factores. En primer lugar, fruto de la probable inexistencia de normativa habilitante al respecto. En segundo lugar, por su parte, dado el grave riesgo de que el laudo a dictarse no sea reconocible ni ejecutable, por posibles violaciones a principios procesales (tanto si se excluyó al abogado, como en el caso de que ello no ocurra).

A continuación, se abordarán las distintas particularidades que este problema representa, con especial énfasis en la teoría de los “poderes inherentes” de los árbitros.

II. ¿QUÉ NOS DICEN LOS REGLAMENTOS DE ARBITRAJE?

La principal dificultad, al momento de abordar este problema, es la inexistencia de normativa que verse sobre la posibilidad de remover abogados, cuando existan hipótesis de conflictos de interés en los que estos se vean implicados.

En efecto, uno de los Reglamentos de arbitraje más importantes, el Reglamento de Arbitraje de la *United Nations Commission on International Trade Law* –UNCITRAL (1976, revisado en 2010 y 2013), se ocupa del conflicto de interés de los árbitros, no así de los abogados. Dicha circunstancia se repite respecto del Reglamento del *Singapore International Arbitration Centre* –SIAC (2016), así como del Reglamento de la *American Arbitration Association* –AAA (1997), y del Reglamento de la *Permanent Court of Arbitration* –PCA (2012). Las leyes de arbitraje, por su parte, tampoco arrojan luz al asunto.

Constituye una excepción a esta regla, lo dispuesto por el Reglamento de la *London Court of International Arbitration* –LCIA (2014), que prevé una posible solución al problema. El Artículo 18.4 del Reglamento de la LCIA, establece:

El Tribunal Arbitral podrá denegar la aprobación de cualquier cambio o adición que se pretenda hacer, respecto de los representantes legales de una parte, cuando dicho cambio o adición pueda comprometer la composición del Tribunal Arbitral, o la firmeza de cualquier laudo (por motivos de posible conflicto u otro impedimento similar) (...).² (Reglamento LCIA, Art. 18.4).

Esa no es, sin embargo, la hipótesis aquí planteada, puesto que allí no hay estrictamente una remoción del abogado. Por el contrario, lo que allí se prevé es la posibilidad de que el Tribunal arbitral no apruebe modificaciones relacionadas con la representación de Parte, cuando las mismas afecten la composición del Tribunal.

Resta observar lo dispuesto por los instrumentos de *soft law*. Sin perjuicio de los casos en que las Partes, en uso de su autonomía privada, pacten su aplicación, se trata de disposiciones no vinculantes para un Tribunal arbitral. No obstante, en ocasiones constituyen las mejores prácticas en la materia, erigiéndose en guías sumamente útiles para los árbitros.

Las Directrices sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional, de la *International Bar Association* –IBA (2014), regulan, específicamente, la situación de los árbitros, no previendo el conflicto de interés del abogado.

Por su parte, las Directrices sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional (2013), de la misma institución, disponen en la Directriz 5, que: “Una vez constituido el Tribunal Arbitral, una persona no debe aceptar la representación de una Parte en el arbitraje si existe una relación entre dicha persona y un Árbitro que crearía un conflicto de intereses”. (Directrices IBA sobre Representación de Parte, Dir. 5).

Asimismo, la Directriz 6 establece: “En caso de violación a la Directriz 5, el Tribunal Arbitral podrá tomar las medidas apropiadas para salvaguardar la integridad del procedimiento, incluso impidiendo la participación del nuevo Representante en todo o en parte del procedimiento arbitral”. (Directrices IBA sobre Representación de Parte, Dir. 6).

Como la lectura de ambas disposiciones demuestra, se prevé expresamente la posibilidad de que el Tribunal, en hipótesis de conflictos de interés, excluya a un representante legal del procedimiento. Se trata de disposiciones sumamente relevantes, que constituyen un avance ante el vacío normativo existente.

Sin embargo, las dificultades persisten, en la medida en que la disposición alude a los conflictos de interés existentes entre los representantes legales y los árbitros, y no entre los representantes legales y la contraparte.

En razón de lo expuesto, en hipótesis donde el conflicto de interés existente sea entre el representante legal de una Parte y la contraparte, y no sea aplicable el Reglamento LCIA (i), o en

² Texto original: “*The Arbitral Tribunal may withhold approval of any intended change, or addition, to a party’s legal representatives where such change or addition could compromise the composition of the Arbitral Tribunal or the finality of any award (on the grounds of possible conflict, or other, like impediment)*”. (Reglamento LCIA, art. 18.4).

las que aplique pero no se trate de hipótesis de modificación de representación (ii), la normativa no ofrece una solución expresa.

Por ello, se vuelve imperioso examinar la naturaleza de la función ejercida por los árbitros y determinar el alcance de sus facultades, a efectos de establecer una solución concluyente.

III. ACERCA DE LOS PODERES INHERENTES E IMPLÍCITOS DE LOS ÁRBITROS

(i) La exclusión de los abogados es un poder vedado a los árbitros

Cada ordenamiento establece un mecanismo determinado a efectos de resolver los conflictos de interés. En algunos sistemas “son las cortes estatales, las responsables de impedir la participación de abogados, por razones de conflictos de interés”. (Talecris Biotherapeutics, v. Baxter, 2007) En otras, por su parte, son los Colegios de Abogados los encargados de iniciar los procedimientos a efectos de determinar responsabilidades disciplinarias, que pueden indirectamente forzar al abogado a no continuar con la representación.

En ocasiones, resulta complejo determinar la ley aplicable a los conflictos de interés. Sin embargo, en este trabajo se abordará, en concreto, si los árbitros cuentan con un poder particular, derivado de la naturaleza de la función que ejercen, que les permita excluir a abogados, ante la existencia de conflictos de interés.

Reconocidas autoridades han señalado que “la autoridad de los tribunales arbitrales para aplicar y hacer cumplir las normas de conducta profesional es incierta” (Born, 2014, p. 2881), no existiendo una postura unánime al respecto, pese a que, en principio, sería natural que quienes más conocimiento tienen sobre el caso sean quienes resuelvan este tipo de incidentes.

La jurisprudencia arbitral, anteriormente, confirmaba esta realidad, siendo muchos los casos en que los Tribunales entendieron no ser competentes para remover a un abogado. Los argumentos históricamente esgrimidos han sido la falta de competencia otorgada por la cláusula arbitral, o la no arbitrabilidad de esos conflictos, incluso con prescindencia del acuerdo. Esa tendencia también se refleja en la jurisprudencia estatal. En ese orden, las Cortes estatales han establecido que las normas sobre conducta profesional de los abogados involucran “intereses y políticas públicas fundamentales que deben reservarse a los tribunales”. (N.W. Nat’l Ins. v. Insko, 2011)

En ese orden, autoridades han señalado que la función de los árbitros no implica el control de la conducta de los representantes legales en el proceso arbitral, sino la resolución de disputas entre las partes. (Paulsson, 1992, p. 214)

Otros Tribunales han adoptado posturas más mesuradas, estableciendo que las controversias relativas a conflictos de interés de los abogados pueden ser resueltas por los Tribunales arbitrales sólo cuando se trate de circunstancias excepcionales, justificadas “a efectos de salvaguardar la integridad del proceso arbitral, sobre la base de que dicha integridad estaría comprometida si no procediera la exclusión”. (Rompetrol v. Romania, 2010)

En definitiva, para algunas autoridades, la exclusión de abogados significa sólido ejercicio de autoridad. Ello, podría devenir en la ineficacia *ex post* del laudo arbitral, en virtud de la afectación de principios y garantías procesales. Por ello, sugieren que sean las Cortes estatales quienes puedan tomar una medida de tal naturaleza.

Esta posición, por tanto, exigiría que, ante supuestos de conflictos de interés, se espere la resolución de una Corte estatal, previa prosecución del proceso arbitral.

(ii) *La exclusión de los abogados es un poder inherente o implícito de los árbitros*

Por otra parte, autoridades afirman que los árbitros cuentan con poderes inherentes o implícitos. En efecto, en ocasiones se presentan situaciones no reguladas por las normas aplicables, ni previstas por las Partes. Ello resulta lógico, en tanto es difícil anticipar todas las contingencias posibles en un arbitraje. Sería, además, contrario a la naturaleza y el funcionamiento de los negocios.

Sin embargo, es necesario delimitar con precisión el alcance de estos poderes o facultades, puesto que un exceso de autoridad puede derivar en que *a posteriori* el laudo sea inejecutable ante una Corte estatal.

La existencia de poderes inherentes o implícitos, nació siglos atrás, como una potestad propia de los Tribunales estatales. (Pushaw Jr., 2001, p. 800). En la actualidad, se trata de una práctica más que consolidada, pues los Tribunales estatales suelen invocar estas atribuciones para justificar su intervención en una variedad de asuntos, como aquellos que afectan a la integridad de un procedimiento. Esta realidad, además, dejó de ser propia de los Tribunales del *common law* y comenzó a ser replicada en otros sistemas legales.

Estos poderes de los Tribunales estatales, deben verse como “el corolario lógico de la naturaleza judicial de los órganos, y de su deber de asegurar una buena administración de justicia”. (Gaeta, 2003, p. 364).

En lo que respecta a la situación del arbitraje comercial internacional, tal y como se mencionó anteriormente, no existe regulación expresa al respecto. Sin embargo, las leyes y Reglamentos de arbitraje, suelen otorgar cierta discrecionalidad a los Tribunales en la dirección del proceso.

A modo de ejemplo de lo que puede constituir un indicio de que estos poderes son trasladables a los árbitros, la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, enmendada en 2006), establece en su artículo 19.2: “A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado (...)”. (Ley Modelo UNCITRAL, art. 19.2).

Así, se ha ido expandiendo en la comunidad arbitral la idea de que los árbitros tienen poderes inherentes o implícitos, cuyo ejercicio derivó en que, bajo algunas legislaciones, pasen a constituirse en poderes explícitos, generando tranquilidad en los árbitros a la hora de tomar decisiones.

En lo que concretamente respecta a las conductas inapropiadas de los abogados, como la intervención en procedimientos arbitrales en los que tienen un conflicto de interés con la contraparte, el argumento sustancial que usualmente es invocado por los árbitros para justificar la remoción de aquellos, es la existencia de una amenaza a la integridad del procedimiento arbitral, lo que justificaría, entonces, que utilicen esos poderes inherentes o implícitos a esos efectos. En relación a las conductas inapropiadas de los abogados, el argumento usualmente invocado por los árbitros para fundar su remoción, es que su presencia constituye una amenaza a la integridad del procedimiento. Así, la intervención de abogados en arbitrajes, existiendo un conflicto de interés con la contraparte, justificaría que los árbitros utilicen esos poderes inherentes o implícitos para excluirlos.

En materia de arbitraje de inversiones, un Tribunal determinó que el abogado de una de las Partes estaba impedido de intervenir en el procedimiento por existir un conflicto de interés con el árbitro, y argumentó estar dotado de poderes inherentes a su función que justifican su autoridad para tomar esa decisión. (*Hrvatska v. Slovenia*, 2008) El Tribunal estableció, sin embargo, el estándar aplicable al ejercicio de este poder: la medida o moderación, estando prohibido su uso excesivo e ilimitado.

En el Reporte de la *International Law Association* –ILA (2014), en la Conferencia de Washington, se estableció una escala de tres niveles, a efectos de analizar los poderes inherentes o implícitos de los árbitros.

En primer lugar, se señala que existen una suerte de facultades implícitas en el acuerdo arbitral y en los demás instrumentos que rigen el arbitraje (*i*). Sin embargo, el hecho de que el acuerdo arbitral, así como la ley y/o Reglamento aplicables, dispongan que el Tribunal debe dirigir el procedimiento con eficiencia, no alcanza para justificar una decisión tan drástica como la remoción del abogado. En todo caso, debería establecerse que el Tribunal puede tomar todas las decisiones necesarias para eliminar cualquier conflicto de interés entre los abogados. Como se analizó, sin embargo, no existe normativa que lo establezca y las Partes no suelen considerar dichas contingencias.

En un segundo plano, se establece que los árbitros gozan de una facultad discrecional general sobre el procedimiento en ausencia de prohibición expresa (*ii*). No es esta, sin embargo, la hipótesis que se discute, sino que se trata, por ejemplo, de decisiones que versan sobre la admisión de prueba, determinaciones sobre el examen de los testigos o imposición de costos. Cuando no haya normas prohibitivas al respecto, los Tribunales estarían autorizados a tomar decisiones con discrecionalidad sobre esos asuntos.

En tercer lugar, se establece una tercera categoría, residual, que abarca a todas las situaciones no comprendidas por normas o poderes implícitos. En esta categoría, se afirma que hay unos poderes verdaderamente inherentes (*iii*). Esos poderes, son necesarios para salvaguardar la integridad del procedimiento arbitral, amenazado cuando un letrado actúe en representación de una Parte, existiendo un notorio conflicto de interés con la contraparte.

Se trata de “facultades tan fundamentales para la función del arbitraje que podrían ser más propiamente denominados como deberes arbitrales, cuyo cumplimiento es una función necesaria

al servir como árbitro”. (Reporte ILA, 2014, p. 17) De hecho, en ocasiones, el ejercicio de esos poderes por parte de los árbitros está justificado en tanto mecanismo para velar por el orden público internacional. (Hanotiau, 2003, p. 285)

Por su parte, si la actuación de un abogado, deriva en un conflicto de interés, las Cortes estatales podrían considerar que el orden público internacional fue transgredido. Ello constituye, por tanto, otra justificación de los poderes inherentes de los árbitros. (Hwang y Lim, 2011, p. 16).

En definitiva, la existencia de los poderes inherentes y la posibilidad de aprovecharse de los mismos para remover abogados cuya intervención en el proceso arbitral origina un conflicto de interés puede justificarse “en un principio de eficiencia, prevención de abuso de derecho del abogado, y preservación de la autonomía de las partes” (Živělová, 2013, p. 23), así como en la necesidad de preservar la función jurisdiccional de los árbitros.

IV. TRAZANDO LOS LÍMITES PARA ASEGURAR LA EFICACIA DEL LAUDO

Existe un principio general en el derecho internacional de los derechos humanos según el cual cada persona tiene un derecho fundamental a ser defendida por un abogado de su propia elección. (Davis, 2009, p. 25). La exclusión del abogado, naturalmente, puede transgredir el derecho de las Partes a elegir libremente a su representado. (Farid, 2013, p. 171).

Sin embargo, los derechos no son absolutos, y pueden ser limitados por Tribunales en aras de preservar otros derechos tan importantes como la integridad de un procedimiento arbitral. En efecto, la remoción de un abogado no impide que la Parte pueda elegir otro –sin perjuicio de que podría existir una relación de confianza con el abogado removido, o con su estudio, que sería deseable, para la Parte, conservar. Por el contrario, permitir la representación por parte de un abogado que cuenta con información confidencial de la Parte contraria, puede conducir a consecuencias tan perjudiciales como irreversibles, perdiendo el proceso arbitral toda razón de ser.

Por ello, sería absurdo que, en ausencia de norma expresa, se entendiera que un Tribunal arbitral está vedado de impedir lo que es necesario impedir, es decir, la continuación de un procedimiento injusto para una de las Partes, transgrediendo el principio de igualdad procesal –elemento integrante del debido proceso, así como el deber de los árbitros de lograr un laudo ejecutable.

Es dable entender, en ese sentido, que los árbitros efectivamente cuentan con un poder inherente a la naturaleza de la función que ocupan, para tomar medidas en esos asuntos, como la remoción del abogado que causa el conflicto.

El eje sustancial de la discusión no debe ser, entonces, si los árbitros pueden remover abogados de un procedimiento. Por el contrario, lo esencial es determinar cuál es el estándar aplicable a la hora de evaluar si procede la remoción.

Se discrepa con el argumento de que la exclusión de los abogados es una facultad exclusiva de las Cortes estatales o los Colegios de Abogados, bajo el argumento de que las normas de conducta profesional de los abogados involucrarían políticas públicas e intereses que trascienden al arbitraje. En efecto, si una labor más que trascendente para la democracia y el Estado de Derecho, como lo es la resolución de controversias, es encomendada a los árbitros, bajo una lógica de “quien puede

lo más, puede lo menos”, también estos tendrían la potestad de tomar medidas de menor trascendencia que el dictado de un laudo, como es la remoción de abogados.

La figura del árbitro presenta grandes similitudes con la del magistrado y el árbitro fallaría en sus principales objetivos, aquellos cuya consecución le encargaron las Partes, al consentir dirimir una disputa mediante arbitraje. Precisamente, en ese consentimiento está ínsita la idea de que el árbitro tomará todas las medidas necesarias para evitar que el procedimiento se desvirtúe, tornándose totalmente inútil para la obtención del efecto cuyo logro pretendieron las Partes. La remoción del abogado se trata, en definitiva, de un atributo de la jurisdicción que los propios interesados acordaron al árbitro.

La consecuencia de que se permita un arbitraje en el que los árbitros están vedados de impedir que la integridad del procedimiento se vea amenazada, es que aquél pierda su razón de ser.

En ese mismo sentido, algunos autores, incluso, han ponderado el derecho a la libre elección del representante legal con el derecho a un proceso íntegro, estimando más importante este último. En efecto, se ha señalado que “*el derecho de las partes a un juicio justo, tiene prioridad sobre el derecho a elegir un abogado*”. (Dimolitsa, 2011, p. 84)

Sin embargo, el alcance de la autoridad del árbitro puede ser controlado por la cultura jurídica de la autoridad estatal supervisora. (Allsop, 2013, p. 7) Y dicha supervisión, a la luz de la normativa aplicable, puede derivar en la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo.

En efecto, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras –CNY (1958), establece en sus artículos V(2)(a) y V(2)(b), que podrá denegarse el reconocimiento y la ejecución de un laudo, si se comprueba: “Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje” (CNY, art. V(2)(a), o “Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país” (CNY, art. V(2)(b).

Por tanto, en la medida en que los árbitros deben velar por la eficacia del laudo a dictar, al momento de tomar medidas, deberán prestar especial atención a la jurisdicción en la que, eventualmente, se buscará el reconocimiento y la ejecución del laudo.

En principio, los árbitros tienen la facultad de remover a los abogados. De hecho, las causales citadas tienen relevancia, inclusive, en hipótesis de no remoción, puesto que una Corte estatal podría denegar el reconocimiento y ejecución del laudo si existió conflicto de interés y no se excluyó al abogado. En efecto, el orden público de la sede se vulneraría, si un abogado, al conocer información confidencial de la contraparte, sensible y vital para la resolución del caso, no fue removido del procedimiento. Sin embargo, cuando se plantean estos casos, también se debe prestar especial atención a las jurisdicciones poco amigables con que los árbitros tomen medidas de esta naturaleza.

Por ello, para evitar cualquier tipo de contingencia negativa para las Partes, lo más adecuado es que el estándar aplicable al momento de analizar estas decisiones, sea la medida y la razonabilidad.

No parece razonable, por tanto, que la mera apariencia o peligro de que acaezca un conflicto de interés habilite a un árbitro a tomar una medida tan drástica como la exclusión de un abogado.

En efecto, sin perjuicio de que la Parte puede elegir otro abogado, en ocasiones se generan lazos de confianza entre las Partes y sus representantes tan estrechas, que el derecho de defensa podría entenderse menoscabado.

Así, se postula que la posibilidad de que los árbitros remuevan a los abogados exige una prueba contundente del efectivo conflicto de interés entre el representante legal y la contraparte. Debe tratarse de un conflicto de interés insalvable, aún con la toma de medidas como el bloqueo de comunicaciones entre el abogado interviniente y los abogados de su despacho que anteriormente representaron o asesoraron a la contraparte.

La mera circunstancia de que el representante de una de las Partes, integre una firma que anteriormente representó o asesoró a la contraparte, no parece fundar razonablemente una causal de exclusión del abogado.

Los árbitros deben actuar con moderación, y actuar sólo cuando la integridad del procedimiento se vea realmente amenazada. De todas formas, la cultura jurídica del foro de ejecución deberá incidir en el estándar a tomar.

De esta manera, podrán mitigarse sustancialmente los riesgos de que el laudo devenga en ineficaz.

V. REFLEXIÓN FINAL

La posibilidad de que los árbitros tomen medidas que importen un ejercicio de autoridad, es una circunstancia connatural al cargo que ocupan, cuya función fue encomendada por las partes, a través de su autonomía privada.

En ese orden, cuando la integridad del procedimiento arbitral se vea gravemente amenazada, la exclusión del letrado responsable de dicha amenaza se convierte, no sólo en una facultad del árbitro, sino también, y más importante aún, en una herramienta esencial en aras de obtener un fallo justo, con las debidas garantías para las Partes.

Sin embargo, la remoción de abogados en ocasión de meras apariencias de conflictos de interés puede aparejar un menoscabo al derecho de las Partes de elegir libremente a sus representantes legales, así como también afectar el orden público internacional del foro de ejecución del laudo, perdiendo el arbitraje su razón de ser.

Por ello, sin perjuicio de postular la existencia de un poder inherente a los árbitros, que los habilita a tomar éste tipo de medidas, su utilización no puede ser ilimitada e irrestricta, sino circunscripta a estándares de apreciación del conflicto de interés, que garanticen el absoluto respeto a las garantías propias del debido proceso para las Partes.

En ese orden, sería conveniente que los foros de elaboración normativa más representativos en el ámbito del arbitraje comercial internacional delimitaran, precisamente, el alcance de estas

facultades y así, erigir instrumentos útiles que otorguen tranquilidad a los árbitros al decidir, pero también se constituyan en guías para las Cortes estatales a la hora de analizar el reconocimiento y ejecución del laudo.

BIBLIOGRAFÍA:

- Allsop, J. (2013). *Clayton Utz International Arbitration Lecture*. University of Sidney.
- Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration*, 2° ed. Kluwer Law International.
- Davis, M. (2009). *In the Interest of Justice: Human Rights and the Right to Counsel in Civil Cases*. *Touro Law Review*, v. 25.
- Dimolitsa, A. (2011). *The Arbitrator and the Litigants (Some Exceptional Clashes)*. Derains, Y. & Lévy, L. (eds): Is Arbitration only as good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator. Informe de la CCI (Cámara de Comercio Internacional): Institute of World Business Law, 8.
- Farid, M. (2013). *Stop! In the Name of Ethics, Before You Break My Bank Account: The “Conflicting” Rights Guaranteed to Parties in International Arbitration by Hrvatska v. Slovenia and Rompetrol v. Romania, and Their Potential as Tactical Weapons*. *U. Miami Int’l & Comp. L. Rev.*, v. 163.
- Gaeta, P. (2003). *Inherent Powers of International Courts and Tribunals*. Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese. Lal Chand Vohrah, et. al. (eds).
- Hanotiau, B. (2003). *Misdeeds, Wrongful Conduct and Illegality in Arbitral Proceedings*. *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*. Albert Jan van den Berg (ed.). Kluwer Law International.
- Hwang, S.C., y Lim, K. (2011). *Corruption in Arbitration – Law and Reality*. ICCA.
- Paulsson, J. (1992). *Standards of Conduct for Counsel in International Arbitration*. *American Review of International Arbitration* 3.
- Pushaw Jr., R. (2001). *The Inherent Powers of Federal Courts and the Structural Constitution*. *Iowa Law Review*, v. 86.
- Živělová, A. (2013). *Exclusion of Legal Counsels in the International Commercial Arbitration*. Diploma de Tesis: Masaryk University.

Fallos

- Hrvatska v. Elektroprivreda, dd. v. Republico f Slovenia. (2008). Caso CIADI No. ARB/05/24, Orden relativa a la Participación de un Abogado.
- Northwestern Nat’l Ins. Co.v.Insco, Ltd. (2011). Caso 11 Civ. 1124 (SAS). United States District Court Southern District of New York.

Talecris Biotherapeutics, Inc. v. Baxter Int'l Inc. (2007). Caso No. 05-349 GMS. District Court, D. Delaware.

The Rompetrol Group NV v. Romania. (2010). Caso CIADI No. ARB/06/3. Decisión relativa a la Participación de un Abogado.

La fuerza vinculante del precedente judicial en las decisiones de los tribunales arbitrales peruanos

Leandro García Valdez¹

Resumen:

El precedente judicial no solo vincula a los jueces sino también a los árbitros, ya que a través de dicho instrumento jurídico se garantiza la predictibilidad, la coherencia del ordenamiento jurídico y la igualdad en la interpretación y aplicación de la ley. Sin perjuicio de que no haya una norma expresa que así lo establezca, ni pronunciamiento jurisprudencial, consideramos que sí encontramos dicho mandato a partir de la interpretación constitucional (principio de unidad de la jurisdicción y eficacia integradora de la Constitución). Asimismo, es necesario que se propongan complementariamente alternativas de mercado (a iniciativa de los operadores del fuero arbitral) con la finalidad de garantizar los principios, valores y derechos constitucionales que optimiza el precedente judicial.

Palabras clave:

Precedente judicial; arbitraje; predictibilidad; coherencia del ordenamiento; igualdad; anulación de laudo.

Abstract:

The judicial precedent not only binds the judges but also the arbitrators, since this legal instrument guarantees predictability, coherence of the legal system and equality in the interpretation and application of the law. Without prejudice to the fact that there is no express norm that establishes it, nor a jurisprudential pronouncement, we consider that we do find said mandate based on the constitutional interpretation (principle of unity of jurisdiction and integrative effectiveness of the Constitution). Likewise, it is necessary that complementary market alternatives are proposed (at the initiative of the arbitration forum operators) in order to guarantee the principles, values and constitutional rights that optimizes the judicial precedent.

Key words:

Judicial precedent; arbitration; predictability; coherence of law; equality; annulment of award.

¹ Asociado en NPG Abogados. Abogado y especialista en Derecho de la Construcción por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Especialista en Contrataciones del Estado por la Universidad ESAN. Asistente de cátedra en la Universidad del Pacífico en el curso Derecho de la Construcción. Mención especial a mejor orador (2016) y miembro del equipo ganador (2015) de la Competencia Internacional de Arbitraje organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Bogotá. Miembro de Young International Arbitration Group y de International Council for Commercial Arbitration.

I. INTRODUCCIÓN

Nadie duda que la decisión de derivar al fuero arbitral las controversias vinculadas a las contrataciones con el Estado² ha sido un éxito, porque tanto el Estado como los privados cuentan con un mecanismo de solución de controversias célere (respecto al Poder Judicial), especializado y con legitimidad, en tanto son las mismas partes quienes eligen a los árbitros considerando factores como la confianza, experiencia, trayectoria profesional, entre otros.

No obstante, con el pasar de los años identificamos una de las mayores falencias del fuero arbitral: la imposibilidad de hacer predecibles sus decisiones. Es decir, es posible que ante dos o más controversias sometidas a arbitraje respecto a una misma materia tengamos laudos contradictorios.

Por ejemplo, en arbitrajes con el Estado se discute si los actos emitidos por las entidades públicas son regulados por la Ley del Procedimiento Administrativo General (en tanto se consideran actos administrativos) o el Código Civil (por su fuente contractual).

Así, en el laudo de un arbitraje *ad hoc* entre el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (en adelante, PROVÍAS) y el Consorcio San Pedro, el árbitro único determinó:

Considerando que se trata de un arbitraje administrativo, y en aplicación del orden de prelación normativa previsto en la Ley de Contrataciones del Estado; la revisión de la validez o nulidad de los actos administrativos sometidos a revisión se realizará en virtud a primeramente, la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento; en segundo lugar, la Ley del Procedimiento Administrativo General y otras normas de Derecho Público; y supletoriamente, las normas de derecho privado aplicables al caso concreto.

En sentido opuesto, en el laudo del expediente N° 211-2017-CCL entre PROVÍAS y E. Reyna C S.A.C Contratistas Generales, el tribunal arbitral indicó:

No debe perderse de vista que, la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 no regula la relación contractual entre las Entidades y los contratistas, de manera tal que estas se sujetan a la LEY y el REGLAMENTO y en su defecto a las normas de derecho civil.

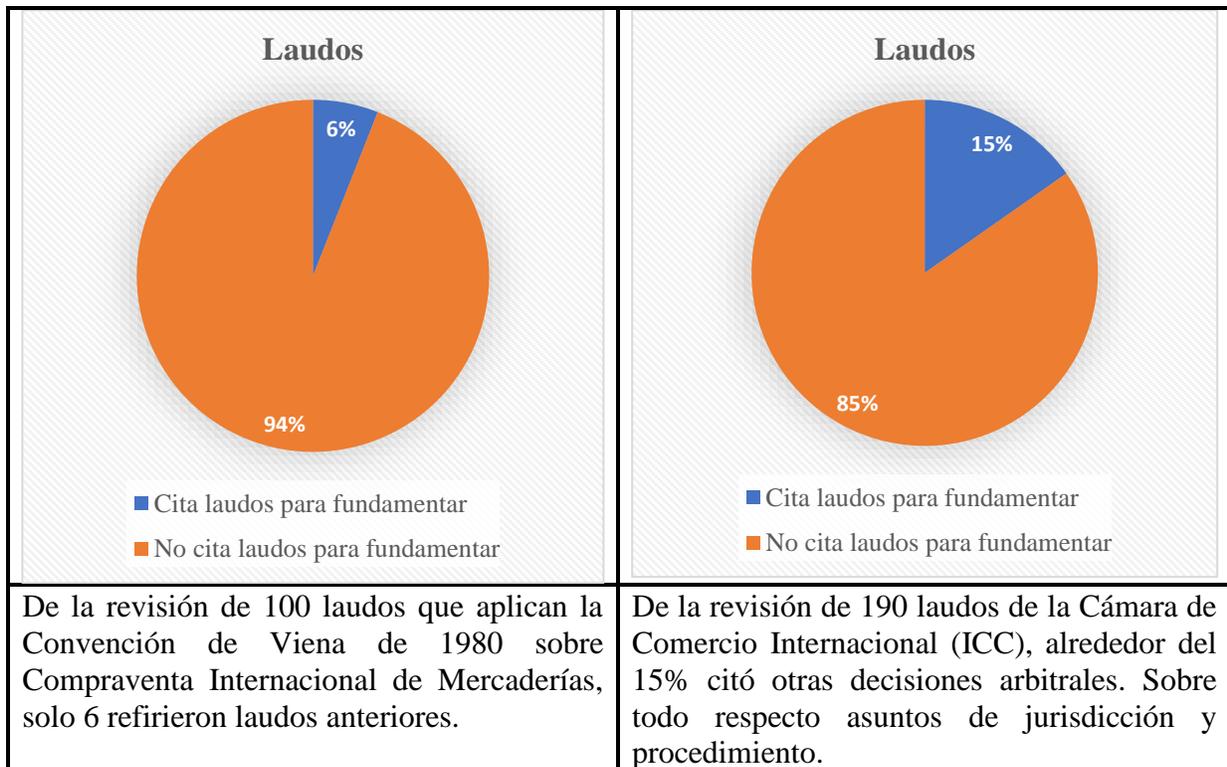
Si se aplica la Ley del Procedimiento Administrativo General, podemos alegar figuras como el silencio administrativo o la nulidad de oficio. No obstante, si aplicamos el Código Civil, ello no es posible.

Como este caso hay muchos más, por ejemplo, laudos contradictorios respecto a la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa (se discute si su fuente es contractual o no), o si el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) puede ser parte de un arbitraje entre el concesionario y el concedente a pesar de no ser signatario, entre otros.

² El arbitraje es el método de solución de controversias en las contrataciones del Estado desde hace más de cuatro quinquenios: la Ley N° 26850, Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado (1997); el Decreto Legislativo N° 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado (2008); y, la vigente Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (2014).

Del escrutinio del Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, DLA) no encontramos ningún remedio que mitigue el riesgo de la emisión de laudos contradictorios. Incluso, si presentamos como sustento un gran número de laudos favorables a nuestra posición, estos no tienen ninguna fuerza vinculante respecto la decisión de los árbitros, ya que estos no suelen considerar los casos anteriores.

Al respecto, resulta revelador los datos mencionados por Kaufmann- Kohler (2007):



En ese contexto, ¿qué proponemos? Que los árbitros se encuentren vinculados a las interpretaciones o integraciones normativas de los precedentes judiciales.

II. CONCEPTO E IMPORTANCIA DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Según Donayre (2007), el precedente es:

La norma jurídica que se desprende o se crea, a propósito de la resolución de un caso por un tribunal, como consecuencia de la interpretación o integración del ordenamiento jurídico que él ha efectuado a fin de dar respuesta a lo solicitado por él (o los) justiciable(s). (p. 104-105)

Por su parte, Fernández (2006) agrega que del significado de precedente se desprende:

Por una parte, (...) la obligación de resolver un asunto de la misma manera como ya se decidió otro anterior o semejante, es decir, aplicar la misma decisión; y, de otra, el deber de

mantener y respetar la interpretación dada a una norma (...) cuando debe aplicársela nuevamente a otro asunto, o sea, aplicar la misma razón que se tuvo para decidir, aunque se trate de algo distinto. (p. 135)

En consecuencia, el precedente judicial es una regla proveniente de una decisión judicial que tiene efectos jurídicos hacia el futuro. Este es emitido por una corte vértice, es decir, por la máxima instancia. De ese modo, el precedente judicial condiciona la actuación de:

- a) Los órganos jurisdiccionales respecto sus futuras decisiones. Para tal efecto, la vinculatoriedad tiene una triple eficacia: (i) vertical (tribunal superior vincula a inferior), (ii) horizontal (tribunal superior vincula a los de su misma jerarquía); y (iii) por supremacía (intérpretes supremos vinculan a todos los órganos jurisdiccionales). (Ruiz, 2019)
- b) Los ciudadanos porque establece una regla para sus futuras controversias.

Cabe precisar que, no toda la decisión judicial constituye el precedente sino solo la *ratio decidendi* (razón para decidir). “Por su puesto, los jueces pueden (...) dejar caer *obiter dicta* (pronunciamientos “a propósito”), en el curso de sus enjuiciamientos, sobre puntos del derecho que no sean directamente relevantes al caso ante ellos. Estos *dicta* pueden ser de gran ayuda para los tribunales subsiguientes, (...) pero nunca vinculantes.” (James, 1996, p. 15)

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando el *obiter dicta* tiene una relación de “premisa antecedente-consecuencia lógica” con la *ratio decidendi*? Consideramos que nos encontramos ante una zona gris, pues hay dudas razonables acerca de si este *obiter dicta* es o no parte del precedente.

No obstante, la doctrina resuelve esta disyuntiva a partir de la distinción de tipos de *obiter dicta*:

De un lado, el *obiter dicta* en sentido estricto, es decir, aquellas consideraciones que no tienen ninguna relación de implicación lógica con el supuesto de hecho objeto del caso. En este caso, los *obiter dicta* son totalmente irrelevantes. De otro, hay manifestaciones que, aun formando parte de los *obiter dicta*, son el antecedente o la consecuencia lógicamente imprescindible de la elección interpretativa realizada por el juez en el caso concreto, de manera que están ligadas por un nexo de prejudicialidad o de subordinación con la [*ratio decidendi*]. En este caso, la vinculación entre *ratio* y *obiter dicta* es tan estrecha que se puede atribuir a estos últimos el carácter de precedente. (Iturralde, 2013, p 198)

De ese modo, en el *common law* los jueces tienen la tarea de identificar el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*. Esta tarea se ve restringida a nivel nacional porque:

Aquí la regla precedente viene estatuida en el propio fallo y con precisión de una regla que no admita confusiones. Quizá la explicación a esto haya que buscarla en la permanente falta de confianza hacia la capacidad de juicio de los jueces del Poder Judicial. (Grández, 2007, p. 100)

Ahora bien, ¿cuál es la razón de ser del precedente? La optimización de los principios, valores y derechos constitucionales de todos aquellos sujetos que recurren a instancias jurisdiccionales para resolver sus controversias. A continuación, algunos de ellos:

a) Predictibilidad:

De acuerdo con Tarruffo (2012):

Es la posibilidad de que el ciudadano pueda prever cómo el juez de un caso futuro va a decidir un caso similar. La idea es que, si podemos prever lo que van a hacer los jueces, de un lado, se forma una garantía más para el ciudadano, por otro lado, tiene la ventaja de reducir el número de litigios, porque si yo conozco previamente cómo el juez va a decidir, puede ser que no empiece el litigio. (p. 46)

En efecto, la existencia del precedente judicial tiene una incidencia directa en la disminución de la carga procesal ya que las decisiones judiciales son información que los agentes económicos utilizan para tomar decisiones. Al respecto, Bullard (2006) señala que:

El impacto de las decisiones judiciales sobre la economía es tan evidente, que usualmente no nos damos cuenta. Reglas claras y adecuadas que faciliten la convivencia y que incentiven conductas deseables para la sociedad en su conjunto, generan confianza, y a su vez, esta confianza genera riqueza. Los jueces son una suerte de generadores de bienestar y por ello sus decisiones no sólo deben considerar la justicia del caso concreto, sino el bienestar (o malestar) social que generan. (p. 52)

De ese modo, si una corte vértice determina que frente a hechos “X” la *ratio decidendi* es “Y”, los agentes económicos tendrán pleno conocimiento de que cuando ellos se encuentren frente un caso similar obtendrán el mismo resultado. Si cuentan con un precedente judicial favorable iniciarán el proceso, de lo contrario, no lo harán.

Además, la predictibilidad genera credibilidad.

Es importante recordar que la credibilidad de todo el sistema de resolución de disputas depende de la consistencia, ya que si produce resultados impredecibles perderá la confianza de los usuarios a largo plazo y anulará su propio propósito.³ (Kaufmann- Kohler, 2007, p. 378)

b) Coherencia del ordenamiento jurídico:

Como afirma el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia del expediente N° 005-2003-AI/TC:

Dicha noción implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, presume una relación armónica entre las normas que lo conforman. Ello es así por la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión axiológica,

³ Traducción libre de:

“(…) it is important to remember that the credibility of the entire dispute resolution system depends on consistency, because a dispute settlement process that produces unpredictable results will lose the confidence of the users in the long term and defeat its own purpose.”

ideológica y lógica entre los deberes y derechos asignados, además de las competencias y responsabilidades establecidas en el plano genérico de las normas de un orden jurídico.

De ese modo, el precedente judicial contribuye a reducir la producción de fallos contradictorios en vista que establece lineamientos vinculantes a las cortes de igual y de menor jerarquía respecto la interpretación y aplicación de las normas.

c) Derecho a la igualdad en la interpretación y aplicación de la ley:

Caller y Reyna (2013) sostienen que los órganos jurisdiccionales deben observar el marco legal de cada situación en concreto, sin variar los criterios utilizados para supuestos similares, en vista que una aplicación distinta genera una situación de desigualdad.

Por su parte, Parra (2004) señala que el uso de los precedentes constituye una regla de justicia, ya que permite:

Que seres y situaciones que integran una misma categoría o grupo sean tratados de manera idéntica; regla que debe estar vinculada al principio de inercia, de cara al cual, es posible introducir cambios en el tratamiento de personas o casos similares, cuando éstos estén justificados. Esta regla involucra a su vez las reglas de universalidad, consistencia y coherencia. (p. 250)

De ese modo, ignorar la fuerza vinculante del precedente en el arbitraje tiene dos consecuencias:

- (i) La interpretación y aplicación desigual e injustificada de la ley.
- (ii) Que el ciudadano sufra consecuencias negativas en su esfera jurídica derivadas del tratamiento desigual e injustificado.

III. ¿VINCULA EL PRECEDENTE JUDICIAL A LOS TRIBUNALES ARBITRALES?

La regulación respecto el carácter vinculante del precedente judicial la encontramos en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), el cual indica:

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación (...) de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento.

Un lector atento podría señalar que el citado artículo refiere (desde una interpretación literal) que los sujetos vinculados son los “*Magistrados de todas las instancias judiciales*” y no los árbitros. Al respecto, no compartimos dicho punto de vista en base a los siguientes fundamentos:

a) Principio de unidad de la jurisdicción:

La doctrina tradicional circunscribía la función jurisdiccional a la ejercida por los jueces y tribunales judiciales. Sin embargo, en la actualidad esta función también es ejercida por otros fueros, como el arbitral, conforme el numeral 1 del artículo 139 de la Constitución peruana: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.*”⁴

Asimismo, como afirma el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia del expediente N° 6167-2005-PHC/TC:

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2 inciso 24 literal a de la Constitución⁵, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución.

De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la Carta Magna⁶.

Por otro lado, el fuero arbitral al igual que el judicial es un proceso. Debido a que:

En primer lugar, que los procesos no sólo son estatales, como erróneamente podría pensarse, sino que aquellos también se pueden realizar fuera del ámbito estatal; como es el caso,

⁴ Sin perjuicio de ser conscientes que existen discusiones respecto la naturaleza (contractual o jurisdiccional) del arbitraje, lo determinante es la opción legislativa elegida por cada nación y su jurisprudencia constitucional.

Por ejemplo, la Constitución paraguaya asume que los árbitros ejercen jurisdicción conforme el artículo 247: “(...) *La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados (...).*” El término “tribunales” a partir de una interpretación extensiva es el mismo que utiliza la Ley de Arbitraje y Mediación paraguaya para referirse a los árbitros. (Ayala, s/f).

Por su parte, el artículo 116 de la Constitución colombiana indica: “(...) *Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad*”

En España, la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 288/1993 se alinea a las legislaciones antes mencionadas cuando indicó que: “*Ello es conforme con la naturaleza del arbitraje, que es “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada.*”

En Venezuela, la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia N° 08-0763 señaló que: “(...) *al ampliar la Constitución el sistema de justicia con la inclusión de modos alternos a la resolución de conflictos- entre los que se encuentra el arbitraje- al de la función jurisdiccional ordinaria que ejerce el Poder Judicial, se replanteó el arquetipo del sistema de justicia, lo cual si bien implica un desahogo de la justicia ordinaria, comporta que el arbitraje no pueda ser considerada como una institución ajena al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz*”

⁵ “Artículo 2. *Toda persona tiene derecho:*

(...)

24. *A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:*

a. *Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.*”

⁶ “Artículo 51.- *La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.*”

justamente, del arbitraje (...) En segundo lugar, debemos referir que el arbitraje es un proceso, porque en él se ha previsto el contradictorio. De ahí que el arbitraje no sea un mero procedimiento, sino un procedimiento estructurado en contradictorio; esta nota peculiar es la que nos permite hablar de un proceso. (Astuhamán, 2016, p. 98- 101)

¿Qué consecuencia trae consigo considerar “proceso” al arbitraje? Que le es aplicable las prescripciones propias de quien ejerce la función jurisdiccional:

Constitución peruana	Prescripciones que debe garantizar el arbitraje
Inciso 2 del artículo 2	La igualdad ante la ley.
Artículo 3	La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. No hay un catálogo cerrado de derechos: <i>numerus apertus</i>
Inciso 2 del artículo 139	La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.
Inciso 3 del artículo 139	La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
Inciso 5 del artículo 139	La motivación escrita de las resoluciones.
Inciso 8 del artículo 139	El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. Denominado en la práctica internacional: <i>iura novit arbiter</i> . ⁷

Ahora bien, ello no implica desconocer las particularidades de cada fuero. Por ejemplo, el arbitraje es confidencial⁸ y flexible. No obstante, estas particularidades no pueden entenderse como una justificación para que exista un estándar distinto de protección entre un justiciable que recurre a la vía judicial o arbitral.

⁷ Artículo 7.2 de las Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga): “(...) Sin embargo, el tribunal arbitral podrá aplicar disposiciones legales que no hayan sido invocadas por las partes si así lo estima necesario, incluyendo, entre otras, normas imperativas. En estos supuestos, el tribunal arbitral recabará el parecer de las partes sobre las normas legales que intente aplicar. El tribunal arbitral también podrá apoyarse en antecedentes legales – aunque no haya sido citados por las partes – si se refieren a disposiciones legales alegadas por las partes y siempre que las partes haya tenido oportunidad de expresar su parecer sobre su contenido.”

⁸ Sin embargo, somos conscientes que la confidencialidad se relativiza “por casos como *United States C. Panhandle Eastern Corp.* y el caso *Esso Australia Resources Ltd C. The Honourable Sidney James Plowman* en los que se discutía la existencia de un principio general de confidencialidad aplicable al arbitraje comercial internacional, máxime si estaba en juego el interés general y el orden público como cuando existen requerimientos legales o se afectan los derechos de los consumidores, concluyendo, como lo abordamos al inicio, que no existía un “principio general de confidencialidad aplicable al arbitraje comercial internacional y que confidencialidad era una consecuencia del carácter privado del arbitraje, no un test de carácter inmutable o uno de los pilares básicos de la institución” (Universidad Externado de Colombia, 2016)

En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia del expediente N° 6167-2005-PHC/TC afirmó que:

La naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia (...). En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso.

En consecuencia, el fuero arbitral también debe garantizar la predictibilidad, la coherencia del ordenamiento jurídico y la igualdad en la interpretación y aplicación de la ley. Sin embargo, de la lectura del DLA no encontramos ningún dispositivo que garantice su protección

Tampoco apreciamos ninguna solución de mercado. Por lo que, consideramos que sí es relevante la existencia de una solución legal (proponemos el precedente), más aún cuando los costos de transacción generados son importantes debido a la nula predictibilidad. Ello además conforme con la segunda formulación del Teorema de Coase: “*Si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, si importa la solución legal que se adopte para llegar a la solución más eficiente.*” (Bullard, 2006, p. 108)

b) Principio de eficacia integradora de la Constitución:

Frente al artículo 22 de la LOPJ tenemos dos posibilidades:

- (i) Interpretarlo literalmente y solo considerar a los “*Magistrados de todas las instancias judiciales*” como los sujetos vinculados por el precedente; o
- (ii) Interpretarlo de tal modo que la “*norma resultado*” garantice los valores, principios y derechos del justiciable.

Opinamos que la segunda opción es la aplicable debido a que se encuentra en concordancia el principio de eficacia integradora de la Constitución peruana, ya que ante varias interpretaciones posibles de una norma subconstitucional (artículo 22 de la LOPJ) se optará por la que en mayor medida favorezca la eficacia de la norma constitucional (Lafuente, 2000), es decir, aquella que privilegie la optimización de la predictibilidad, la coherencia del ordenamiento, y la igualdad en la interpretación y aplicación de la ley.

En tal sentido, debemos entender “*Magistrados de todas las instancias judiciales*” como “*Magistrados de todas las instancias jurisdiccionales*”, lo que incluye a los tribunales arbitrales.

IV. TEST DE PROPORCIONALIDAD A LA “NORMA RESULTADO” QUE INCLUYE A LOS ÁRBITROS COMO SUJETOS VINCULADOS POR EL PRECEDENTE JUDICIAL

Para determinar la constitucionalidad o no de un dispositivo legal, la doctrina y la jurisprudencia constitucional ha establecido como herramienta metodológica el test de proporcionalidad.

Como indica el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia del expediente N° 579-2008-PA/TC:

En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

a) Análisis de idoneidad:

El precedente judicial tiene como finalidad optimizar la predictibilidad, la coherencia del sistema jurídico e igualdad en la aplicación e interpretación de la ley. Por lo tanto, si los árbitros, al igual que los jueces, se encuentran vinculados por el precedente los principios, valores y derechos constitucionales mencionados serán protegidos.

b) Análisis de necesidad:

Consideramos que la medida propuesta no afecta ningún derecho constitucional del justiciable. En todo caso, algunos árbitros podrían considerar que se está afectando su facultad de “resolver libremente y con autonomía controversias”. No compartimos dicha afirmación, pero en el supuesto negado que la aceptáramos como válida, no encontramos otra medida alternativa igualmente efectiva (y menos gravosa) que asumir la vinculatoriedad del precedente.

c) Análisis de ponderación:

Consideramos que la optimización de los principios, valores y derechos constitucionales es alta y que la afectación a la “autonomía y libertad para resolver controversias” de los árbitros es baja, partiendo del supuesto negado que dicha premisa sea válida. Ello debido a que como trataremos más adelante, en determinadas circunstancias los árbitros podrán alejarse de lo señalado en el precedente judicial.

Por lo tanto, el grado de la supuesta afectación a la “autonomía y libertad para resolver controversias” de los árbitros es menor al grado de optimización de la predictibilidad, la coherencia del sistema jurídico e igualdad en la aplicación e interpretación de la ley.

V. LA DERROTABILIDAD DE LA NORMA QUE NIEGA LA VINCULACIÓN DE LOS ÁRBITROS AL PRECEDENTE JUDICIAL

La derrotabilidad es un concepto desarrollado por la teoría del derecho que surge ante la siguiente interrogante: ¿por razones principales es posible inaplicar (sin cuestionar la validez) una regla jurídica de estructura completa (supuesto de hecho y consecuencia jurídica) y semánticamente clara?

La respuesta es afirmativa, ya que el razonamiento que subyace a una regla jurídica es abstracto, es decir, no considera los hechos. En efecto, el razonamiento práctico (fáctico) puede brindarnos más información a partir de la cual verificamos que la fuente de la derrotabilidad (la dignidad⁹ y los principios y derechos que se desprenden de ella) se optimiza a través de la inaplicación de la regla jurídica.

En esa misma línea, Rodríguez (2015) afirma que la derrotabilidad:

Hace referencia a que la interpretación que parece indubitable atribuir inicialmente a una disposición, sea desplazada una vez que es confrontada o interpretada sistemáticamente con otras disposiciones atinentes al caso; a que las propiedades que el legislador parece haber entendido como relevantes y suficientes para dar lugar a la aplicación de un enunciado, resulten irrelevantes o insuficientes para el intérprete en el momento en el que, supuestamente, el enunciado debía ser aplicado; a que los enunciados generales no solo pueden dar lugar a una norma individual para la resolución de un caso, sino a diversas normas individuales, es decir, a que los enunciados generales pueden dar lugar a diversos sentidos interpretativos igualmente válidos, aunque no todos aplicables a los mismos supuestos. (p. 24)

Este concepto materializa la necesidad de contar con un derecho vivo y dinámico, que evolucione conforme los nuevos tiempos y que haga prevalecer la dignidad como valor supremo. De ese modo, la realidad, el contexto histórico y el desarrollo jurídico en el que se promulgó la LOPJ (28 de mayo de 1993) no es el mismo que el actual. Hoy en día nadie duda que el Derecho, sea cual sea su rama (por ejemplo, el arbitraje) pasa por un proceso de constitucionalización, lo que implica otorgar a la Constitución peruana el máximo rango normativo y sobre todo entenderla no solo como una norma política, sino también jurídica (vinculante).

En esa línea, el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia del expediente N° 5854-2005-PA/TC señaló:

El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es

⁹ Artículo 1 de la Constitución peruana: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

Por lo que, el artículo 22 de la LOPJ no solo debe interpretarse conforme fue la intención primigenia del legislador, sino además a la luz de la Constitución peruana.

En ese sentido, la interpretación literal del artículo 22 de la LOPJ que limita la vinculatoriedad del precedente a los jueces es derrotada a la luz de los principios constitucionales (unidad de la jurisdicción y eficacia integradora), los que nos permiten entender “*Magistrados de todas las instancias judiciales*” como “*Magistrados de todas las instancias jurisdiccionales*”, lo que incluye a los árbitros.

VI. ¿ES EL PRECEDENTE JUDICIAL UNA “FUERZA IRRESISTIBLE”?

No, ni en *common law* ni en la legislación peruana. En el primer caso, la Corte de Apelaciones en el caso *Young v. Bristol Aeroplane Co. Ltd.* [1994] KB 718 señaló que:

El Tribunal de Apelación está obligado a seguir sus propias decisiones y las de los tribunales de jurisdicción coordinada, y el tribunal “pleno” está en la misma posición a este respecto que una división del tribunal que constancia de tres miembros. Las únicas excepciones a esta regla son:

- (1) El tribunal tiene derecho y está obligado a decidir cuál de las dos decisiones contradictorias seguirá;
- (2) El tribunal está obligado a negarse a seguir una decisión propia que, aunque no se anule expresamente, no puede, en su opinión, soportar una decisión de la Cámara de Lores;
- (3) El tribunal no está obligado a seguir una decisión propia si está convencido de que la decisión fue dada por incidentes, por ejemplo, cuando un estatuto o una regla que tiene efecto estatutario que hubiera afectado la decisión no fue señalada a la atención de la corte anterior.¹⁰

A nivel local, corresponde aplicar el artículo 22 de la LOPJ: “*En caso de que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestima y de los fundamentos que invocan*”.

En otras palabras, siguiendo la lógica del artículo 397 (Distinción de precedentes) del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil peruano, presentado por el Grupo de Trabajo constituido

¹⁰ Traducción libre de:

“*The Court of Appeal is bound to follow its own decisions and those of courts of co-ordinate jurisdiction, and the 'full' court is in the same position in this respect as a division of the court consisting of three members. The only exceptions to this rule are:*

- (1) The court is entitled and bound to decide which of two conflicting decisions of its own it will follow;*
- (2) the court is bound to refuse to follow a decision on its own which, though not expressly overruled, cannot, in its opinion, stand with a decision of the House of Lords;*
- (3) the court is not bound to follow a decision of its own if it is satisfied that the decision was given per incuriam, e.g., where a statute or a rule having statutory effect which would have affected the decision was not brought to the attention of the earlier court.”*

mediante Resolución Ministerial N° 0181-2017-JUS, el tribunal arbitral podrá apartarse del precedente judicial si argumenta que:

- (i) Los hechos del caso no guardan identidad ni son análogos a aquellos respecto de los cuales se generó el precedente.
- (ii) La cuestión jurídica no fue analizada en la sentencia de la Sala Suprema y, por tanto, no está cubierta por el precedente.

En ese escenario, si una parte dentro de un proceso arbitral invoca un precedente judicial como fundamento de su pretensión, el tribunal arbitral está obligado a seguir dicho razonamiento como regla general. En su defecto, está constreñido a fundamentar debidamente las razones por las cuales se aparta del precedente judicial.

¿Qué ocurrirá si el tribunal arbitral no motiva debidamente su apartamiento? El laudo será pasible de ser anulado puesto que no está motivado, conforme lo exige el numeral 1 del artículo 56 del DLA.: “1. *Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme el artículo 50. (..)*”

Ahora bien, no se espera que la motivación sea sofisticada ni enrevesada, sino que:

Los árbitros (...) en base a su visión de la evidencia existente, (...) [deben] explicar de manera sucinta porque, a la luz de lo que pasó, han llegado a su decisión y cual es su decisión. Esto es lo que se quiere decir con un “laudo motivado” (Barona, 2011, p. 620)

En términos prácticos, el tribunal arbitral debe:

- (i) Exponer las razones del apartamiento del precedente judicial.
- (ii) Identificar los presupuestos de derecho y hecho que sustentan el apartamiento del precedente judicial.
- (iii) “*La motivación debe ser concisa, coherente y evitar una argumentación extensa y profusamente innecesaria.*” (Guzmán, 2013, p. 37)

En consecuencia, si se considera que el laudo no se encuentra debidamente motivado será aplicable la causal de anulación regulada en:

- (i) El literal b del inciso 1 del artículo 63 del DLA: “*una de las partes (...) no ha podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos*”.

Si bien el dispositivo no hace alusión expresamente a la motivación, a partir de su interpretación extensiva se deriva la protección al debido proceso, el cual incluye el deber de los árbitros de motivar adecuadamente.

Así, “la Sala Comercial en más de una oportunidad señaló que no estaba expresamente contemplada la causal de violación al debido proceso para poder anular un laudo, pero que cabía hacer una interpretación extensiva pues se entendía que esa había sido la intención del legislador. Y esto lo dijo en varias ocasiones.” (Avendaño, 2011, p. 695)

(ii) La duodécima disposición complementaria del DLA:

Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional¹¹, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

VII. ¿EL MERCADO PUEDE CONTRUIR CON ALGÚN PALIATIVO?

Es necesario que los mismos agentes económicos mitiguen la imposibilidad de asegurar los principios, valores y derechos constitucionales que optimiza el precedente judicial.

Por ejemplo, los centros de arbitraje podrían promover reuniones de árbitros de reconocida trayectoria de su propia nómina para debatir y sobre todo consensuar aspectos contradictorios y controvertidos, con la finalidad de establecer criterios generales respecto la interpretación y aplicación de determinado dispositivo legal. Si bien estos acuerdos no serán vinculantes si generarán los siguientes efectos positivos.

- a) Los agentes del mercado contarán con más información respecto la posición de los árbitros, más aún si estos tienen reconocida trayectoria.
- b) Los árbitros no participantes se verán persuadidos por la autoridad de la posición consensuada de los árbitros de mayor trayectoria.
- c) Las posiciones consensuadas de los árbitros servirán como respaldo a la posición de las partes dentro del proceso arbitral. Asimismo, como antecedente e insumo para que las cortes vértice determinen el contenido del precedente judicial.

Además, se podría promover la publicación de los laudos de los centros de arbitraje ocultando la identidad de las partes y cualquier dato que permita su identificación. O en todo caso, que la confidencialidad posterior a la emisión del laudo tenga un plazo a partir del cual dicha información se vuelva pública, salvo que alguna de las partes demuestre que dicha publicidad afecta su esfera jurídica.

¹¹ “Artículo 5.- Causales de improcedencia
No proceden los procesos constitucionales cuando:
(...)

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus.”

De esa manera, se contribuye con la transparencia de la actividad arbitral; y, sobre todo, genera confianza a los agentes económicos respecto los resultados razonablemente esperados en sus controversias.

VIII. CONCLUSIÓN

La decisión de los tribunales arbitrales se encuentra vinculada por los precedentes judiciales (*ratio decidendi*), como regla general, conforme el principio de unidad de la jurisdicción y de eficacia integradora de la Constitución peruana, ya que así se otorga protección al justiciable garantizando la predictibilidad, la coherencia del sistema jurídico e igualdad en la aplicación e interpretación de la ley. Excepcionalmente, los tribunales arbitrales podrán apartarse del precedente judicial si fundamentan debidamente las razones de dicho apartamiento, de lo contrario el laudo será susceptible de ser anulado.

BIBLIOGRAFÍA

- Astuhuamán, J. (2016) La nulidad en el arbitraje: notas introductorias a un instituto “silenciado” por nuestra Ley de Arbitraje. En: Revista de la Maestría de Derecho Procesal. Volumen 6 (1), p. 93- 124.
- Avendaño, J. (2011) Comentarios al artículo 63 de la ley peruana de arbitraje. Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.
- Ayala, A. (s/f) El arbitraje, ¿Es realmente una jurisdicción? Monografías de Juristas Nacionales Arbitraje. (disponible: <https://www.pj.gov.py/ebook/nac-arbitraje.php>).
- Barona, S. (2011) Comentarios al artículo 56 de la ley peruana de arbitraje. Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.
- Bullard, A. (2006) Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales. Segunda edición. Lima: Palestra.
- Caller, M. y Reyna, R. (2013) Los precedentes en nuestro ordenamiento jurídico: su regulación y emisión en materia tributaria, p. 19- 35.
- Donayre, C. (2007) Precedente constitucional vinculante a la peruana: algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional. Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina. Año III, N° 5, p. 101- 120.
- Fernández, M. (2006) La sentencia del tribunal constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes del derecho. Estudios Constitucionales, Año 4 N° 1, p. 125- 149.
- Grández, P. (2007) Las “peculiaridades” del precedente constitucional en el Perú. Estudio al precedente constitucional. Lima: Palestra, p. 79- 106.
- Guzmán, J. (2013) La falta de motivación del laudo como causal de anulación en la Ley de Arbitraje Peruana. Arbitraje PUCP, p. 35- 40.
- Iturralde, V. (2013) Precedente judicial. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 4, p. 194- 201.
- James, P. (1996) Introducción al derecho inglés. Bogotá: Temis.
- Kaufmann- Kohler, G. (2007) Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? Arbitration International. Vol. 23. N° 3, p. 357- 378.
- Lafuente, J. (2000) La judicialización de la interpretación constitucional. Madrid: Colex.
- Laudo del expediente N° 211-2017-CCL entre el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional y E. Reyna C S.A.C Contratistas Generales.

Laudo de un arbitraje ad hoc entre el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (en adelante, PROVÍAS) y el Consorcio San Pedro.

Parra, M. (2004) El precedente judicial en el derecho comparado. Criterio Jurídico. V. 4, p. 239-262.

Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, presentado por el Grupo de Trabajo constituido mediante Resolución Ministerial N° 0181-2017-JUS.

Rodríguez, R. (2015) (Tesis) Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado Constitucional. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

Ruiz, M. (2019) (Tesis) Vinculatoriedad de precedente judicial en las decisiones de los tribunales administrativos: a propósito de la singular interpretación que realizó el tribunal fiscal del criterio vinculante desarrollado en la casación N° 4392-2013-Lima. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sentencia de la Corte de Apelaciones en el caso Young v. Bristol Aeroplane Co. Ltd. [1994] KB 718.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano del expediente N° 005-2003-AI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano del expediente N° 6167-2005-PHC/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano del expediente N° 5854-2005-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional peruano del expediente N° 579-2008-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 288/1993.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano N° 08-0763.

Taruffo, M. (2012) El precedente judicial en los sistemas de Civil Law. Ius Et Veritas, N° 45, p. 88- 95.

Universidad Externado de Colombia (2016) ¿Es realmente confidencial el arbitraje? Blog de Derecho de los Negocios. (disponible: https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/es-realmente-confidencial-el-arbitraje/#_ftnref17)

La implementación del arbitraje ambiental en Centroamérica

Ada Elisa Winter García¹

Resumen:

El desarrollo del derecho ambiental en la región tiene aportes significativos, dentro de los cuales se encuentra, la incorporación de mecanismos legales para su defensa. La más reciente contribución es la regulación del arbitraje ambiental. El arbitraje ambiental tiene por objeto resolver controversias ambientales, este se incorpora en Centroamérica por medio del Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) para el arbitraje de las controversias relativas a los recursos naturales y/o al medio ambiente y el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos, o *CAFTA-DR*, por sus siglas en inglés. Si bien la incorporación legal conlleva un avance en la región, se requiere que la misma trascienda a la realidad fáctica para la efectiva implementación de esta vía y de ese modo, se asegure la tutela del medio ambiente. Lo cual implica determinar la posibilidad para acceder a esta vía, que se hace posible, a través del reconocimiento de la legitimación extraordinaria que permite la defensa de intereses difusos, como lo es, el medio ambiente.

Palabras clave:

Arbitraje ambiental; controversias ambientales; Reglamento Facultativo de la CPA; CAFTA-DR; implementación; tutela; legitimación extraordinaria.

Abstract:

The development of environmental law in the region has significant contributions, including the incorporation of legal mechanisms for its defense. The most recent contribution is the regulation of environmental arbitration. Environmental arbitration has the objective of resolving environmental controversies. It is incorporated in Central America through the Optional Regulations of the Permanent Court of Arbitration (PCA) for the arbitration of controversies related to natural resources and/or the environment and the Free Trade Agreement between Central America, the Dominican Republic and the United States, or *CAFTA-DR*. Although legal incorporation implies progress in the region, it is required to transcend the factual reality for the effective implementation of this route to ensure the protection of the environment. This implies determining the possibility of accessing this route, which becomes possible through the recognition of the extraordinary legitimacy that allows the defense of diffuse interests, such as the environment.

Keywords:

Environmental arbitration; environmental dispute; Optional Regulations of the PCA; CAFTA-DR; implementation; protection; extraordinary legitimacy.

¹ Ada Elisa Winter García, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria, egresada de la Universidad de San Carlos de Guatemala, estudiante de maestría en derecho penal y asesora en Refugio de la Niñez, Guatemala.

I. Introducción

La actual problemática ambiental ha conllevado a la adopción de innumerables acuerdos mundiales y regionales, que abordan los compromisos de los Estados con relación a la protección del medio ambiente y la conservación de los recursos naturales, así como las acciones legales para la defensa de este derecho. Los instrumentos internacionales elaborados por las organizaciones internacionales se limitan a regular esferas concretas acordes a los fines de estas. En atención a ello, una de las dificultades para abordar la problemática ambiental en la región, recae precisamente en la inflación normativa, que por su carácter complejo, en cierto modo, se ve reflejado en la inoperancia para su efectiva implementación y cumplimiento.

Sin embargo, el desarrollo del derecho ambiental tiene aportes significativos, dentro de los cuales se encuentra la incorporación de mecanismos legales para su defensa. Debe tomarse en consideración que los mecanismos legales que se incorporen tienen que ser viables para la consecución del fin del derecho ambiental, el cual se traduce como la tutela efectiva de los intereses colectivos que del mismo se derivan. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo adoptada en 1992, introduce el primer cambio relevante para la defensa y protección del medio ambiente. El principio 26 de la Declaración referida establece que los Estados deberán resolver pacíficamente todas sus controversias sobre el medio ambiente por medios que corresponda con arreglo a la Carta de Naciones Unidas.

II. Instrumentos internacionales sobre arbitraje ambiental

En concordancia al principio 26 de la Declaración de Río, referido en el apartado precedente, en la región han sido adoptados dos instrumentos legales que son clave para la incorporación de mecanismos legales de carácter pacífico para la resolución de controversias ambientales, a saber: a) Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el arbitraje de las controversias relativas a los recursos naturales y/o al medio ambiente; y b) El Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos.

El Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) para el arbitraje de las controversias relativas a los recursos naturales y/o al medio ambiente fue adoptado el 19 de junio de 2001 y tiene por objeto regular el arbitraje ambiental. El Reglamento referido está basado en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), modificado con el objeto de:

- i) reflejar el elemento del derecho internacional relevante para las controversias que pueden involucrar Estados y la utilización de recursos naturales y asuntos relacionados con la protección ambiental, así como la práctica internacional apropiada para estas controversias; y ii) reflejar las características particulares de las controversias que tienen un componente de conservación de recursos naturales o de protección ambiental. (CPA, 2001, p. 5)

El Reglamento Facultativo de la CPA tiene un carácter flexible y reafirma el principio de autonomía de la voluntad de las partes, que caracteriza al arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos. Fue elaborado para resolver mediante arbitraje “controversias que surjan sobre la interpretación o aplicación de un acuerdo multilateral ambiental que verse sobre el acceso

y la utilización de recursos naturales, en relación con interpretación de dicho acuerdo” (CPA, 2001, p. 5). En ese sentido, está disponible “para su utilización por partes privadas, otras entidades existentes bajo la legislación nacional o internacional, organizaciones internacionales, y Estados” (CPA, 2001, p. 5).

El Reglamento Facultativo de la CPA consta de 41 artículos y se encuentra dividido de la siguiente manera: a) Sección I. Disposiciones introductorias, del artículo 1 al 4, relativo al ámbito de aplicación, plazos, representación y asesoramiento; b) Sección II. Composición del tribunal arbitral, del artículo 5 al 14, que regula la facultad de las partes para decidir sobre el número de árbitros y a falta de acuerdo, se establece que estará compuesto por tres, así como, lo relativo a la recusación y sustitución de los mismos; c) Sección III. Procedimiento arbitral, del artículo 15 al 30, en el cual se establece de forma general las disposiciones que deben regir para la sustanciación del procedimiento, respetando el principio de autonomía de la voluntad de las partes; y d) Sección IV. Laudo, del artículo 31 al 41, en el cual se indica la forma en que debe ser emitido, así como los efectos que se derivan del mismo, en los que resalta su carácter inapelable y cumplimiento inmediato y obligatorio para las partes, entre otros.

Por otra parte, a partir de 2002 se empezó a negociar formalmente el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos (*CAFTA-DR*, por sus siglas en inglés) y entró en vigor para todos los Estados Parte hasta el 1° de enero de 2009. La contribución novedosa del *CAFTA-DR* radica en dos aspectos: a) la incorporación de un apartado específico para abordar la problemática ambiental; y b) el reconocimiento del arbitraje como un método alternativo de resolución de controversias con ocasión a la aplicación e interpretación del mismo, y por ende, la posibilidad de acudir a esta vía para dirimir disputas relacionadas a la protección del medio ambiente.

Por tanto, Centroamérica por primera vez es parte de un tratado de libre comercio que incorpora un apartado específico para abordar el tema ambiental. Así, establece el capítulo diecisiete denominado “ambiental” y refiere que:

Reconociendo el derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como de adoptar o modificar, consecuentemente, sus leyes y políticas ambientales, cada Parte garantizará que sus leyes y políticas proporcionen y estimulen altos niveles de protección ambiental y deberán esforzarse en mejorar esas leyes y políticas. (*CAFTA-DR*, Artículo 17.1, 2009)

En ese sentido, previo a su ratificación, los Estados Partes debieron adecuar sus leyes ambientales según lo dispuesto por el Tratado. Por ejemplo, El Salvador promulgó la normativa siguiente:

Ley de Áreas Naturales Protegidas, en 2005; Reglamento Especial para el Manejo Seguro de los Organismos Modificados Genéticamente, en 2008; reforma al Reglamento General de la Ley del Medio Ambiente, en 2009; y Reglamento Especial para Regular el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, en 2009. (Ávila, 2011, p. 90)

Otro ejemplo que puede mencionarse es Costa Rica, quien en contexto de la implementación del *CAFTA-DR*, en materia ambiental estableció:

Decreto Ejecutivo No. 34754–MINAET-COMEX del 17 de setiembre de 2008, Implementación del Capítulo 17 Ambiental del Tratado de Libre Comercio República Dominicana- Centroamérica-Estados Unidos; y el Decreto Ejecutivo No. 34958-MINAET-COMEX del 11 de diciembre del 2008, Reglamento al Artículo 80 de la Ley de Biodiversidad, Ley No. 7788 del 30 de abril de 1998. (Banco Mundial, 2014, p. 12)

En segundo lugar, el *CAFTA-DR* reconoce al arbitraje como procedimiento para la resolución de controversias con ocasión a la aplicación del mismo, establecido en el capítulo veinte “solución de controversias”. El Artículo 20.2 del *CAFTA-DR* regula el ámbito de aplicación, en el que se indica:

Salvo que en este Tratado se disponga otra cosa, las disposiciones para la solución de controversias de este Capítulo se aplicarán:

- (a) a la prevención o a la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la aplicación o a la interpretación de este Tratado;
- (b) cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte, es o podría ser incompatible con las obligaciones de este Tratado, o que otra Parte ha incumplido de alguna manera con las obligaciones de este Tratado; y
- (c) cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte cause o pudiera causar anulación o menoscabo, en el sentido del Anexo 20.2. (2009)

En virtud que el cumplimiento de la legislación ambiental constituye una obligación para los Estados Parte del Tratado *CAFTA-DR*, un eventual incumplimiento relativo a esta materia, conllevaría la posibilidad de solucionar la controversia del mismo a través del arbitraje. Por tanto, reconoce al arbitraje ambiental como procedimiento para resolver los conflictos relativos al incumplimiento de la legislación ambiental. Además de su reconocimiento, incorpora disposiciones generales que tienen por objeto regular el procedimiento que se debe llevar a cabo.

En aplicación del Tratado mencionado, se resolvió el caso *Aven y otros vs. Costa Rica*, mediante arbitraje. En 2018, fue resuelta la controversia sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), en virtud del capítulo 10 del *CAFTA-DR* y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, entre David Aven y otros, como demandantes, y la República de Costa Rica como parte demandada. El presente conflicto surge por la paralización de una inversión efectuada por los demandantes, en un sitio de concesión otorgado por la demandada, en el cual se pretendía el desarrollo de un proyecto de turismo denominado “Proyecto Las Olas”. Se impidió la continuación del proyecto referido en virtud que del resultado de las inspecciones posteriores efectuadas por las autoridades de la República de Costa Rica, se verificó la existencia de humedales y bosques dentro del área, con lo cual se aducía una vulneración al ecosistema “Las Olas”.

Por lo tanto, los demandantes solicitaron indemnización por daños y perjuicios con motivo de violación de los numerales 5 y 7 del artículo 10 del *CAFTA-DR*. En contraposición a ello, la República de Costa Rica en su escrito de contestación de demanda, en el que plantearon reconvencción, presentó un caso ambiental, afirmando que la protección de esta materia había sido

reconocida en virtud del propio *CAFTA-DR* y, solicitando que debía ser resuelto con base a los principios rectores, instituciones y normas del derecho ambiental. Así considerado, la parte demandada solicitó que se declarará que los demandantes causaron daños ambientales y por consiguiente, que estaban obligados a la reparación del ecosistema “Las Olas”. Sin embargo, por incumplimiento de los requisitos regulados en los artículos 20 y 21 el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el Tribunal Arbitral procedió a declarar la desestimación de la reconvención.

El Tribunal Arbitral declaró no ha lugar las pretensiones de ambas partes, condenando a los demandantes al pago de costas. No obstante, el laudo arbitral constituye un valioso aporte para considerar la resolución de controversias ambientales mediante arbitraje. Dentro de los aspectos a resaltar, se encuentra el análisis e interpretación adecuada de la legislación nacional e internacional en materia ambiental aplicable al caso, tales como la Convención de Ramsar o Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Convención sobre Diversidad Biológica, Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica, Ley de Biodiversidad de Costa Rica, entre otras. Respecto a ello, el autor Mario Peña (2019, p. 20) ha afirmado lo siguiente:

A pesar de la complejidad propia de la materia ambiental y el régimen confuso de competencias institucionales, a raíz de la labor de incidencia del equipo jurídico que representó a Costa Rica, el Tribunal logró aplicar la normativa ambiental de la forma y en el sentido más favorable para la protección de la naturaleza, ello gracias al correcto uso empleado de los institutos sustantivos y procesales del derecho ambiental, así como de las herramientas y criterios de la hermenéutica jurídica ambiental, tales como los principios de precaución, prevención, participación y acceso a la justicia ambiental.

Además, a pesar de no admitir la reconvención por incumplimiento de requisitos de forma, reconoce la responsabilidad de los inversionistas respecto al cumplimiento de la legislación en materia ambiental. Específicamente en cuanto a indicar que:

El Tribunal Arbitral comparte los criterios del tribunal del caso *Urbaser* de que ya no es posible admitir que los inversionistas que operan a nivel internacional tengan inmunidad porque no son sujetos de derecho internacional. Es particularmente convincente cuando se trata de derechos y obligaciones que son interés de todos los Estados, tal como sucede en la protección del medio ambiente. Es pertinente recordar la observación de la Corte Internacional de Justicia en lo que se refiere a esta clase de obligaciones: Habida cuenta de la importancia de los derechos involucrados, puede sostenerse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; se trata de obligaciones *erga omnes* [Traducción del Tribunal]. (CIADI, Caso No. UNCT/15/3, párr. 738)

Por lo anterior, la introducción del Reglamento Facultativo de la CPA y del *CAFTA-DR*, constituye un cambio relevante para la región, al incorporar un nuevo mecanismo para la defensa y protección del medio ambiente, como lo es el procedimiento arbitral. Sin embargo, una acertada aplicación de los instrumentos legales mencionados implica que el campo normativo trascienda a la realidad fáctica para la efectiva tutela del derecho ambiental.

III. Legitimación extraordinaria en los casos de controversias ambientales

La tendencia actual para garantizar el acceso a los mecanismos legales de defensa y protección del medio ambiente, conceptualiza al derecho ambiental como un interés difuso. El interés difuso refiere que “la legitimación original del interesado legítimo o aún del simple interesado, se difunde entre todos los miembros de una determinada categoría de personas que resulten así igualmente afectadas por los actos ilegales que los vulneran” (Aguilar e Iza, 2009, p. 113). En ese sentido, la defensa del medio ambiente se sustenta en la legitimación extraordinaria, la cual puede ser definida como:

La posición habilitante para formular la pretensión, en condiciones de que sea examinada por el tribunal en cuanto al fondo y pueda procederse a la actuación del derecho objetivo, radica en una expresa atribución de legitimación por la ley y teniendo la norma correspondiente naturaleza procesal. (Montero y Chacón, 1999, p.72)

Por tanto, deja de lado la perspectiva tradicional, bajo la cual la legitimación deriva de la titularidad de un derecho subjetivo o interés legítimo vulnerado. Puesto que, al tratarse de un bien jurídico de naturaleza colectiva y, por ende, que pertenece indistintamente a una pluralidad de sujetos, requiere que la legitimación se amplíe para la satisfacción de los fines establecidos por el ordenamiento jurídico. Los autores Aguilar e Iza (2009, p. 113) refieren que:

No se adapta eficientemente a situaciones donde lo afectado es un bien común o colectivo, donde el interés legítimo del individuo afectado, por lo general, no suele ser directo, inmediato, personal y actual. Debido a ello, lo ideal es que el esquema de legitimación sea ampliado a tal punto, que cualquier sujeto, en defensa de ese bien común, pueda plantear las acciones necesarias para alcanzar tal fin.

La legitimación extraordinaria para la defensa de los intereses difusos, como lo es el medio ambiente, implica el cumplimiento de determinados requisitos: “la tenencia de capacidad jurídica, la existencia de una norma jurídica que lo habilite a accionar, y la violación o menoscabo al bien jurídico tutelado expresamente por el ordenamiento jurídico en forma objetiva” (Aguilar e Iza, 2009, p. 3). La capacidad jurídica se refiere a la aptitud individual o jurídica, derivada de la personalidad, para el ejercicio o goce de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En el caso del derecho ambiental, fue reconocido como derecho fundamental en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano aprobada en Estocolmo en 1972, y establecido por las respectivas Constituciones de la región. Por ende, al presentarse una vulneración a este derecho consagrado en el ámbito internacional y nacional, puede solicitarse su protección, indistintamente por el o los sujetos que habilite la norma.

IV. Deficiencias de la justicia tradicional para resolver controversias ambientales

“En Centroamérica, al no existir fueros especiales ambientales, la competencia de los tribunales se rige según la naturaleza de la pretensión (civil, agraria, penal, administrativa, y en los casos que corresponda, constitucional)” (Aguilar e Iza, 2009, p.115). Actualmente, la justicia tradicional, organizada bajo estas materias, tiene dificultades estructurales, tales como, la mora judicial, la insuficiencia de presupuesto y por ende, debilidad institucional, contradicción de competencias,

entre otros, que conlleva a la deficiente aplicación de la normativa ambiental. Por ejemplo, en el caso *Aven y otros vs. Costa Rica*, anteriormente analizado, el Tribunal Arbitral estimó que “la complejidad de la legislación ambiental y la cantidad de organismos facultados para aplicarla... también pueden desorientar a las personas que se ocupan de cuestiones de naturaleza ambiental. Toda esta confusión ha sido, en alguna medida, una invitación a litigar” (CIADI, Caso No. UNCT/15/3, párr. 762).

La ineffectividad del sistema de justicia para resolver controversias ambientales constituye el factor determinante para considerar la implementación de métodos alternos para dirimir las mismas, como lo es el procedimiento arbitral. El arbitraje ambiental “nace por la necesidad de un medio de solución de conflictos más rápido, eficiente y especializado para tratar las disputas ambientales” (Robalino y Suárez, 2013, p. 241).

Así considerado, la incorporación de una instancia para resolver de manera adecuada, eficaz y eficiente las controversias ambientales, se hace necesaria para la protección del medio ambiente. Por su parte, los autores Aguilar e Iza (2009, p. 110) consideran lo siguiente:

La efectiva aplicación del derecho ambiental requiere un acceso efectivo a los procesos judiciales y administrativos incluyendo la posibilidad de recibir compensación por los derechos subjetivos vulnerados como consecuencia del daño ambiental acaecido, y además, el restablecimiento al estado anterior mediante la reparación, restauración y compensación del entorno degradado. Estas acciones irán dirigidas a la defensa del derecho fundamental, al ambiente sano y para la recuperación y defensa misma del recurso natural.

Ahora bien, para acceder al procedimiento arbitral se requiere que las partes adopten una cláusula compromisoria de forma previa para someter la disputa a esta vía o bien, posteriormente, cuando la misma haya acaecido. De modo que, se exige a las partes el cumplimiento de acreditar la legitimación respecto a la controversia que se prevé dirimir. Así considerado, en materia ambiental, como se indicó en los párrafos precedentes, una vez sean identificadas las partes, por medio de la legitimación extraordinaria se permite la posibilidad de que estas puedan acudir al arbitraje para resolver tales conflictos. Lo cual coadyuva a la efectiva implementación de la normativa ambiental.

Por último, el arbitraje constituye la forma viable para resolver controversias ambientales en virtud de que proporciona una solución especializada. Dada la complejidad de la materia, el tercero imparcial que interviene para administrar el arbitraje, deberá tener conocimientos técnicos, teóricos y prácticos, relacionados a la materia objeto del conflicto de que se trate. Al respecto, los autores Robalino y Suárez (2013, p. 242) sostienen que:

Es así que al contar con un árbitro o tribunal con conocimiento en derecho ambiental ayuda en primer lugar, a una evaluación correcta de la evidencia presentada por las partes, ya que en su mayoría se trata de informes técnicos complejos; en segundo lugar, contribuye a una cuantificación correcta de los daños y la correspondiente indemnización. Finalmente, un árbitro o tribunal con experticia en estos temas, puede evaluar fácilmente los estándares aplicables en reclamos ambientales.

V. Conclusiones

La actual problemática ambiental ha conllevado a la adopción de legislación tanto nacional como internacional, para la protección del medio ambiente y la conservación de los recursos naturales, así como los mecanismos legales para su defensa. La inflación normativa en Centroamérica, en vez de constituir la solución efectiva a la problemática, en la práctica se ve menoscabada para su implementación, por su complejidad, conflictos de competencias, deficiencias en los sistemas, entre otros.

A pesar de ello, se destaca la importancia de incorporar la regulación de métodos alternos de resolución de controversias en materia ambiental, como lo es el procedimiento arbitral. La incorporación del arbitraje para dirimir este tipo de disputas ha sido factible a través de la adopción de dos instrumentos internacionales: a) Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el arbitraje de las controversias relativas a los recursos naturales y/o al medio ambiente; y b) El Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos.

El Reglamento Facultativo de la CPA constituye un cuerpo normativo que brinda disposiciones de carácter general para dirimir tales conflictos, a disposición de los Estados, organizaciones internacionales y entidades privadas, en torno a la aplicación e interpretación de tratados o acuerdos internacionales relacionados en materia ambiental. Por su parte, el *CAFTA-DR* prevé un apartado relativo al medio ambiente, así como la posibilidad de acudir a la vía arbitral en caso de conflicto respecto al cumplimiento del mismo.

Pese a que la adopción de los instrumentos legales referidos constituye un avance significativo para la región, se requiere que trascienda a la realidad fáctica para el efectivo cumplimiento y aplicación de la legislación ambiental. Para ello se exige la determinación del funcionamiento del arbitraje para resolver controversias ambientales. El aspecto más relevante para su consideración es la cláusula compromisoria, derivado que constituye el acuerdo que permite recurrir a la vía arbitral y de ese modo, someter la controversia a un tercero imparcial. Así considerado, es primordial que las partes en conflicto estén plenamente identificadas para asumir tal acuerdo, sea de forma previa o bien, una vez se haya suscitado el mismo.

Actualmente, para la defensa del medio ambiente, se conceptualiza a este como un interés difuso. La conceptualización del interés difuso implica considerar la denominada legitimación extraordinaria. Por medio de la cual, se estima la posibilidad de exigir la restitución o reparación con ocasión a la vulneración de la normativa ambiental, sin necesidad de acreditar un derecho subjetivo o interés legítimo. Tal consideración permite que, una vez sean individualizadas las partes en la controversia, se adopte un acuerdo para acudir a la vía arbitral para su resolución.

El arbitraje ambiental surge ante las deficiencias que se reflejan en el sistema de justicia tradicional para resolver los conflictos relativos a esta materia en la región. Se caracteriza por brindar una solución especializada, rápida y eficaz. De tal modo que, bajo esta percepción resulta viable acudir a la vía arbitral para resolver controversias en materia ambiental.

Bibliografía

- Aguilar, G., e Iza, A. (2009). *Derecho Ambiental en Centroamérica*. Suiza: UICN Serie de Política y Derecho Ambiental.
- Avila, A. (2011). *La implementación de las disposiciones medioambientales en los tratados de libre comercio*. Estados Unidos: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Banco Mundial (2014). *A cinco años del CAFTA-DR: evaluación de los resultados iniciales en la economía costarricense*. Estados Unidos: Banco Mundial.
- Montero, J. y Chacón, M. (1999). *Manual de derecho procesal civil guatemalteco*. Guatemala: Magna Terra editores, 1era. ed.
- Peña, M. (2019). *Lecciones ambientales del laudo Aven y otros vs. Costa Rica*. Costa Rica: Universidad de Costa Rica. Recuperado de: <https://derecho.ucr.ac.cr/Posgrado/derecho-ambiental/lecciones-ambientales-del-laudo-aven-y-otros-vs-costa-rica/>
- Robalino, D. y Suárez, L (2013). Arbitraje en disputas ambientales: análisis comparado. *Revista ecuatoriana de arbitraje* (4), p. 241-242.

Legislación

- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Principio 26. Junio 3 al 14, 1992.
- Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el arbitraje de las controversias relativas a los recursos naturales y/o al medio ambiente. Junio 19, 2001.
- Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos. Artículo 10, 17 y 20. Enero 21, 2009.

Jurisprudencia

- David Aven y otros vs. Costa Rica. Caso No. UNCT/15/3. Arbitraje. Parágrafo 738 y 762 (septiembre 18, 2018).

Should an arbitrator wear two hats? A commentary on the combination of arbitration and mediation under Costa Rican law and international arbitration practice¹

Jorge Arturo González C.²

Abstract:

An emerging trend in international arbitration practice is to combine different methods of dispute resolution, such as arbitration and mediation/conciliation under a same neutral, *i.e.* Med-Arb and Arb-Med. Even though this is theoretically possible, the combination of roles comes with risks and complex practical scenarios that must be considered. The following paper outlines some of these risks and practical scenarios, and analyzes their permissibility and receptiveness under both Costa Rican law and international arbitration practice. It is submitted that under both cases, Med-Arb and similar practices are possible, but a general receptiveness is far from being reached.

Key words:

Arbitration; mediation; conciliation; dispute settlement; impartiality; Arb-Med; Med-Arb; conflict of interest; Costa Rica; international arbitration

Resumen:

Una tendencia en la práctica arbitral internacional es combinar diferentes métodos de resolución de conflictos, tales como el arbitraje y la mediación/conciliación bajo un mismo árbitro-mediador. Aunque esta combinación, conocida en algunos casos como Med-Arb o Arb-Med, es teóricamente posible, genera ciertos riesgos y escenarios prácticos complejos que deben considerarse. Esta investigación señala algunos de estos riesgos y escenarios, analizando su legalidad y aplicación práctica, bajo el derecho costarricense y la práctica arbitral internacional. Se concluye que en ambos casos, métodos como Med-Arb y similares son posibles, pero aún están lejos de ser ampliamente aceptados en la práctica.

Palabras clave:

Arbitraje; mediación; conciliación; resolución de disputas; imparcialidad; Arb-Med; Med-Arb; conflicto de interés; Costa Rica; arbitraje internacional

Introduction

Many concerns may be raised when asking whether an arbitrator should mediate a settlement between parties during arbitral proceedings. Although this combination allows for flexibility and

¹ El Consejo Editorial de Young Arbitration Magazine autorizó la publicación de este artículo en el idioma Inglés, como parte de sus potestades, reguladas en las Bases de Publicación.

² Jorge Arturo González C. Estudiante egresado de Derecho, Universidad de Costa Rica. Estudiante de intercambio en la Universidad de Utrecht, Países Bajos. Costa Rica.

cost-saving, the two roles seem to be in conflict with each other. On one hand, an arbitrator performs a judicial function, producing a binding decision upon the parties (Born, 2014, p. 272). On the other, a conciliator or mediator —terms that may be used interchangeably— makes proposals and provides for a discussion, aiming towards the amicable settlement of a dispute (Blackaby, Partasides QC, Redfern & Hunter, 2015, p. 41; Nolan-Haley, 2020, p. 5). Both a conciliator and an arbitrator are expected to be independent and impartial in their functions. Nonetheless, it is submitted that if an arbitrator also acts as a conciliator, *e.g.*, holding private caucuses with parties or expressing his perspective on the merits of a case (Rosoff, 2009, p. 90; Nigmatullina, 2019, p. 35), then his impartiality as an arbitrator may be compromised or, at the very least, appear that way (*Duncan & Davies Nurseries New Plymouth Ltd v. Honnor Block Ltd and Peter Hay*, 2005). However, facilitating settlement during the arbitral proceedings through a more passive role —a function that has been described as *slim mediation*—, should be less problematic for an arbitrator. Given this scenario, the arbitrator may simply suggest to the parties the possibility of settling their dispute amicably or propose mediation with the assistance from a separate mediator (Pitkowitz and Richter, 2009, p. 227).

To address the concerns established above, this paper will adhere to the following structure: **(1)** the first section will provide a general framework by outlining some of the risks and practical scenarios associated with the combination of arbitration and mediation under a same neutral. Then, the proposed question, *i.e.* whether an arbitrator should wear the two hats, will be examined under the lenses of **(2)** Costa Rican law, and **(3)** international arbitration practice. It will be shown that under Costa Rican law, an arbitrator is allowed to facilitate reaching a settlement through slim mediation and similar practices, but more active roles such as Arb-Med (as defined below) have a limited practical application, while not being strictly forbidden. Furthermore, it will be argued that in international arbitration practice, there are diverging approaches to the issue at hand, but a general receptiveness is far from being reached. **(4)** The last section will provide a brief conclusion.

(1) Risks and practical scenarios associated with combining arbitration and mediation

One of the main problems when discussing the issue at hand is that there are many different possible combinations of arbitration and mediation/conciliation. On one hand, “Arb-Med” is defined as a process whereby parties begin arbitration and then choose the arbitrator to mediate their dispute, with the agreement that they will return to arbitration should mediation fail (Rosoff, 2009, p. 89). If parties return to arbitration, the expression of “Arb-Med-Arb” is used. Throughout all three stages, the same person acts as arbitrator/mediator, or at least, one of the members of the arbitral tribunal acts as a mediator. This has also been described as a “mediation window” in the middle of arbitration hearings (Deason, 2013, p. 219). A variation of Arb-Med takes place when the arbitrator formulates the award after the hearings, but does not share it with the parties, and instead calls for a final attempt at mediation (Nolan-Haley, 2020, p. 20; Deason, 2013, p. 220). If the parties are successful, their agreement is recorded as the award; if they are not, then the original award is revealed and it becomes binding on the parties (Deason, 2013, p. 220).

On the other hand, “Med-Arb” is where the parties begin mediating their dispute with the understanding that, if mediation fails, the dispute will have to be resolved through the means of arbitration, with the former mediator being appointed as an arbitrator (Deason, 2013, p. 221). For these purposes, Med-Arb is nothing more than an agreement for multi-tiered dispute resolution,

with the unique feature that the *neutral* party in both tiers will be the same person. In practice, the distinction between each stage may be vague (Nolan-Haley, 2020, p. 17).

Except for slim mediation, which is generally unproblematic, these different combinations can generate a series of related risks and complex practical scenarios. For instance, in the mediation stage, the parties may be less willing to share information with the mediator —and possibly future arbitrator—, thus undermining the likelihood of a successful settlement (Mason, 2011, p. 545; Nolan-Haley, 2020, p. 22; Deason, 2013, p. 224). To provide an example, in Costa Rican litigation practice, this tends to occur when judges act as conciliators for the same cases that they are deciding.

Furthermore, the mediator in Med-Arb may use his potential decision-making authority as a “big stick”, or as a threat to incentivize the parties to reach an agreement themselves (Mason, 2011, p. 550). This can undermine party self-determination, and if the mediator has expressed his views on the case, it can even “lead to an agreement that does not truly represent the will of the parties” (Deason, 2013, p. 225).

An additional major concern, as stated above, is that the arbitrator-mediator may lose his impartiality during any stage of the proceedings (*Duncan & Davies Nurseries New Plymouth Ltd v. Honnor Block Ltd and Peter Hay*, 2005). A crucial question is whether he can actually maintain impartiality after mediating for the parties (Rosoff, 2009, p. 97). If he becomes partial to one of the parties, he must resign as arbitrator (Rosoff, 2009, p. 97). However, this will create further costs and delays for the parties, as they will have to appoint a new arbitrator, which is the exact opposite of what they desired.

Apart from the issue of an *actual* lack of impartiality, the *perceived* lack of impartiality should also be considered. In some cases, the neutral’s role as a mediator requires that he holds private caucuses with each of the parties (Nigmatullina, 2019, p. 35) and that he expresses his perspective on the merits of a case during informal communications (Rosoff, 2009, p. 90). These situations can, at the very least, create an apparent bias for the arbitrator, which is, in itself, problematic and could lead to a challenge (*Gao Haiyan and another v. Keeneye Holdings Ltd. and another*, 2011).

Informed consent could be seen as a sort of “magic wand”, serving as an effective waiver of any potential conflicts of interest affecting the mediator-arbitrator (Nolan-Haley, 2020, p. 26). Nonetheless, even if this appears to be true from a legal standpoint, in the end, informed consent may turn out to be a deceptive mechanism that overlooks the “complex psychological factors” influencing the mediator-arbitrator (Nolan-Haley, 2020, p. 26).

Finally, it is also possible to argue that the combination of roles is inadequate because the skills required for an arbitrator differ from those required by a mediator. An arbitrator is expected to have strict impartiality, knowledge of the law and the facts, and decision-making skills (Mason, 2011, p. 543). Meanwhile, a mediator must exhibit interpersonal awareness and secure the trust of all parties, as well as understand the “psychology of negotiations” (Mason, 2011, p. 543). Therefore, even if this combination of roles were accepted as a matter of law and convenience, some practitioners would still discourage its application.

(2) Costa Rican law

Costa Rica has a dual arbitration regime, with the Law on Alternative Dispute Resolution (“ADR Law”) governing domestic arbitration and conciliation, and the Law on International Commercial Arbitration—which is to a large extent a verbatim adoption of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration with the 2006 amendments— governing international arbitration. For the purposes of this paper, only the provisions of the ADR Law will be considered under Costa Rican law.³

The discussion at hand is complex. Consequently, three layers must be taken into account to be able to draw the most reasonable conclusions. The surface layer is that in Costa Rica, it has become common practice for arbitral tribunals to mirror the rules of the Code of Civil Procedure in arbitral proceedings (Filloy-Zerr, 2019, p. 76). Notwithstanding the rightful criticism that this practice has attracted, it could arguably be seen as a *de facto* adoption of the principle of synchronized competences, which provides for the powers of an arbitrator to be aligned with those of a State judge (Beisteiner, 2014, p. 87; Brunner, 2008, p. 495; Ferrario, 2017, p. 75-76). Regarding the topic at hand, the Code of Civil Procedure widely favors conciliation, and expressly empowers judges to act as conciliators for the cases that they are adjudicating (Article 51).

In light of the above, an arbitrator would seemingly be empowered to facilitate a settlement and even act as a conciliator under Costa Rican law, by exercising the same powers that a judge has under the Code of Civil Procedure. This is further supported by the universal recognition of the principle of procedural efficiency under Costa Rican arbitration and civil procedure laws (*Case no. 619*, 2015; *Case no. 6*, 2013; White Ward, 2008, p. 56). Precisely, the main advantage of Arb-Med and similar practices is the cost and time efficiency provided by taking advantage of the neutral’s knowledge of the dispute (Van Ginkel, 2004, p. 53). This take on the issue at hand will be particularly unproblematic if the arbitrator’s role as a facilitator is very limited *i.e.*, slim mediation.

However, outright mediating an agreement between parties should be addressed more carefully, which leads to the second layer of discussion. This is that the specific issue of switching roles between conciliator and arbitrator has been expressly regulated in Article 16 of the ADR Law. This provision states that a mediator or conciliator in a dispute is precluded from acting as a neutral third party in any related arbitral proceedings, unless otherwise agreed by the parties. With regards to arbitration proceedings, this provision should undoubtedly prevail as *lex specialis* over that of the Code of Civil Procedure (as stated above, Article 51, Code of Civil Procedure empowers the judge to act as conciliator, without requiring an agreement between the parties to that end). Therefore, as a general rule, Med-Arb and similar practices are disallowed, but the parties may still empower the arbitrator to take on different roles through their agreement (Filloy-Zerr, 2019, p. 74).

Nonetheless, on the final level, there are other circumstances which speak of the limited receptiveness of this type of practices. First, it is customary for parties to agree that the conciliator may not act as arbitrator for the same dispute when drafting multi-tiered dispute resolution clauses

³ The reason for this is that the Law on International Commercial Arbitration is silent on the issue, and in general reflects a more international approach.

(*Case No. 1036*, 2013; *Case No. 906*, 2013; *Case No. 869*, 2010). Second, the Supreme Court of Costa Rica has found dispute resolution clauses appointing “conciliators-arbitrators” to be void (*Case no. 1427*, 2010). Third, the Arbitration Rules of the International Conciliation and Arbitration Center of the Costa Rican-American Chamber of Commerce⁴, one of the leading arbitration institutions in Costa Rica, restate the approach of the ADR Law that the arbitrator should not be the same person as the conciliator (Article 10). Instead, these Rules state that the Center itself may invite the parties to conciliation (Article 10). The Arbitration Rules of the Conciliation and Arbitration Center of the Costa Rican Chamber of Commerce⁵—another leading arbitration center in the country—do not deal specifically with this issue. However, this institution does not currently administer arbitration cases where Arb-Med (under a same neutral) or similar combinations, are employed. Fourth, annulling an arbitral award before a State court is possible in case of breaches to due process (Article 67, ADR Law), which undoubtedly include the lack of independence and impartiality of an arbitrator (*Case No. 989*, 2019; Filloy-Zerr, 2019, p. 2; Article 31, ADR Law). Finally, the lack of existing case law on this particular matter could open a doorway for unsuccessful parties to call into question their own consent and challenge final awards before a State court as a last resort. In this situation, the deceptiveness of informed consent as a “magic wand” could be crucial.

(3) International arbitration practice

The topic at hand is divisive, which is why it is difficult to speak of a true international standard. In first place, the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration solely acknowledges the possibility that a settlement is reached during the proceedings (Article 30), but fails to consider the role of the arbitral tribunal in reaching this result. Contrarily, the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation, a considerably less widespread text, opts for an approach that is similar to the Costa Rican ADR Law, stating that a mediator shall not act as an arbitrator, unless otherwise agreed by the parties (Article 13). UNCITRAL considers this provision to be a neutral default rule, subject to party autonomy (Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation⁶). The new U.N. Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation—more commonly known as the Singapore Mediation Convention—does not consider the issue at hand. The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration state that an arbitrator may assist the parties in reaching a settlement, but require their consent to waive a potential conflict of interest (General Standard 4.d).

Jurisdictions in the Asia-Pacific region are generally more open to these combined methods of dispute resolution, often regulating the procedure for obtaining consent of the parties. This is the case in China (Article 51, Arbitration Law of the People's Republic of China), Singapore (Article 63, Arbitration Act of the Republic of Singapore), Hong Kong (Section 33, Arbitration Ordinance of Hong Kong) and New South Wales, Australia (Section 27D, Commercial Arbitration Act of New South Wales). Meanwhile, in the Western countries, the issue is less regulated (Weixia, 2014, p. 112). In France, arbitration is regulated in the Code of Civil Procedure, but this law fails to even

⁴ More commonly known as CICA, for its acronym in Spanish (see <https://cicacr.org/>)

⁵ More commonly known as CCA, for its acronym in Spanish (see <http://camara-comercio.com/sobre-el-cca/>)

⁶ Although this Guide refers to the predecessor of the Model Law on International Commercial Mediation, the cited provision remained unaltered

mention mediation or conciliation. Nonetheless, the prevailing view in the Civil Law is that the combination of roles is possible as long as parties have agreed to it (Schneider, 1998, p. 71; Weixia, 2014, p. 112). This is reflected not only in Costa Rican law, but also in the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation. Exceptionally, Austrian law forbids the practice, but it has been argued that the respective provision does not have a mandatory character and can be overridden by party autonomy (Pitkowitz and Richter, 2009, p. 228). In the Common Law, a majority of practitioners have reportedly described this practice as “inappropriate” (Weixia, 2014, p. 113). Furthermore, an agreement for Med-Arb was found to be unenforceable as an arbitration agreement pursuant to the Federal Arbitration Act in the U.S. (*Advanced Bodycare Solutions v. Thione International*, 2008). Once again, the degree of intervention of the arbitrator in facilitating or mediating the settlement must be considered when carrying out this assessment.

In any case, even if the admissibility of an arbitrator’s active role as a conciliator were a given, this would hardly be synonymous with its acceptance. The fact that several legal cultures are critical of this practice is likely to come into play during international arbitration proceedings. Further, the risks and practical scenarios outlined above may materialize. As a result, even if there is no strict prohibition against Arb-Med and similar mechanisms, there is a limited acceptance to their practice. Even in Hong Kong, where Arb-Med is allowed and expressly regulated, the recognition and enforcement of an award rendered in China was challenged for contravening the public policy of Hong Kong (*Gao Haiyan and another v. Keeneye Holdings Ltd. and another*, 2011). It was argued that the arbitrator’s unsuccessful attempts of encouraging a settlement through a private dinner with one of the parties created an apparent bias and a question as to his impartiality (*Gao Haiyan and another v. Keeneye Holdings Ltd. and another*, 2011).

The above is important when considering future awards to be rendered under similar circumstances. Pursuant to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, one of the grounds for refusing the enforcement of an international award is the contravention of the public policy of the jurisdiction where enforcement is sought (Article V.2.b). Although there is an understanding that the public policy exception should be interpreted narrowly, and refers mainly to matters of *international* public policy (*SNF v. Cytec Industries BV*, 2008; *Tampico Beverages Inc. v. Productos Naturales de la Sabana S.A. Alquería*, 2017; Blackaby et al., 2015, p. 646), in most jurisdictions safeguarding the due process will easily reach this level of importance (*Tampico Beverages Inc. v. Productos Naturales de la Sabana S.A. Alquería*, 2017; Kurkela and Turunen, 2010, p. 22). Given the self-evident connection between due process and the impartiality of an arbitrator, this issue should be considered very carefully by an arbitrator when switching hats.

(4) Conclusion

From a legal point of view, it is possible for arbitrators to facilitate a settlement or directly mediate a dispute during arbitral proceedings. However, there are a number of risks and practical circumstances to consider. This is the case under both Costa Rican law and international arbitration practice, and the combination of roles is by no means prevalent under either.

There is no one-size-fits-all solution for arbitrators and/or counsel interested in recommending Arb-Med or similar practices. Arbitrators may have room for creative approaches, such as

formulating the arbitral award and inviting the parties for a final attempt at mediation before revealing its content. Another possible solution for Arb-Med would be to agree that if mediation fails, the arbitrator-mediator must immediately resign, with a new arbitrator to be appointed. Finally, if the mediation hearings were unproductive and the parties did not disclose any sensitive information, there would be less of a problem with appointing the former mediator as arbitrator. In any case, further legal education, legislation and international soft law standards would be helpful to delineate the boundaries and desirable interaction between the different roles.

Acknowledgements

I thank Valeria Alvarado, Karima Sauma, Laura Fernández and Édgar Méndez for their valuable contributions to this paper.

References

Authorities

- Beisteiner, L. (2014). The Arbitration Agreement and Arbitrability, The (Perceived) Power of the Arbitrator to Revise a Contract – The Austrian Perspective. In C. Klausegger, P. Klein, et al. (Eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2014* (pp. 77-122). Vienna: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- Blackaby, N., Partasides QC, C., Redfern, A. & Hunter, M. (2015). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2014.
- Brunner, C.J.H. (2008). *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International.
- Deason, E.E. (2013). Combinations of Mediation and Arbitration with the Same Neutral: A Framework for Judicial Review. *Yearbook on Arbitration and Mediation*, 5, 219-249.
- Ferrario, P. (2017). *The Adaptation of Long-Term Gas Sale Agreements by Arbitrators*. The Hague: Kluwer Law International.
- Filloy-Zerr, M. (2019). National Report for Costa Rica (2018 through 2019). In L. Bosman (Ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* (pp. 1-76). The Hague: Kluwer Law International, 2019.
- Kurkela, M. & Turunen, S. (2010). *Due Process in International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Mason, P.E. (2011). The Arbitrator as Mediator, and Mediator as Arbitrator. *Journal of International Arbitration*, 28(6), 541-551.
- Nigmatullina, D. (2019). Aligning Dispute Resolution Processes with Global Demands for Change: Enhancing the Use of Mediation and Arbitration in Combination. *Belgian Review of Arbitration*, 1, 7-52.
- Nolan-Haley, J. (forthcoming, 2020). Chapter 14: Mediators in Arbitration. In T. Schultz & F. Ortino (Eds.), *Oxford Handbook of International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Pitkowitz, N. & Richter, M.-T. (2009). May a Neutral Third Person Serve as Arbitrator and Mediator in the same Dispute? *German Arbitration Journal*, 7(4), 225-230.

- Rosoff, J. (2009). Hybrid Efficiency in Arbitration: Waiving Potential Conflicts for Dual Role Arbitrators in Med-Arb and Arb-Med Proceedings. *Journal of International Arbitration*, 26(1), 89-100.
- Schneider, M.E. (1998). Combining Arbitration with Conciliation. In A. J. van den Berg (Ed.), *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture* (pp. 57-97). The Hague: Kluwer Law International.
- Van Ginkel, E. (2004). The UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation. *Journal of International Arbitration* 21(1), 1-65.
- Weixia, G. (2014). The Delicate Art of Med-Arb and its Future Institutionalisation in China. *Pacific Basin Law Journal*, 31(2), 97-126.
- White Ward, O. (2008). *Teoría general del proceso – Temas introductorios para auxiliares judiciales*. Heredia: Escuela Judicial.

Case law

- Advanced Bodycare Solutions v. Thione International*. Case no. 7-12309, Court of Appeals, Eleventh Circuit, United States (2008).
- Case no. 6*, First Chamber of the Supreme Court, Costa Rica (2013).
- Case no. 619*, First Chamber of the Supreme Court, Costa Rica (2015).
- Case no. 869*, First Chamber of the Supreme Court, Costa Rica (2010).
- Case no. 989*, First Chamber of the Supreme Court, Costa Rica (2019).
- Case no. 1036*, First Chamber of the Supreme Court, Costa Rica (2013).
- Case no. 1427*, First Chamber of the Supreme Court, Costa Rica (2010).
- Duncan & Davies Nurseries New Plymouth Ltd v. Honnor Block Ltd, Peter Hay*. Case no. CIV 2005-404-2513, High Court of Auckland, New Zealand (2005).
- Gao Haiyan and another v. Keeneye Holdings Ltd. and another*. Case no. CACV 79/2011, Court of Appeal, Hong Kong (2011).
- SNF v Cytec Industries BV*. Case no. 680, Court of Cassation, France (2008).
- Tampico Beverages Inc. v. Productos Naturales de la Sabana S.A. Alquería*. Case no. SC9909-2017, Chamber of Civil Cassation, Colombia (2017).

El *Soft Law* en el Arbitraje Internacional ¿Una solución o un problema?

Carlos Eduardo Torres Giraldez¹

Resumen:

Una visión hacia el futuro del arbitraje internacional, hace imprescindible el conocimiento de las nuevas tendencias que se desarrollan en la práctica. Analizaremos en este trabajo, el impacto del *soft law* como instrumento normativo no vinculante en el arbitraje internacional. Revisaremos cuáles son los principales instrumentos normativos de *soft law* que interesan al arbitraje, así como la posibilidad de su aplicación en un arbitraje internacional, al igual de las ventajas que supone y las críticas de las que es merecedor este método de creación normativo.

Palabras Clave:

Arbitraje internacional; codificación; coercibilidad; derecho blando; ventajas; críticas.

Abstract:

A vision towards future of international arbitration makes it essential to be aware of the new trends that are developing in practice. In this paper, we will analyze the impact of soft law as a non-binding regulatory instrument in international arbitration. We will review the main soft law instruments that are of interest to arbitration, as well as the possibility of their application in international arbitration, and the advantages and criticisms that this method of creating regulations is worthy of.

Keywords:

International arbitration; codification; enforceability; soft law; advantages; criticism.

I. Introducción

El arbitraje internacional cobra cada día más importancia en el mundo jurídico y comercial. Y es que el impacto de la globalización, en un mundo cada vez más interconectado y con una actividad incesante en el comercio internacional, ha hecho ganar al arbitraje un importante terreno como uno de los medios de solución de conflictos más utilizados en la esfera internacional, por aquellos que requieren una solución especializada y expedita a una controversia.

La eficiencia del arbitraje se refleja en lo expedito del procedimiento, así como en la experiencia especializada de la que goza a partir de la elección por las partes de aquellos sujetos llamados a solucionar el conflicto, es decir de los árbitros, quienes proveerán una justicia específicamente adaptada al tipo de controversia por encima de cualquier formalidad innecesaria.

¹ Estudiante de último año de Derecho, Universidad Central de Venezuela, asistente legal en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Venezuela.

El trato justo y equitativo que deben recibir las partes es otra de sus ventajas. Igualmente hay que resaltar la eficacia del arbitraje, en el marco de la Convención de New York de 1958², permitiendo el reconocimiento y la ejecución de laudos dictados en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y ejecución de dichos laudos.

La confidencialidad en el arbitraje se presenta como otra de sus ventajas, igualmente la posibilidad que tienen las partes de elegir la sede, el idioma, y el derecho aplicable a la controversia, en virtud del principio de la autonomía de voluntad de las partes.

La ley aplicable al arbitraje internacional es un tema controvertido y que reviste de gran interés en el estudio de esta institución. En este sentido se debe determinar cuál es “la ley que regula la capacidad de una parte para arbitrar; la ley aplicable al convenio arbitral; la ley aplicable al procedimiento; el derecho que resolverá el fondo de la controversia” (Tirado. J, 2009).

Nos centraremos en este trabajo en el papel que cumple el *soft law*, como método de producción normativa, en el arbitraje internacional, para regular aspectos sustantivos y adjetivos del arbitraje, así como la posibilidad que tiene de ser seleccionado por las partes, y aplicado por el tribunal arbitral.

II. Desarrollo

1. El *Soft Law* en el Arbitraje Internacional

El término anglosajón “soft law”, en castellano “derecho blando”, también llamado en francés “droit assourdi”, ha ganado un importante lugar con el transcurso de las décadas en el arbitraje internacional, Kaufmann-Kohler³ (2010, p. 2) afirma:

Las normas de soft law son aquellas generalmente entendidas como normas que no pueden ser ejecutadas a través de la fuerza pública. Estas normas pueden emanar de actores estatales, sean legisladores, gobiernos, organizaciones internacionales. También pueden emanar de actores no estatales como instituciones privadas o asociaciones profesionales o comerciales.⁴

El fenómeno del *soft law* se presenta como un proceso de elaboración normativa, que integra, reglas, guías o directrices, con una distintiva característica, pues no tienen fuerza vinculante. En las últimas décadas se ha llevado a cabo un importante trabajo de codificación de *soft law*, en el campo de la contratación y del arbitraje internacional, proporcionando instrumentos normativos que se deben conocer por la utilidad que han tenido, tienen y tendrán en el arbitraje internacional.

² El parlamento de Etiopía aprobó la ratificación de la Convención el 13 de febrero de 2020. Sin embargo, Etiopía aún no es parte de la Convención. Una vez que Etiopía deposite su instrumento de ratificación en la Secretaría General de las Naciones Unidas, el total de partes contratantes de la Convención será de 164.

³ Presidente de la International Council for Commercial Arbitration, ICCA por sus siglas en inglés.

⁴ Traducción libre. “Soft law norms are generally understood to be those that cannot be enforced through public force. These norms can emanate from state actors, be they legislators, governments or international organizations. They can also emanate from non-state actors, such as private institutions and professional or trade associations”.

Por lo tanto, han sido en el arbitraje internacional las normas de *soft law*, directrices y guías indicativas que han servido de modelo, a tal punto que legisladores de Estados soberanos las han convertido en derecho positivo en su país, como ha sido el caso de la Ley Modelo CNUDMI⁵ de Arbitraje Internacional que, pese a no tener carácter vinculante, ha servido de inspiración y fundamento para que 83 países⁶ (mayo 2020) desarrollen su legislación arbitral con base en los preceptos establecidos en la Ley Modelo.

Igualmente las normas de *soft law* tienen como norte la armonización y unificación del derecho aplicable a los arbitrajes internacionales, esto debido a que en el arbitraje internacional convergen actores, tales como partes; abogados; árbitros; expertos, de distintas tradiciones jurídicas. Lo que podría generar un conflicto en el desarrollo del procedimiento.

Es común ver la interacción constante en el arbitraje internacional de sujetos originarios de distintas culturas jurídicas, así como el *civil law* y *common law*, como sistemas jurídicos predominantes a nivel mundial. Estas normas han buscado la armonización de las reglas del comercio y del arbitraje internacional a través de un esfuerzo de codificación para que las partes puedan adaptarse de una mejor manera al procedimiento y este tenga un mejor desarrollo.

Otro aporte de las normas de *soft law* para el arbitraje internacional resulta de la codificación de las buenas prácticas arbitrales, que procuran el desarrollo de un procedimiento más eficiente, limpio y exento de vicios que pudieran acarrear una futura nulidad del laudo. Es el caso de Las Normas de la IBA⁷ sobre Conflicto de Intereses en el Arbitraje Internacional.

Además de lo mencionado anteriormente, vale acotar, que las normas de *soft law*, pueden tener una finalidad sustantiva o adjetiva. “El soft law sustantivo, es decir, el soft law aplicado por los árbitros al mérito de la controversia”⁸ (Kohler, 2010, p.3) son entonces aquellas normas no vinculantes, que solucionan directamente un caso, emanadas de instituciones, o agrupaciones que gozan de reconocimiento, credibilidad y experiencia en el área que regulan, como muestra se presentan los Principios de UNIDITROIT⁹ Sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

Por el contrario, existe el *soft law* adjetivo, es decir, aquellas normas destinadas a garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones consagradas por el derecho sustantivo, que al igual que el *soft law* sustantivo, no puede ser ejecutado forzosamente por el Estado; un buen ejemplo de esto son las Reglas de la IBA Sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional.

Ante una tradición de redacción jurídica arbitral general y no muy específica en tratados internacionales, legislaciones internas o reglamentos de centros de arbitraje, organizaciones e instituciones internacionales, han auto regulado ciertos aspectos que impactan en el arbitraje

⁵Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

⁶Consultar el estatus de la Ley Modelo en el cuadro publicado en la página web de la CNUDMI: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/overview-status-table.pdf>

⁷International Bar Association.

⁸ Traducción libre. “Substantive soft law, that is, soft law applied by arbitrators to the merits of the dispute”.

⁹ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

internacional, elaborando instrumentos normativos que, si bien no son vinculantes en un principio, podrían serlo.

2. Aplicación del *Soft Law* en el Arbitraje Internacional

Al no ser coercibles las normas de *soft law*, surge la interrogante de si pueden o no, ser aplicadas válidamente en el arbitraje internacional. La respuesta a esa pregunta deviene en soluciones distintas dependiendo de la situación. La autonomía de voluntad de las partes, elemento esencial en materia contractual admite la posibilidad de que las partes elijan el derecho que crean conveniente para regular su relación y presentado el caso, el marco normativo que solucionará su conflicto.

Dicha autonomía de voluntad se encuentra regulada en los más importantes centros de arbitraje a nivel internacional. A modo ilustrativo a continuación señalaremos algunas normas.

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en su artículo 19 indica:

El procedimiento ante el tribunal arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje.

De igual forma, el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la CCI refleja que “Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará (...)”

Asimismo, el Reglamento de La Corte de Arbitraje Internacional de Londres¹⁰ en su artículo 14 establece que “Las partes podrán pactar -y así se recomienda- la instrucción de su arbitraje, respetando los principios generales que el Tribunal Arbitral deberá observar siempre (...)”

En cuanto a la aplicación de las normas de *soft law* en el arbitraje internacional, hay que partir del principio de la autonomía de voluntad de las partes como principio rector del arbitraje. En esa medida, las partes son libres de decidir las normas aplicables a la controversia que surja entre ellas. Como señalamos anteriormente, el *soft law* nace como un conjunto de normas que no pueden ser aplicadas por el Estado a través del uso de la fuerza pública.

Sin embargo, estas normas, al ser escogidas por las partes para regular su relación, pierden el carácter de *soft law*, y se vuelven normas vinculantes para las partes, exclusivamente en el ámbito en que ellas indiquen. “Cuando las partes incorporan *soft law* en sus contratos, la norma cesa en su carácter de guía o modelo y se convierte vinculante”¹¹ (Kohler, 2010, p.13).

El segundo caso se presenta cuando las partes no señalan expresamente la voluntad de querer aplicar dichas normas en el procedimiento. En este caso, el escenario a resolver es si los árbitros deben o no aplicar estas normas.

¹⁰ Reglamento vigente desde el día 1 de enero de 1998.

¹¹ Traducción libre. “When the parties incorporate soft law into their contracts, the law ceases to be soft and becomes hard law”

Las normas de arbitraje internacional en general, dejan la posibilidad a las partes de seleccionar el derecho aplicable al arbitraje, y en su defecto le corresponderá al tribunal arbitral la elección de ese derecho. Sin embargo, esto dependerá de la normativa a la cual decidan acogerse las partes.

Hecha esta precisión, y partiendo del supuesto de que las partes no han elegido cuál será el derecho aplicable y la tarea le corresponda al tribunal arbitral, el *soft law* se presentará como una opción válida de selección. Incluso la práctica demuestra que en un procedimiento en el cual las partes no han señalado ninguna norma de *soft law* como aplicable, las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, son aplicadas en el desarrollo del procedimiento por la gran aceptación que han tenido en el mundo arbitral. Otro ejemplo claro de esto es la consulta frecuente que realizan los árbitros a las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional.

3. Requisitos de las Normas de *Soft Law*

Para el miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (Arrighi.P, 2020)¹², este tipo de normas requieren un doble proceso constatación para ser consideradas realmente normas de *soft law*, criterio al cual nos adherimos.

En primer lugar, hace referencia al origen de las normas de *soft law*; al respecto indica que estas deben emanar de instituciones reconocidas internacionalmente por su experiencia comprobada y que cuenten con credibilidad. No se trata, entonces, de un conjunto de reglas emanadas de cualquier institución u organismo internacional, pues al tratarse de normas que impactan en la esfera jurídica de los sujetos que intervienen en el mundo arbitral es esencial que se trate de instituciones u organismos especializados.

En segundo lugar, Arrighi (Uruguay) refiere la importancia de la aprobación general de la comunidad arbitral internacional de dichas normas, para poder ser consideradas como *soft law*. Esta aprobación se evidencia con el impacto real de las normas en los procedimientos arbitrales, a través de su aplicación práctica. Y, es solo con el cumplimiento de estos dos supuestos que una norma que carece de carácter vinculante será considerada como de *soft law*.

4. Ventajas de las normas de *Soft law* en el Arbitraje Internacional

El arbitraje internacional se presenta como una institución fértil para la adopción de este método de creación normativa. Al respecto, mencionaremos aspectos que le dan a este tipo de normas un lugar en el arbitraje internacional.

Internacionalidad del arbitraje

El carácter internacional del arbitraje, en el que habitualmente convergen árbitros; abogados de las partes; entre otros actores del arbitraje internacional, que proceden de distintos sistemas jurídicos, en ocasiones genera dificultad de adaptación al procedimiento, prevaleciendo durante el desarrollo

¹² En la conferencia, “Arbitraje Internacional: Una Visión Hacia el Futuro”, del 27 de mayo de 2020.

del arbitraje un sistema sobre el otro, lo que eventualmente podría favorecer a una de las partes y puede suponer un problema práctico a la hora de llevar a cabo un arbitraje.

Surgen entonces las normas *soft law*, que buscan el desarrollo de una mejor práctica arbitral, a partir de la armonización y unificación de las normas de arbitraje, complementando así las leyes sustantivas y adjetivas que rigen el arbitraje, creando reglas y directrices donde no se sobreponga un sistema sobre el otro, sino uno en el que las partes puedan adaptarse independientemente del sistema jurídico del que provengan.

Carácter genérico de las normas de arbitraje

Existe una cultura jurídica arbitral en la que las normas que regulan dicha institución, ya sean tratados internacionales, leyes nacionales o reglamentos de centros de arbitraje, lo hacen de una manera general, esto persigue una finalidad y es no menoscabar el principio de flexibilidad en el arbitraje.

Sin embargo, esta falta de regulación puede dar lugar a vacíos, que generen inseguridad jurídica, y deban ser llenados por las partes o el tribunal arbitral. Podría entonces la norma de *soft law* llenar ese vacío otorgándole certeza a las partes, para un mejor desarrollo del procedimiento, con el objetivo de la obtención de un laudo en un tiempo expedito, sin generar formalismos innecesarios y respetando los derechos de ambas partes.

Autonomía de la voluntad de las partes

No podemos referirnos al arbitraje sin mencionar la autonomía de voluntad de las partes, principio sobre el cual se sostiene el arbitraje, la autonomía de voluntad como expresa Maluquer (2001, p. 182):

Siempre ha sido entendida como el poder de autodeterminación de la persona que marca su propia independencia y libertad y que le faculta en todo lo relativo a la disposición, uso y goce de sus propios derechos y facultades, e incluso sobre la creación, modificación y extinción de los mismos.

El arbitraje se basa en el libre consentimiento de las partes y quién sino ellas son las más indicadas para elegir las normas aplicables al procedimiento al que han decidido someterse, a partir del acuerdo de voluntades. Dentro de este conjunto de normas susceptibles de ser escogidas por las partes y aplicadas por los árbitros se encuentran por supuesto las normas conocidas como *soft law*.

Son estas normas una opción válida a la hora de seleccionar el derecho aplicable, que no tendría que menoscabar la flexibilidad del arbitraje, pudiendo ser aplicadas a las necesidades concretas de cada situación, de tal manera que no supongan una camisa de fuerza que ate a las partes enteramente a dicha normativa, sino tan solo a las situaciones que las partes consideren necesarias.

Tal como establece el prólogo de las Normas de la IBA Sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional:

Asimismo, las partes y los Tribunales Arbitrales pueden adoptar las Reglas de la IBA sobre Prueba, en todo o en parte, al inicio del arbitraje o en cualquier momento posterior. Podrán también modificarlas o utilizarlas como guías para el desarrollo de su propio procedimiento.

Se denota de este extracto la flexibilidad que tienen este tipo de normas, estableciendo la posibilidad de utilizarlas total o parcialmente, incluso modificarlas, pudiendo ser adoptadas en cualquier etapa del procedimiento.

5. El *Hard Law*

Así pues, frente al *soft law*, encontramos en el espectro jurídico el *hard law*, en castellano “ley estricta” o “ley dura”, que denota elementos del marco jurídico que son jurídicamente vinculantes. Lo cierto es que se trata de “normas coercibles que cuentan con el respaldo del aparato coactivo del Estado” (Tosta, 2015, p.23).

En el ámbito nacional, lo que se considere *hard law* dependerá de lo que establezca el ordenamiento jurídico de cada país como Estado soberano. En el campo del arbitraje un ejemplo de esto son las distintas leyes de arbitraje dictadas por cada país¹³, siguiendo el proceso de creación de leyes determinado en su ordenamiento jurídico. La situación en el ámbito internacional cambia pues no existe una regla taxativa que determine, qué es una fuente de derecho internacional, al respecto Prost (2012, p. 103)¹⁴ comenta:

El sistema de fuentes en derecho internacional carece de una “meta-norma” o, en terminología hartiana, una regla de reconocimiento expresa. Es decir: no existen criterios taxativos para determinar cómo se produce el derecho y, por tanto, cuándo una regla o principio forma parte del sistema jurídico internacional.

A falta de una regulación general al respecto, se ha hecho costumbre la remisión al artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁵ que establece:

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

- a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

¹³ A modo de ejemplo señalamos la Ley de Arbitraje Comercial, de fecha 7 de abril de 1998, decretada por el extinto Congreso de la República de Venezuela.

¹⁴ Traducción libre. “The system of sources in international law lacks a "meta-norm" or, in Hartian terminology, a rule of express recognition. In other words, there are no strict criteria for determining how law is produced and, therefore, when a rule or principle is part of the international legal system”

¹⁵ La Corte Internacional de Justicia, es el órgano judicial principal de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

- c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59 (...).

El artículo 38 de la Corte, ofrece una solución ampliamente aceptada, ante la falta de determinación de las fuentes del derecho internacional. Señala como tal a los Convenios Internacionales¹⁶, la Costumbre internacional, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina en los términos expresados, que a la luz del prenombrado artículo constituyen la fuente de *hard law* en el derecho internacional.

6. Relación entre el *Soft Law* y el *Hard Law*

Contrario a lo que se podría pensar, la relación entre las normas de *soft law* y *hard law* no es totalmente antagónica, “puede afirmarse que la relación existente entre las fuentes soft y las fuentes hard del derecho del comercio internacional es de complementariedad” (González Martín y Mercedes Albornoz, 2018, p.156).

Al respecto, establece el preámbulo de las Normas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional lo siguiente, “las Reglas están diseñadas para ser usadas y adoptadas conjuntamente con reglas institucionales, ad hoc u otras reglas o procedimientos que puedan resultar de aplicación en arbitrajes internacionales”.

Vemos como dicha complementariedad se puede ver incrementada dada la regulación de carácter general, a la que nos referimos en pasajes anteriores, de los instrumentos normativos de *hard law* en el arbitraje internacional, en donde el *soft law* podría asumir ese vacío, originándose de esta manera, un mecanismo de coordinación entre ambos tipos de normas.

7. Críticas a las Normas de *Soft Law*

El método de creación normativo de *soft law* no está exento de críticas. Se alude entonces, a la falta de legitimidad democrática en el proceso de creación de la norma, tal como establece Kohler (2010), “todos aquellos a quienes se le aplique un conjunto de normas deben participar en la creación de esas reglas” (p. 16). Sin embargo hay que recordar que se trata de normas no vinculantes, las cuales pueden ser aplicadas en un marco de flexibilidad, y en virtud del principio de autonomía de voluntad de las partes, en el entendido que son ellas las destinadas a elegir el conjunto de normas que más se adapte a sus necesidades.

Hay que mencionar también que, como dijimos anteriormente, siguiendo el planteamiento de Arrighi, se trata de normas que deben provenir de instituciones u organizaciones especializadas en la materia, con reconocimiento internacional y credibilidad en sus actuaciones.

¹⁶ Para ejemplificar, hacemos referencia a la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958, como el tratado internacional en materia de arbitraje que cuenta con más ratificaciones y adhesiones.

Otra crítica que se le hace al método de *soft law* en el arbitraje internacional es que, “se trata de una herramienta utilizada por la élite del arbitraje internacional para mantener su poder y control sobre el arbitraje internacional” (Di Robilant, 2006, p. 554)¹⁷. Se alude aquí a que quienes crean *soft law* podrían utilizar su posición favorable de creadores de las normas para favorecer sus intereses.

Pensamos en este apartado que se debe partir de una presunción de buena fe en el actuar de aquellos llamados a la creación de las normas. Sin embargo, esta es una crítica de la que no se podrían escapar las normas coercibles, pues quienes las crean son seres humanos, al igual que el *soft law*, y todas las personas tienen intereses, sin embargo, como dijimos anteriormente, se debe presumir la buena fe de quienes crean las normas.

Se ha dicho también que las normas de *soft law* podrían suponer una camisa de fuerza para el arbitraje, llenando de reglas innecesarias el procedimiento, y que iría en contra de una de las características distintivas del arbitraje como lo es la flexibilidad entendida por Park.W (2008) como “la capacidad de adaptarse en respuesta a nuevas situaciones”¹⁸ (p.149)¹⁹. Estas normas no vinculantes, en principio, deben ser usadas de forma efectiva y atendiendo a las necesidades de cada caso.

Sin embargo, como se mencionó anteriormente sirven de guía o modelo, buscando la armonización de la práctica arbitral, y se hará derecho exigible en la medida en que las partes lo consideren.

8. Normas de *Soft Law* en el Arbitraje Internacional

Los instrumentos normativos de *soft law* con más impacto en el Arbitraje Internacional, elaborados por instituciones y organizaciones internacionales, se presentan a continuación:

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

- ✓ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

- ✓ Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2010.

La *International Bar Association*

- ✓ Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (2014).
- ✓ Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional (2013).

¹⁷ Traducción libre. “Soft law is a tool by which the arbitration elite maintains its power and control over international arbitration”

¹⁸ William W. Park es el antiguo Presidente de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.

¹⁹ Traducción libre. “Flexibility is a concept defined as the ability to adapt in response to new situations”.

- ✓ Reglas de la IBA Sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional Aprobadas el 29 de mayo de 2010.

La Cámara de Comercio Internacional

- ✓ Términos Internacionales de Comercio (INCOTERMS por sus siglas en inglés).

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

- ✓ Principios Sobre la Elección del Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (2015).

Organización de los Estados Americanos

- ✓ Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas (2019).

III. Conclusión

Se ha presentado en este trabajo las ventajas que supone la existencia del *soft law*, así como el beneficio que su aplicación podría suponer para los sujetos participantes de un arbitraje internacional. Es evidente que una correcta aplicación de las normas de *soft law* en el arbitraje deberá dependerá de las circunstancias únicas de cada caso.

En un procedimiento que se rige por el principio de autonomía de la voluntad de las partes es evidente que son ellas, las partes, las destinadas a elegir el derecho aplicable al fondo de la controversia, así como las normas que regirán el procedimiento, pues ellas, como participantes del arbitraje, son las que recibirán el impacto del marco jurídico que regule su relación. Por lo tanto es necesario que estén en conocimiento de las normas *soft law* y el impacto que su uso podría suponer, al ser normas susceptibles de ser elegidas por ellas y ser aplicadas por los árbitros en el marco de un arbitraje internacional.

En materia de *soft law* adjetivo, hay que precisar que no se deben utilizar las normas para hacer un procedimiento más lento e ineficaz, sino en la medida en que sean necesarias para mejorar la situación de cada caso concreto y que el desarrollo del arbitraje sea más efectivo. Por otro lado, el *soft law* sustantivo se presenta como una opción interesante para las que las partes resuelvan los méritos de la controversia, al ser instrumentos redactados por un conjunto de expertos en la materia específica de la que trata.

Al haber sido presentadas las ventajas y desventajas de este método de creación normativo que ha tenido un auge importante en las últimas décadas, dependerá de las partes y de los árbitros su utilización o no en los procedimientos arbitrales, siempre deseosos de un procedimiento eficiente y eficaz, alejado de los vicios de los tribunales del Estado.

Bibliografía

- Di Robilant. (2006). Genealogies of Soft Law. The American Journal of Comparative Law. Vol 54, N°3, Oxford University Press, 499-554.
- González Martín y Mercedes Albornoz. (2018). El auge de las fuentes Soft en el comercio internacional en tiempos de globalización. Fuentes del derecho internacional desde una visión latinoamericana. Vol 1, Rústica, 227-243.
- Kaufmann-Kohler. (2010). Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity. Journal of International Dispute Settlement, Vol. 1, Oxford Academic, 1-17.
- Maluquer. (2001). Oferta pública de sometimiento al sistema arbitral", en Estudios Sobre Consumo. N° 59, Madrid, 117-126.
- Tirado, J. (2019). ¿Cuántas leyes son de aplicación en el arbitraje internacional? Garrigues sitio web, Madrid. Recuperado de https://www.garrigues.com/latam/es_ES/noticia/cuantas-leyes-son-de-aplicacion-en-el-arbitraje-internacional.
- Tosta, M. (2015). Guía de Introducción al Derecho. Caracas, segunda edición, Librería Jurídica Alvaro Nora.
- W. Park. (2006) "The Procedural Soft Law of International Arbitration: Non-Governmental Instruments". Pervasive Problems in International Arbitration. (L. Mistelis & J. Lew, eds. 2006), 141-154.

Consulte las bases para publicar en
www.cyacr.com

